

PRUEBA TESTIMONIAL

Profesor Dr. Luis Arcila Ramírez

Nociones Generales.

Definición: Dice el Dr. Antonio Rocha que el testimonio es la declaración que hace una persona normal que no tiene interés en el litigio, ni por razones de parentesco ni por el aspecto económico, sobre un hecho o hechos de que ella ha tenido conocimiento directo o indirecto.

La ley colombiana no define este medio probatorio; pero sí lo reglamenta. También lo diferencia del testimonio interesado, como lo es la prueba de confesión. La exposición del confesante es interesada porque procede de una de las partes, la cual, al hacerla, se compromete económicamente, si se trata de confesión civil, o compromete su patrimonio moral, si se trata de confesión en materia penal.

Breve reseña histórica del testimonio: Desde que existen los hombres y desde que tienen la pretensión de hacer justicia, se han valido del testimonio como el más fácil y más común de los medios de prueba. En materia penal tiene mayor aplicación que en materia civil porque en esta materia es fácil que las partes se provean de prueba escrita. Lo escrito supera a lo testimoniado.

El testimonio es tan antiguo como el mundo; pero la ciencia del testimonio apenas nació en el Siglo XX. Con anterioridad a esta épo-

ca los juristas habían expuesto algunas ideas tomadas de la práctica judicial. Por varios siglos el testimonio humano fue un factor mecánico auxiliar de la justicia; los testigos se contaban, no se pesaban. No existía ningún análisis del testimonio; dos testigos que declararan haber presenciado los hechos, aunque se hubieran equivocado o quisieran engañar, constituía prueba suficiente o completa para decidir. Era una lógica abstracta, desligada de la persona y de la realidad de la vida.

Ese sistema de valorar las pruebas fue cambiando, merced a las observaciones constantes de los médicos legistas sobre los alienados, a la psicología clínica, a la psicología experimental y a la psicología jurídica. Francisco Gorphe dice que el cambio de orientación se debe a las experiencias y a los análisis psicológicos, a las observaciones clínicas y a las comprobaciones judiciales. La opinión de Gorphe está respaldada por ilustres expositores de pruebas judiciales y de derecho procesal, tanto en materia civil como en lo penal. Pueden citarse, entre otros, a Binet, Claparede, Fiere, Framarino dei Malatesta, Freud, Garraud, Laurent, Gustavo Le Bon, Lombroso, Ferri, Mittermaier, Bonnier Lessona, Chioventa, Carnelutti y Couture.

¿En todos los tiempos se ha desconfiado de este medio de prueba? —Montesquieu decía: “La injusticia cometida contra uno solo es una amenaza para todos”. Y La Bruyere afirmaba algo similar: “Un culpable castigado es un ejemplo para los canallas: un inocente condenado es una preocupación para todos los hombres honrados. Lamentable situación es la del hombre inocente al que la precipitación de la justicia histórica achaca un crimen, pero la del Juez que se lo imputa puede serlo más”.

Indican las anteriores citas los graves errores judiciales a que ha conducido la prueba del testimonio, principalmente. Por tal motivo, ante la imposibilidad de suprimirla, debe ser estudiada en cada caso con un cuidado extraordinario.

Desde los tiempos remotos han desconfiado los hombres de la prueba testimonial. El Deuteronomio, el libro de la Ley de Manú, el Digesto, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Moulin se han referido al testimonio para hacerlo objeto de críticas y restricciones. La Ley de Manú desconfiaba, por ejemplo, de las personas excedidas de fatiga o apasionadas de amor.

Con base en la desconfianza que siempre se ha tenido a este medio probatorio, se le ha restringido en la rama civil. Los actos jurídicos, por regla general, deben constar por escrito; sobre todo si por mandato de la ley deben estar revestidos de formalidades ad-pro-

bationem o ad-substantiam actus. Estas restricciones no son obra exclusiva de la legislación colombiana. En todas las legislaciones existen los contratos solemnes y la restricción probatoria por motivo de la cuantía de la obligación. En Francia, desde las ordenanzas de Moulin en el Siglo XIV se estableció la restricción para las obligaciones mayores de ciento cincuenta francos; luego se aumentó el límite a quinientos (500) francos y hoy día es de mil quinientos (1.500) francos. En Rusia se exige prueba escrita para la validez del contrato de préstamo cuando la cuantía supere los quinientos (500) rublos. En Italia existió la restricción a la prueba testimonial cuando la cuantía superara las quinientas (500) libras; pero hoy día se elevó la cuantía a dos mil (2.000).

Restricciones que establece la Ley colombiana a la prueba testimonial, por razón de la cuantía de la obligación: En Colombia, la limitación a la prueba testimonial, la establece el Código Civil. En efecto, dice el art. 1767:

“No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”. El Código Judicial extiende la restricción testimonial al modo de probar la extinción de las mismas obligaciones. Dice al respecto el art. 703:

“Lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricción para admitir la prueba de testigos con relación a la promesa u obligaciones cuya cuantía pase de quinientos pesos, es aplicable tanto para establecer la existencia de esas promesas u obligaciones como para el modo de extinguirlas”.

