

## **Prueba testimonial**

Por el Dr.: Claudio Oscar Giannone(\*)

(\*)Abogado independiente desde 1997, Secretario del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, vocal por Buenos Aires de Comisión Nacional de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Docente del curso de Iniciación Profesional del Colegio Abogados de Lomas de Zamora, Docente de la cátedra de Elementos de Derecho Procesal Dr. Osvaldo Gozaini- UBA, Asesor letrado de la secretaría de Seguridad del Gobierno de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, Autor de varias ponencias y proyectos sobre temas del derecho procesal, Autor de numerosas publicaciones y conferencista en la materia.

(1) El Código de Hamurabi contiene 282 artículos que contemplan disposiciones sobre delitos, la familia, la propiedad, la herencia, varios artículos de derecho comunitario y otros relativos a la esclavitud. Entre algunas disposiciones del citado código podemos referenciar sobre la prueba de testigos: *Si un señor, habiéndosele extraviado un objeto, encuentra su objeto extraviado en posesión de (otro) señor; (si) el señor en cuya posesión se halló el objeto extraviado declara: «Me lo vendió un vendedor, lo compré en presencia de testigos»; (si) de otra parte, el propietario del objeto extraviado declara: «Presentaré testigos que testimonien sobre mi objeto extraviado»; (si) el comprador presenta al vendedor que se lo ha vendido y a los testigos en cuya presencia lo compró; (si), por otra parte, el propietario del objeto perdido presenta los testigos que den testimonio del objeto perdido, (en ese caso) los jueces considerarán las pruebas, y los testigos, en cuya presencia se efectuó la compra, juntamente con los testigos que testimonian sobre el objeto perdido, declararán lo que sepan delante del dios...»*

(2) La ley de la Torá distingue entre dos tipos de testigos: Los testigos aclaratorios y los testigos constituyentes, los primeros, cumplen su función atestiguando ante la corte; si fueron testigos del préstamo pero no cuentan a la corte qué vieron, su observación no tiene ninguna importancia legal. Los testigos constituyentes, en cambio, cumplen su función con apenas *observar* el suceso; es su observación lo que *establece* el hecho, aun cuando nunca atestigüen acerca de lo que vieron. La Torá exige que los testigos sean sometidos a un interrogatorio cruzado que se aplica sólo a los testigos aclaratorios no a los constituyentes. El interrogatorio cruzado es parte del proceso testimonial: el testimonio puede entenderse adecuadamente y ser plenamente convincente para la corte sólo cuando ésta repregunta a los testigos. Así, los testigos aclaratorios, cuya función es atestiguar la veracidad de un suceso o hecho, requieren ser repreguntados. No todos pueden testimoniar ante la corte (parientes y criminales, por ejemplo, están descalificados) y los informes de los testigos deben corroborarse bajo repreguntas separadas; pero una vez que su testimonio ha sido validado, se acepta inequívocamente. *"Se nos ordenó decidir la ley por la palabra de dos testigos valederos, aunque sea posible que atestigüen falsamente"* Mishné Torá, Leyes de los Fundamentos de la Torá 7:7. Si dos testigos atestiguan de una manera y otros dos (u otros cien) contradicen su testimonio, la corte se paraliza: enfrentado con dos "pruebas absolutas", no puede actuar en base a ninguna (véase Mishné Torá, Leyes de Testigos 18:3). Fuente: Basado en LIKUTÉI SIJOT, Vol. XIX, Págs. /88-191; 195.

***"Difficile est tenere quae acceperis nisi exerceas"***

"Es difícil retener lo aprendido, a menos que lo practiques"

**I.- Introducción:**

Si bien existen gran cantidad de evidencias escritas en tiempos remotos sobre la prueba testimonial a través de disposiciones expresas en ordenamientos jurídicos como el

Código de Hammurabi (1), la Tóra(2), la Biblia(3), la leyes de Manú de la India(4), es en el antiguo Derecho Romano donde tiene su origen conocido.

(3) *“Cualquiera que hiriere á alguno, por dicho de testigos, morirá el homicida: mas un solo testigo no hará fé contra alguna persona para que muera.”* ( DEUTERONOMIO I –Discursos introductorios- Primer discurso de Moisés- números 35.30); *“Por dicho de dos testigos, ó de tres testigos, morirá el que hubiere de morir; no morirá por el dicho de un solo testigo”.* ( DEUTERONOMIO números17.6); *“ Contra el anciano no recibas acusación sino con dos ó tres testigos”* ( I TIMOTEO 5.9), *“El que menospreciare la ley de Moisés, por el testimonio de dos ó de tres testigos muere sin ninguna misericordia”* ( HEBREOS 10.28) entre otros.  
Fuente: La Biblia Versión Reina-Valera de 1909.