El Art. 1625 del código civil se refiere a ciertos modos de extinguir las obligaciones. La restricción de la prueba testimonial por razón del valor de la obligación, se aplica, pues, a todos los actos que tienen por objeto crear o transferir obligaciones o derechos, ratificarlos, reconocerlos, modificarlos o extinguirlos. No puede negarse que el principio citado —la restricción a la prueba—, se aplica a estos medios de extinción de las obligaciones: novación, transacción, compensación y confusión. En cuanto a la remisión de una deuda y a algunos medios de pago cabe observar que no suponen necesariamente la existencia de la prueba escrita, como observa el Dr. Rocha, “porque la remisión puede ser tácita y resultar de ciertos hechos, así como la ratificación o ejecución voluntaria de un acto anulable”.

¿La restricción de esta prueba es desconfianza o prudencia?: Algunos autores sostienen que se trata de desconfianza del legislador con el testigo; que considera que por esa suma —la que indican las legislaciones—, es posible que un testigo falsee su conciencia y decla-

re falsamente. Otros dicen que se trata de una medida de prudencia, o sea, no confiar a la memoria de los hombres obligaciones de notoria importancia. Agregan que la restricción se apoya en ciertos principios de orden público interesado en que las obligaciones no queden sujetas al vaivén y al capricho, y a los defectos de la voluntad humana, de buena o de mala fe. Afirman, finalmente, que es notoriamente ventajosa para proteger cierto ordenamiento jurídico preconstituido, que da seguridad a los contratantes y a terceros.

Carnelutti dice que la restricción mencionada obedece a la costumbre de revestir con un escrito las transacciones de cierta importancia económica. Dice textualmente el mencionado autor:

"...Los contrayentes se proveen de un documento, esto es, lo celebran o lo confirman por escrito. La falta del documento induce pues a desconfiar de la verdad de la afirmación que se intenta probar por medio de testigos. Es de tener en cuenta, además, la conveniencia de estimular la formación de la prueba documental".

Planiol y Ripert sostienen que no se trata de una inferioridad de orden moral del testimonio respecto a la prueba escrita. El texto original es el siguiente:

"No se trata en realidad de una inferioridad de orden moral del testimonio respecto de la prueba escrita, sino más bien de una inferioridad intelectual y subjetiva del testimonio ante el escrito. Los testigos son sospechosos en razón de las lagunas y de la inconsistencia (oblitération) de sus recuerdos, que les permite declarar últimamente tratándose de convenciones, sobre la naturaleza y el alcance del consentimiento jurídico, que suscita apreciaciones muy delicadas".

Es curioso que las legislaciones hayan adoptado una cifra en su propia moneda, casi uniforme en todos los países. Y, más raro que cada uno haya ido aumentando esa cantidad en forma caprichosa, sin sujetarse a la desvalorización de la moneda. Porque es evidente que si los legisladores tratan de salvaguardar las obligaciones de un valor considerable, es lógico que la restricción guarde relación con el valor de la moneda en el momento mismo de la transacción.

¿La limitación en la prueba opera para hechos jurídicos y hechos ilícitos?: La respuesta no puede ser sino positiva. Estudiaremos por separado cada una de las restricciones.

a) *Hechos Jurídicos*: El hecho jurídico proviene del hombre o de la naturaleza; cuando proviene del hombre y se realiza sin el fin premeditado de producir efecto en derecho, se llama como queda dicho. En el caso contrario se llamaría acto jurídico. Las obligaciones

cuasicontractuales nacen de un hecho lícito, pero sin acuerdo de voluntades entre el deudor y el futuro acreedor. La ley le da eficacia jurídica y no el acuerdo de las partes. Ejemplo: El que administra sin mandato los bienes de una persona, se obliga para con ella y la obliga en ciertos casos. Si el negocio ha sido bien administrado, el interesado debe cumplir las obligaciones contraídas por el gestor y reembolsará las expensas útiles o necesarias; pero no habrá obligación de pagar al gestor ningún salario. Pero éste, para el cobro de los gastos hechos en su gestión, debe acreditar su actuación con una cuenta regular de gestión, "con documentos justificativos o pruebas equivalentes". La palabra documento, es del caso advertirlo, no hace referencia a prueba restringida; por el contrario existe en este caso libertad probatoria.

Los cuasicontratos también se prueban sin restricción probatoria porque no son actos jurídicos sino hechos lícitos. En efecto dice el art. 34 de la ley 57 de 1.887, sustitutivo del art. 2302 del Código Civil:

"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

"Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

"Si el hecho es ilícito y cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito o culpa".

En la agencia oficiosa y en la comunidad no pactada, no se puede exigir prueba preconstituída, porque la noción de cuasicontrato excluye la formación previa del consentimiento. El hecho generador del consentimiento se va produciendo unilateralmente.

En algunos casos complejos de obligaciones cuasicontractuales, puede desaparecer la libertad de probar con testimonio. En efecto, dicen Planiol y Ripert que "cuando los delitos suponen como elemento constitutivo la violación o el abuso de un acto jurídico preexistente, la prueba del acto jurídico debe darse según la regla de la prueba preexistente por escrito. Así no se podría probar con testigos un delito de abuso de confianza, cuando la prueba literal del contrato en violación del cual el delito se ha cometido, no ha sido dada por escrito, o el delito de abuso de firma en blanco, que requiere probar por escrito la obligación materia del abuso".

También debe hacerse una observación respecto de la prueba del pago de lo no debido. El pago puede referirse a una obligación que debía constar por escrito o ser lo pagado superior a quinientos (500) pesos, casos éstos que no se pueden demostrar con prueba de testigos.

Algo parecido puede decirse de la comunidad, que requiere prueba escrita, a pesar de ser cuasicontrato, sobre la calidad de condueño, cuando se refiere a bienes raíces o a herencias. Igual cosa ocurre cuando se trata de una comunidad pactada.

b). *Hechos ilícitos:*

Los hechos ilícitos no tienen restricciones probatorias, por regla general. Comprenden los delitos y cuasidelitos o hechos culposos. Algunos autores los llaman "hechos extracontractuales", porque nacen fuera de la voluntad o consentimiento para obligarse (los culposos).

Dentro de esta categoría se incluyen hechos cumplidos por el hombre sin el ánimo de producir efecto en derecho. Pero comprende también, según anota Antonio Rocha, los hechos no del hombre, pero sí imputables al hombre, por razón de animales o cosas que están bajo su cuidado, o la toma de ciertos riesgos aun sin culpa, como por ejemplo, la obligación de indemnizar accidentes de trabajo. "En todos estos casos la obligación nace de un hecho a pesar de la voluntad del hombre, que todo ha querido menos asumir una responsabilidad u obligarse a reparar el daño".

Respecto de estos hechos sería absurdo exigir prueba preconstituída. Los hechos delictuosos y culposos, por regla general, deben demostrarse con prueba libre. La índole misma de los hechos así lo exige.

Algo parecido ocurre con los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia y fraude. Por razones de moral, por la importancia que tiene proteger ciertas reglas del bien obrar y castigar lo que se aparte de esos principios, los vicios del consentimiento mencionados gozan de prueba libre, es decir, no existe respecto de ellos ninguna restricción probatoria.

¿La restricción a la prueba testimonial por razón de la cuantía, cómo la considera la ley colombiana?: Al respecto dice el art. 91 de la Ley 153 de 1.887:

"Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos".

El texto del artículo da la impresión de referirse únicamente a obligaciones de dar. Pero en realidad se refiere a toda manifestación de la voluntad, a todo acto jurídico consumado con el fin de *dar una cosa, hacer o no hacer algo*. Quedan comprendidos el mutuo, el mandato y el arrendamiento de servicios, etc. Si valen más de quinientos pesos deben constar por escrito, como ya se vió.

De lo expuesto se deduce, que el artículo de la ley fue mal redactado. La redacción correcta habría sido ésta, según anota el Dr. Rocha: "Deben constar por escrito todos los actos jurídicos cuyo objeto valga más de quinientos pesos". O también: "Toda prestación por mayor valor de quinientos pesos, proveniente de un acto contractual, debe constar por escrito".

¿Qué precauciones toma la ley para evitar que se burle la regla?:
La ley toma las siguientes precauciones:

1º) *Determina el momento en que se fija la cuantía de la obligación.* Ese momento no puede ser otro que cuando la obligación se contraiga. Este aspecto debe quedar muy claro porque el poder adquisitivo de la moneda varía con el tiempo, decrece generalmente. Por otra parte, los contratantes deben tener seguridad de que la ley mañana no les exigirá una formalidad escrita sino en relación con el momento en que ellos quisieron gravarse u obligarse.

Como consecuencia de lo anterior, en los quinientos pesos no se incluyen los intereses, ni accesorios, ni frutos de la cosa debida. Si la deuda original fue de cuatrocientos pesos pero en el momento de hacerla efectiva valía ochocientos, puede probarse con testigos porque los intereses no se tienen en cuenta para la restricción probatoria. Igual cosa ocurre con los accesorios y frutos.

2º) *La renuncia a parte de la deuda no excluye la obligación de probar por escrito.* Esta regla la establece el Art. 92 de la Ley 153 de 1.887:

"Al que demanda una cosa de más de quinientos pesos de valor, no se le admitirá la prueba de testigos aunque limite después a ese valor la demanda".

Establece la ley que si demanda por cuatrocientos (400) pesos pero la obligación había sido contraída por mil (1.000), al acreditarse que lo demandado hace parte de una obligación que debió constar por escrito, el demandante fracasará en su intento. Esta situación es muy factible. El deudor pagó seiscientos (600) sin ninguna dificultad; pero los cuatrocientos (400) restantes se niega a pagarlos. Entonces el acreedor prueba el acto jurídico con testigos respecto de cuatrocientos (400) pesos; pero el deudor le pide posiciones al acreedor y durante la diligencia confiesa que la obligación inicial había sido por una cuantía superior a quinientos pesos, aunque el saldo sea menor, no se admite la prueba de testigos.

3º) *No se puede probar con testigos adiciones, modalidades o alteraciones de la obligación consignada por escrito.* El Art. 91 citado establece, en uno de sus incisos:

“No será admisible la prueba de testigos, en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de esas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos”.

La ley prohíbe probar con testigos *cualquier adición, modalidad o alteración de la obligación.* El legislador no quiere que con testigos se vaya más allá de lo pactado o contra lo contratado porque entonces la regla sería fácilmente desvirtuable. Ejemplo: A las partes se les olvidó consignar por escrito lo referente a intereses, a pesar de haberlo pactado expresamente. Esa deficiencia del documento no puede suplirse con prueba testimonial, así se trate de testigos de excepcional credibilidad que deponen sobre el pacto sobre intereses. La restricción probatoria establecida por el legislador es terminante.

Surge aquí, en forma especial, la restricción a la prueba testimonial, por oposición al documento.