(4) Leyes de Manú (siglo XIII A.C.), El origen del código se sitúa de 1280 o hacia el año 880 antes de nuestra era. En todo caso es anterior a Buda. La prueba testimonial es objeto de minuciosas prescripciones en el libro VIII ("Oficio de los jueces; leyes civiles y criminales") en mayor o menor medida: Número 60. *“Cuando un hombre citado ante el tribunal por un acreedor e interrogado por el juez niega la deuda, debe aclararse la deuda por medio del testimonio de tres personas por lo menos, ante Bracmanes designados por el rey.”* Así, se desecha la demanda cuando se acudió al testimonio de quien no estuvo presente, leyes o números 53 y 54: *“Quién invoca el testimonio de una persona que no estaba presente, quien después de haber declarado una cosa, la niega; quien no se da cuenta de que las razones que primero había alegado y las que hace valer enseguida están en contradicción”, “Quien después de haber dado ciertos detalles modifica su primera versión; quien interrogado sobre un hecho bien sentado no da respuesta satisfactoria”;* La validez de una declaración requiere que el testigo haya visto u oído números. 74 75 y 76: *“Para que un testimonio sea bueno es preciso haber visto ú oído, según las circunstancias el testigo que dice la verdad no pierde, en este caso, su virtud ni su riqueza”,*

*“El testigo que declara ante la asamblea de hombres respetable una cosa distinta de la que ha oído ó visto se ve precipitado, después de su muerte, de cabeza al infierno y está privado del cielo.” y 76. “Cuando aún sin haber sido llamado sin atestiguarlo, un hombre ve ú oye una cosa y llega a ser interrogado sobre este punto, debe declarar exactamente esta cosa como la vió, como la oyó.”*

(5) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “Teoría General de la Prueba judicial”, Víctor P. De Zavalía,. 1970. T. II. Pág.23. (6) VARGAS DIAZ, Miguel Ángel: “El testimonio de niños y adolescentes en el proceso civil”. Cáp.I.

Para Devis Echandía(5) tanto el documento, la peritación como la inspección judicial y los indicios, requieren cierto grado de cultura para su aplicación y entendimiento, mientras que la confesión y la testifical se deducen lógica y espontáneamente del uso del lenguaje como medio de comunicación entre los seres humanos, esto se explicaba en gran medida por la gran influencia en aquellas primeras épocas de los sentimientos religiosos en las personas como también por la sencillez de las costumbres y las reducidas proporciones de los grupos sociales y fundamentalmente porque la escritura no estaba desarrollada y la palabra constituía el único medio con el cual contaban los hombres para celebrar sus actos jurídicos o los hechos de los cuales derivaban sus derechos. En este contexto, fue desarrollándose pausadamente la evolución de la prueba testimonial(6).

Empero, en la actualidad no podemos dejar de soslayar, la indiscutible malquerencia que se ejerce este medio probatorio, sosteniéndose que ha sido la más afectada, en cuanto al procedimiento empleado en su recepción, ya que no se propicia el ambiente adecuado para la ejecución de una diligencia tan solemne; el tribunal resta importancia al tipo de personas que sirven de testigos; el juramento se desvaloriza, disminuye la

seriedad; no se averigua las razones, ni se toman en cuenta las contradicciones, falsedades, vacíos, omisiones, etc, perdiendo así la importancia como medio probatorio. Autores como el español Juan Sala(7) la han considerado como la tercera especie de prueba: “la más famosa, usual y en casi todos los asuntos necesaria. La necesidad esta a la vista, porque la mayor parte de las causas o negocios no se pueden probar de otra manera y que nace gran utilidad de ellos, porque se sabe la verdad por su testimonio, que de otra manera sería escondida muchas veces.”, sin embargo para otros, como Carnelutti que cuando se quiera persuadir uno del grado de imperfección de la justicia humana, basta pensar que en la mayor parte de los casos, la convicción del juez se ha fundado en la narración del testigo(8).

(7) SALA, Juan: “Ilustración del derecho real de España”. Libro III. Título VI de las pruebas Págs 199/200. - 2ª ed. / corregida y adicionada por su autor y arreglada las citas de leyes a la Novísima Recopilación . - En Madrid : En la Oficina del José del Collado Imprenta de Gregorio Lomas, 1837

(8) CARNELUTTI, Franceso: “Instituciones del Proceso Civi”l, EJEA, Bs. As. Argentina, 1973.

(9) CALAMANDREI, Piero: “De las predilecciones de abogados y jueces por las cuestiones de derecho o por las de hecho”. Título VI. Editorial Zeus SRL.