¿La inferioridad de la prueba testimonial frente al documento es de qué naturaleza?: Planiol y Ripert dicen que a medida que la escritura se difundía, la prueba testimonial perdía terreno frente al documento. El comentario dice textualmente:

“No se trata en realidad, dicen aquellos autores, de una *inferioridad de origen moral* del testimonio respecto de la prueba escrita, sino más bien de una *inferioridad intelectual y subjetiva* del testimonio ante el escrito” (las subrayas no son del texto).

El principio nuestro corresponde a los Códigos Francés e Italiano. Por tal razón pueden aceptarse para nosotros las interpretaciones que se hayan dado en esos países a los aludidos principios. Los aludidos autores, al comentar la legislación francesa, exponen:

“Probar más allá del acto es agregar alguna cosa a sus enunciaciones, es referirse a las modificaciones verbales anteriores, contemporáneas al acto, o aun posteriores. Por tales modificaciones se entienden los cambios, adiciones o supresiones que den por resultado aumentar o disminuir los derechos de las partes tal como resultan del acto instrumental. Es por ejemplo la adición de una condición o de un término, o de una estipulación de intereses con ocasión de un préstamo y que no se encuentre enunciada en el acto del documento,

o la existencia de una convención adicional, o la realización de una novación.

“La prueba testimonial no queda, sin embargo, descartada, si se trata de probar hechos que no están en contradicción con las enunciaciones del acto y no constituyen cambios a su contenido, como por ejemplo ciertas circunstancias de la redacción del acto, simples modos de extinción de la obligación, o pagos, remisiones o compensaciones de la deuda si el interés del litigio no excede de quinientos francos.

“La prueba testimonial igualmente puede ser utilizada con el fin de interpretar cláusulas oscuras o ambiguas, de fijar el alcance y la extensión de las enunciaciones del acto, de designar por ejemplo la extensión o contenido de lotes o parcelas de propiedad designada en forma común en el acto de venta o de arrendamiento. También puede ser establecido por prueba testimonial el momento preciso en que el acto fue firmada o extendida.

“Probar contra el acto sería pretender, por ejemplo, establecer por medio de testigos que una de las cláusulas es inexacta. Digamos, el acto reza que la suma prestada es de 100 francos, no se podría pretender que el préstamo fue de 120, y ofrecer para ello la prueba testimonial; lo mismo sería sostener, a propósito de una venta, que el precio de la cosa, de que el acto da fe, no ha sido realmente pagado y que la venta es en el fondo una donación disfrazada”. (Planiol y Ripert Tomo VII, págs. 866 y 867).

Carnelutti dice al comentar la legislación Italiana:

“La hipótesis de la prueba testimonial contra la escritura, clara de por sí, se verifica cuando de la escritura resulta un hecho diverso de aquel que debería narrar el testigo; por eso no se refiere la prohibición a la prueba testimonial dirigida a aclarar el contenido del documento ni a interpretar la declaración documentaria.

“Menos fácil es la segunda hipótesis: prueba más allá de la escritura se tiene cuando se quiere demostrar por medio de testigos, circunstancias o detalles del hecho documentado que no resultan del documento. También ésta es una prueba contraria al documento, ofreciendo la particularidad de ser contraria más bien a su contenido tácito que a su contenido expreso. En otros términos, la prueba testimonial está prohibida también cuando se refiere a hechos de cuya inexistencia el documento proporciona más bien la presunción que la representación. El presupuesto de la prueba más allá del documento es pues una relación de estrecha conexión lógica entre lo que el documento dice y lo que se propone probar con testigos, de modo que

se debe ver un contraste entre el silencio de la escritura y la verdad del hecho mismo.

“Cuando la ley aclara la noción aquí examinada, añadiendo que la prueba por testigos está prohibida “sobre aquello que se alegue haber sido dicho antes, al mismo tiempo o posteriormente” a la formación de la escritura, dicta una regla demasiado amplia, que debe someterse sin vacilaciones a interpretación restrictiva; lo que se haya dicho antes, al mismo tiempo o posteriormente a la redacción del acto escrito, no puede ser probado con testigos sino a condición de que no se encuentre con su contenido en la relación lógica ahora indicada”. (Tomo II, pag. 501 y 502).

De lo expuesto se desprende la supervivencia del principio bíblico: “quod scriptum, scriptum est”, pero con algunas limitaciones, a saber: Las partes pueden desvirtuar lo escrito y firmado por ellas:

- 1º) Con otro escrito auténtico;
- 2º) Con principio de prueba por escrito, acompañado de otras pruebas;
- 3º) Por la prueba de confesión;
- 4º) Con prueba testimonial si pueden las partes aclarar o interpretar el contenido del documento.

¿Cuáles excepciones existen a la restricción probatoria por razón de la cuantía?: La limitación que establece la ley para la prueba testimonial, por razón de la cuantía de la obligación, no opera en los siguientes casos, es decir, que en ellos es aceptable la prueba de testigos cualquiera que sea la cuantía de la obligación:

1. Cuando hay un principio de prueba por escrito;
2. Cuando haya habido imposibilidad física o moral para hacerse a la prueba preconstituída; y
3. En los casos especiales autorizados por la ley.

1º) Cuando hay un principio de prueba por escrito: El principio de prueba por escrito no es la prueba del contrato. Es algo inferior en categoría. Si en el contrato no se declara el objeto o no se enuncia completamente la cosa debida, o carece de fecha o época de la celebración, o aún la misma firma, no puede tener efecto probatorio como contrato. Entonces esas deficiencias lo hacen degenerar a principio de prueba por escrito, e indica que probablemente el contrato se

celebró; lo hace verosímil y permite reconstruirlo en todos sus elementos con testigos, indicios, presunciones y demás medios de prueba.

El principio de prueba por escrito es, de acuerdo con nuestra legislación, la chilena y la francesa, un acto escrito del demandado o de su representante que hace verosímil el hecho litigioso.

Sostiene el Dr. Rocha que el término “demandado” debe tomarse como “obligado”, porque el principio de prueba por escrito puede emanar del demandante, si este es, por razón de la carga de la prueba, el que tiene obligación de aportarla.

Se requiere, pues, para que exista el principio de prueba por escrito, lo siguiente:

a) Un escrito que provenga del obligado, que no es, desde luego, el contrato mismo;

b) Que ese escrito haga verosímil el hecho litigioso, es decir, que lo haga creíble.

Casi siempre quedan huellas de los contratos. Las cartas cruzadas entre las partes, los proyectos de minutas, los escritos que elaboran en el momento de contratar o después de formalizado el negocio, sobre el alcance de ciertas cláusulas, pueden constituir verdaderos principios de prueba por escrito.

2º) *Imposibilidad de obtener prueba escrita*: Este principio nació en las legislaciones latinas por motivo del depósito necesario. Cuando por razón de una catástrofe, como un incendio, un terremoto, una inundación o un naufragio, hay necesidad urgente de depositar cosas en poder del vecino o de la policía, o en barcos que acudan a prestar auxilios, sería absurdo pensar en prueba escrita. El Art. 2261 del Código Civil dice que el depósito puede demostrarse por cualquier medio probatorio, sin que la cuantía de la obligación juegue ningún papel. No sobra advertir que la jurisprudencia ha ido aplicando la imposibilidad aun moral a casos distintos al depósito necesario. En fallo de febrero 4 de 1956 la aplicó la Corte a la imposibilidad moral del hijo para exigir recibos y cuentas escritas a su padre gravemente enfermo (C. J., LXXXII, 2163 y 2164, pag. 23).

Prueba de los servicios médicos: Al médico se le llama sin saberse de qué enfermedad se trata y cuánto va a durar el tratamiento. No existe costumbre de arreglar previamente honorarios con el médico y sería difícil implantarla. La jurisprudencia ha discutido muchos casos y ha aceptado la imposibilidad en que se encuentra este tipo de profesional para presentar prueba preconstituída. Por tal

razón ha aceptado que cualquiera que sea la cuantía, puede probar con prueba de testigos.

3º) *Pérdida del acto escrito*: Surge de la naturaleza de las cosas y fue consagrada por la jurisprudencia la libertad probatoria en este caso. Se trata, como es natural, de la pérdida del acto escrito por caso fortuito o fuerza mayor. No abarca el principio de prueba por escrito, los actos imprudentes de los hombres. Si una secretaria, por ejemplo, por descuido echa el documento a la canasta de la basura, no puede aplicarse la libertad probatoria como consecuencia de la pérdida del acto escrito. Pero, cuando se trate de la pérdida del acto escrito por fuerza mayor o caso fortuito, sí opera la tesis pero deben demostrarse dos cosas:

1º) Debe demostrarse plenamente que el acto escrito o documento, desapareció o se perdió, por fuerza mayor o caso fortuito.

2º) Es indispensable *reconstruir el acto escrito*, por todos los medios probatorios autorizados por la ley. Esa reconstrucción, como es natural, debe ser completa, es decir, debe comprender los elementos estructurales del acto jurídico. Acerca de este punto, la jurisprudencia nos habla de numerosos casos. Ejemplo: Al recibir notificación un ejecutado, destruyó la letra de cambio y las diligencias que operaban en el Juzgado. Otro caso podría ser cuando por quemarse los expedientes de un juzgado, se pretende reconstruir la obligación que constaba en uno de los expedientes destruido por las llamas.

Sobre los elementos que hay obligación de probar en este caso, dijo la Corte:

“En punto de convenciones que debieron constar literalmente, es necesario suplir el título físico con otras pruebas que acrediten uno de estos dos extremos: o la preexistencia de cierto acto jurídico consignado luego en un papel probatorio que desapareció más tarde; o la ceración y pérdida de ciertos documentos dignos de fe cuyas cláusulas acreditan determinada obligación. En uno y otro caso hay necesidad de establecer la pérdida del documento. Pero en el primero se suma esta prueba a la del acto jurídico que engendró la obligación. En el segundo, se suma a la del título material cuyo contenido se conoce por las otras pruebas. Sólo con estas condiciones puede lo oral ser equivalente de lo escrito. La ley no puede venir en auxilio de aquel cuya alegación no parece firmemente cimentada en uno de los dos antecedentes susodichos. Establecida la fuente de la obligación y la existencia y pérdida del documento que la acreditaba, no importa que

los declarantes jamás leyeran ese documento”. (C. J., XLIII, pag. 578).

Ritualidades de la prueba testimonial.

Las ritualidades en materia probatoria hacen referencia al derecho de pedir pruebas, o sea a la iniciativa en las distintas ramas del derecho; a la escogencia de los medios probatorios que se estimen más convenientes; a la manera de decretarlas, en forma que las conozcan todas las partes; y a la manera de practicarlas, o sea, que se observen todos los requisitos de la ley.

En lo referente a la prueba de testigos tenemos lo siguiente:

¿Quién tiene derecho a solicitar la práctica de la prueba de testigos?: En materia civil este derecho está reservado a las partes. Solamente por excepción puede el Juez salirse de su papel pasivo, porque en esta materia rige el principio “dispositivo”. En materia penal y laboral, por operar el principio “inquisitivo”, las partes tienen facultad de pedir pruebas, pero el Juez puede decretar de oficio las que considere conducentes y eficaces. No sobra advertir que en materia laboral existen algunas restricciones para las partes, respecto a la facultad de pedir pruebas.

¿Hay obligación de comparecer ante las autoridades a rendir testimonio?: La obligación de rendir testimonio pesa sobre toda persona, salvo las excepciones legales. La misma Constitución Nacional faculta, para abstenerse de declarar en *asunto criminal, correccional* o de *policía*, contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Tampoco puede ser obligado a declarar sobre aquello que se le ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: los Ministros de la Religión Católica o de otro culto admitido en la república y los abogados, consejeros técnicos, médicos, cirujanos, farmacéuticos, enfermeras ni las demás personas que ejercen una profesión sanitaria, con excepción de los casos en que la ley expresamente les imponga la obligación de informar a la autoridad.

La ley penal establece que los eclesiásticos no serán llamados a declarar en *causas de sangre*. Cuando por excepción permite la declaración en los casos del art. 247, se requiere permiso del respectivo superior eclesiástico. No sobra advertir que el art. 226 del Código de Procedimiento Penal fue declarado inexecutable por la H. Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el fallo de 16 de diciembre de 1.951. Este artículo prohibía a ciertas personas comparecer a declarar.

¿En qué forma debe hacerse el llamamiento del testigo a la oficina pública?: El llamamiento se hará por medio de boleta en papel común en que se indique la *fecha*, el *local* y la *hora* en que deba rendirse la declaración, boleta que entregará al secretario, un subalterno o un agente de policía, y que el testigo firmará en señal o prueba de que ha sido citado. Si el citado se niega a firmar, o no sabe o se encuentra incapacitado para hacerlo, la citación se *prueba* con el *informe* del secretario, del agente o empleado encargado de hacer la citación *y de un testigo*. Pero si se trata de personas impedidas para concurrir al despacho del funcionario por *enfermedad*, o de *señoras*, o de *ministros del culto*, se les recibirá la declaración en su casa de habitación, previo señalamiento de fecha y hora.

Si el testigo no comparece al despacho público o no permanece en su casa, según el caso, a pesar de haber sido citado, sin causa justificativa, se le impondrá una multa hasta de cincuenta pesos, convertible en arresto a razón de un día por cada dos pesos, quedando siempre con la obligación de declarar. En materia civil la multa es sólo hasta diez pesos.

Si se tiene en cuenta que las oficinas públicas deben ser dignas, apenas debe excusarse de concurrir a ellas a las personas que estén incapacitadas físicamente.

¿Quiénes están autorizados para declarar por certificación jurada? La ley civil limita esta forma de declarar a los casos en que los siguientes funcionarios deben hacerlo *ante un inferior*. Son ellos:

El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores y Representantes, mientras gocen de inmunidad, los Designados para ejercer el Poder Ejecutivo, los Magistrados de la Corte Suprema, de los Tribunales Superiores y de lo Contencioso Administrativo, el Procurador General de la Nación, los Consejeros de Estado, el Fiscal del Consejo, los Gobernadores de Departamento y sus Secretarios, los Intendentes y Comisarios de Territorios Nacionales, los Generales en servicio activo, los Arzobispos, Obispos, Provisores y Dignidades de los Cabildos Eclesiásticos y los mismos Jueces al rendir su testimonio lo harán en la forma citada.

La ley penal se refiere a los mismos funcionarios, pero agrega a la lista los Agentes Diplomáticos y Consulares de Colombia. No limita la forma de declarar a la autoridad que debe hacerlo ante un inferior. En las dos legislaciones —civil y penal— se establecen severas sanciones para quienes demoren la certificación o se abstengan de hacerlo.

¿Cómo se obtiene el testimonio de los diplomáticos extranjeros?: Dice la ley penal que “cuando se necesite el testimonio de un Agente o Ministro Diplomático de nación extranjera, o de una persona de su comitiva o familia, se le pasará al Ministro o Agente, con nota suplicatoria, copia de lo conducente para que, si él lo tiene a bien, declare por medio de certificación jurada, o permita declarar en la misma forma a dicha persona. Si el testimonio fuere de serviente o doméstico, se solicitará permiso del Ministro o Agente por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, y, una vez obtenido, se procederá en la forma ordinaria”.

En materia civil rige el mismo procedimiento.

¿Cómo se interroga al testigo que reside en lugar distinto donde se sigue el juicio?: Se le interroga por medio de un comisionado, a quien se le libra el despacho respectivo. Pero si una de las partes solicita que el examen lo haga el mismo Juez que conoce del negocio, el testigo está obligado a comparecer al despacho si la persona interesada deposita los gastos de viaje del testigo y su permanencia en ese lugar, a título de indemnización. En materia penal rige el mismo principio; pero el Juez o funcionario de instrucción puede trasladarse al lugar donde vive el testigo a practicar la diligencia.

En materia laboral, cuando resultare imposible, por razón de lugar, que el Juez del conocimiento practique personalmente las pruebas, podrá comisionar a otro Juez para que las practique. El comisionado recibirá las pruebas personalmente y “comunicará al comisionante *su apreciación íntima* acerca de ellas, que consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios”.

¿Cómo se examina el testigo que resida en país extranjero?: Se envía una carta rogatoria, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del respectivo país, a fin de que reciba las declaraciones y devuelva lo actuado por medio del Agente Diplomático o Consular de la República, o de una nación amiga. Si los testigos no tienen inconveniente en comparecer ante el Agente Diplomático o Consular de Colombia, ante ellos puede rendir el testimonio.

Cuando el testimonio se rinda ante una autoridad extranjera, se autenticarán las diligencias por el respectivo Agente Diplomático o Consular, o por el de una nación amiga.

Los anteriores principios son comunes para las ramas civil y penal.

¿A qué formalidades especiales están sometidas las declaraciones?

Cuando el testigo llega al despacho del Juez, éste le exige *antes de declarar*, promesa formal y juramento de decir la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, sobre los hechos que se le pregunten y de que tenga conocimiento, so pena, si falta a ella, de incurrir en la responsabilidad aplicable a quien jura en falso.

El Juez debe darle gran solemnidad a este acto. Desde el punto de vista psicológico tiene grandísima importancia que el testigo se dé cuenta que comparece ante un Juez que revela seriedad, dignidad, altura, etc; que sus actuaciones demuestran un gran respeto a la ley y a las funciones que desempeña en representación de la sociedad. Si el testigo se da cuenta que el Juez toma en serio la diligencia; que le hace las advertencias previas acerca de la responsabilidad moral y legal que va a adquirir con el testimonio; si lo manda ponerse de pies para prestar el juramento; si toma éste en una forma solemne conforme lo establece la ley en cada caso; si le advierte el compromiso penal que adquiere y le lee el artículo pertinente; y si durante la declaración está el Juez atento a lo que exponga el testigo y procura obtener un testimonio completo y veraz con *preguntas y repreguntas*, se eliminarán en su mayor parte los testimonios falsos.

Resulta escandaloso aceptar, como lo hacen algunos Jueces, que quien firma jura. Una cosa es firmar y otra cosa es declarar con las formalidades de la ley, o ¿por qué considera la ley las ritualidades de orden público?

En esta prueba, como en todas las demás, debe observarse el principio de *inmediación*. La legislación civil así lo dispone expresamente, es decir, que el Juez en persona, ante su Secretario, debe recibir las exposiciones de los testigos. En materia laboral, las pruebas se practican en *audiencia pública*, so pena de nulidad. Y, en materia penal, el legislador extremó las cosas. Erige en *delito de falsedad en documento público* el afirmar en la diligencia que el Juez o funcionario de instrucción interrogó al testigo, cuando en realidad no fue el que lo interrogó sino un delegado suyo. En este caso se sanciona al que reciba y al que debió recibir la declaración. Además, establece la ley la nulidad de la declaración en este caso.

En tales condiciones, el testimonio que no sea recibido personalmente por el Juez o funcionario de instrucción, ante su Secretario, es nulo. La circunstancia de haber sido interrogado el testigo por el Juez, ante su Secretario, se hará constar en el acta. Este mandato hace incurrir en la sanción de nulidad a la declaración que no tenga la constancia, porque se presume, al faltar la constancia, que no fue recibida en la forma dispuesta por la ley.

Algunos autores sostienen que el principio es inoperante porque la constancia en el acta es prueba escrita y demuestra plenamente que se cumplió la formalidad en cuestión, razón por la cual, aunque el funcionario no haya asistido a la diligencia, al firmarla con la constancia, integra un documento que debe ser desvirtuado con prueba de igual o superior categoría, lo que es imposible. Sin embargo, debe anotarse que ese criterio es demasiado civilista. En materia penal, el Juez no puede conformarse con una verdad formal y aparente, propia de la rama civil, sino que debe buscar una verdad real, objetiva; por esa razón el Juez sí debe profundizar en procura de una verdad más lejana y profunda. Para este efecto la ley autoriza todos los medios de prueba posibles, sin que demerite el valor probatorio de ciertos medios de prueba frente a otros, por encomendar su valoración al prudente arbitrio del Juez. En tal virtud, la falsa constancia que se ponga al pie de un testimonio puede ser desvirtuada con todo medio de prueba, inclusive con un solo testimonio si así lo estima el Juez después de un detenido análisis lógico de la declaración.

Para terminar este aspecto, no sobra anotar que es indispensable reivindicar el prestigio de la prueba testimonial y ello sólo se logra con una estricta observancia del principio de "inmediación".

¿Cómo procede el Juez durante la diligencia?: En primer lugar debe tenerse en cuenta que los testigos se examinan por separado, de manera que ninguno se entere de lo que declara el otro, no conversen o se miren siquiera antes de la diligencia. Al testigo se le pregunta por sus nombres y apellidos, edad, profesión u oficio, su domicilio o residencia y demás circunstancias tendientes a fijar sus relaciones con las partes. En seguida, cuando se trata de la rama civil, se le harán al testigo las preguntas que le formule el memorialista, las cuales deben ser conocidas respecto de cada hecho, sin detalles minuciosos. El Juez debe tener el cuidado de hacerle preguntas al testigo con el fin de lograr un testimonio más completo y veraz, y además, para obtener *la razón del dicho*, es decir, el motivo por el cual el testigo adquirió los conocimientos que declara. Las respuestas las debe escribir el Secretario tal como las hace el testigo, con las mismas palabras que emplea, inclusive con los errores del lenguaje que exprese; pero si el testigo no es capaz de redactar la declaración, el Juez puede elaborar la redacción después de conferenciar largamente con el testigo a fin de no traicionarle su pensamiento. Cuando se haya extendido cada respuesta se le lee al testigo, y si la aprueba, se hará constar esta circunstancia. Igual cosa se hará al finalizar la declaración, antes de firmarla. Pero el funcionario debe tomar especial empeño en

que el testimonio sea *responsivo, exacto y completo*, en lo posible, haciendo todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merece el testigo, y la manera precisa y distinta como ha sabido los hechos que afirma, o de que tiene noticia. *No se permite al testigo que se limite a decir simplemente que "es cierto el contenido de la pregunta"*, sino que *debe explicar cada respuesta para demostrar así que dice la verdad con suficiente conocimiento de los hechos*".

El Juez debe evitar que el testigo encubra la verdad con expresiones *vagas, incoherentes o faltas de sentido*. Pero no puede impedir que el testigo diga no saber o no recordar los hechos o que se niegue a deponer, cuando no está obligado. Pero en los casos en que está obligado a declarar, si *no quiere contestar o da respuestas ambiguas o evasivas*, el Juez debe apremiarlo para que conteste categóricamente.

El Juez tiene facultad para conceder un término prudencial al testigo con el fin de examinar documentos o recordar los hechos.

Cada parte puede repreguntar los testigos presentados por la otra. Si lo hace por escrito —también puede hacerse verbalmente—, el pliego queda reservado en poder del Juez hasta el momento de la declaración. Las repreguntas pueden hacerse después de agotar el interrogatorio principal o enseguida de cada pregunta, a elección del preguntante. Las respuestas, como es obvio, deben ser conducentes, sensatas y limitadas, a juicio del Juez. Quiere decir lo anterior, que el legislador colocó en el Juez el poder decisorio acerca de las mencionadas cualidades de las repreguntas para evitar abusos y exageraciones de las partes. Si la repregunta se hace de palabra en el momento de la declaración, el Juez debe tomar las medidas del caso para que se cumplan las formalidades de rigor y no se burle el derecho del repreguntante. Es obvio que éste debe hacer la solicitud pertinente, para que el Juez no sólo quede avisado, sino para que pueda tomar las precauciones de rigor.

En la diligencia de declaración no se pueden *usar abreviaturas ni dejar espacios en blanco*. Las enmiendas y entrerrenglonaduras que no se hayan podido evitar, se salvarán cuidadosamente al finalizar el acta, antes de firmarla, como es natural.

Al leer la declaración el testigo, puede hacer las enmiendas y adicciones que a bien tenga, las cuales se escribirán en seguida. Después de firmada la diligencia, antes de salir de la pieza donde declara si no ha hablado con nadie, el testigo tiene derecho de ampliar o mejorar su exposición. Es conveniente dejar constancia en el acta de tal modalidad.

En la rama penal se siguen, en términos generales, las mismas normas. En la *manera de interrogar* a los testigos sí existe alguna diferencia. Como en derecho penal rige el sistema "inquisitivo", no existe cuestionario previamente elaborado por las partes. El juez le pedirá al testigo que haga un relato espontáneo sobre todo lo que sepa acerca del hecho principal que es materia de la declaración; cuando el testigo haya terminado, el funcionario le hará preguntas detalladas sobre circunstancias de los hechos o sobre éstos mismos. Todo esto tiende a estimular el recuerdo en el testigo para lograr un testimonio completo y veraz.

La ley penal recalca sobre la importancia que tiene el que el testigo lea personalmente su declaración. Si se negare a hacer uso de ese derecho, la leerá el Secretario en alta voz. Si se omitiere esta formalidad, el testimonio es nulo. Por la gravedad de la sanción es indispensable dejar constancia en el acta de esta formalidad.

El funcionario no puede aceptar como contestación, "ES CIERTO EL CONTENIDO DE LA PREGUNTA" ni la REPRODUCCION DEL TEXTO DE LA PREGUNTA. Es necesario que el testigo la redacte y explique satisfactoriamente.

Este aspecto es muy delicado. Es preciso poner mucho cuidado, sobre todo en la RATIFICACION de declaraciones, que suelen hacerse en la práctica en formularios previamente impresos, en contra del propio texto de la ley.

En materia penal, prohíbe la ley al funcionario redactar la declaración del testigo; ella se debe escribir con las palabras que pronuncie el testigo aunque su lenguaje sea incorrecto. Si emplea términos impropios, desconocidos o modismos regionales, el funcionario debe solicitar la explicación del caso y hacerla constar en el acta, para que el pensamiento quede claro. En un caso estudiado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, se presentó esta modalidad. El procesado, quien se había levantado en un sitio apartado de esta ciudad, dijo en la indagatoria que había matado al ofendido porque lo había tratado de "pampiao"; como no se conociera el sentido en que lo había tomado el enjuiciado, se llamó durante la audiencia pública a algunos testigos de la región para que declararan acerca del significado que se daba a tal palabra en la región; éstos expresaron que en esa región se entendía por "pampiao" al que se tildaba de afeminado, de poco hombre, de invertido sexualmente hablando. Así pudieron los jurados y el juez de derecho darle el verdadero alcance a la ofensa lanzada por el occiso.

Continuará