Piero Calamandrei nos decía al respecto: “Se repite con frecuencia que la prueba testifical, es el instrumento típico de la mala fe procesal; y que de los testigos desmemoriados, cuando no sobornados, la justicia no puede esperar más que traiciones. Será verdad; pero yo me temo que de esta tradicional lamentación contra la falacia de los testimonios puede ser en gran parte responsable la ineptitud o la holgazanería de los encargados de recibirla...”(9)

Finalmente y más allá de lo expuesto, dejo la reflexión del maestro Calamandrei con la secreta esperanza que el mismo pueda ser de utilidad: “*Cuando se ve en ciertos tribunales, los jueces delegados para la instrucción de los asuntos civiles acostumbran*

*(Acaso por excesivamente cargados de otras funciones) dejar a los secretarios o a los procuradores, la delicadísima misión de interrogar a los testigos, hay razón para pensar que, si éstos no dicen la verdad, la culpa no es de ellos. Un juez sagaz, resuelto y voluntarioso, que tenga cierta experiencia en el alma humana, que disponga de tiempo y no considere como mortificante trabajo de amanuense el empleado en recoger las pruebas, consigue siempre obtener del testigo, aún del más obtuso y del más reacio, alguna preciosa partícula de verdad....”*

## **II.- Concepto de prueba:**

Habiendo efectuado una somera recapitulación evolutiva y antes de adentrarnos de lleno en la prueba testimonial, debemos efectuar algunas precisiones respecto a qué entendemos por prueba, la diferencia entre medios y fuentes de la misma y finalmente que es un testimonio.

Sabemos que, en el proceso, dice Carnelutti, en todas sus clases, el juez tiene que valorar jurídicamente hechos, siempre que el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez debe servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente, estos objetos son las pruebas(25).

(25) CARNELUTTI, Francesco,: Ob. Cit.. Trad. de S. Sentís Melendo, vol. II. Buenos Aires, 1952.

(26) CAPITANT, Henri: “Vocabulario Jurídico”. Edit. Argentina, Ediciones Depalma, 1981.

(27) ALSINA, Hugo “ Tratado Teórico-práctico de derecho procesal Civil y Comercial” Buenos Aires, Ediar S.A. Editores. Tomo III 1957.

(28) MITTERMAIER, karl J. A. “Tratado de la prueba en material criminal”. Buenos Aires, Hammurabi, 1993.

(29) BONNIER, E., “Tratado teórico y practico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal”, ed. R.L., Madrid, 1891, 4 Vol.

(30) LAURENT, A.: "Principes de Droit Civil français", París, Bruselas, 1878.Vol. XXIX.

(31) BENTHAM, Jeremie.: "Tratado de las pruebas judiciales", edit J.E., Buenos Aires, 1971, Pág.21.

Así, Capitant, la define como demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley o bien el medio empleado para hacer la prueba(26).

Por otro lado, Alsina sostiene que en su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su acepción corriente expresa una operación mental de comparación, por lo que la prueba judicial es una confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla y coincidiendo con el segundo de los significados de Capitant, señala que en la técnica procesal la palabra prueba comprende también los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes como se habla de prueba testimonial, instrumental, etc.

Otras veces, sigue afirmando Alsina se refiere a la acción de probar y se dice entonces que el actor corresponde la prueba de su demanda y al demandado la de sus defensas. Finalmente designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados y en ese sentido un hecho se considera o no probado según que los elementos de juicio sean o no considerados suficientes para formar la convicción de aquel pues las partes pueden haber producido en los autos abundante prueba sin lograr producir con ella esa convicción(27).

Otras definiciones conceptuales, las encontramos en Mittermaier para quien la prueba, es el conjunto de motivos productores de la certidumbre(28); a su vez, para Bonnier: Sería la conformidad entre nuestras ideas y los hechos constitutivos del mundo exterior(29); para Laurent sería la demostración legal de la verdad de un hecho(30) y

para Bentham como un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho(31).

Por su parte Escriche, inspirándose en la Ley Primera, Título 14, Partida Tercera, define la prueba diciendo que es la averiguación que se hace en un juicio de una cosa que es dudosa; o bien: el medio con que se demuestra y hace patente la verdad o la falsedad de alguna cosa(32).

(32) ESCRICHE, Joaquín: "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Ensenada Baja California, México, 1974.

(33) PALACIO, Lino Enrique: " Manual de Derecho Procesal Civil". Tomo I, pág 461. Edit. Abeledo Perrot.1987. (34) PALACIO, Lino Enrique: Ob.cit. Pág. 466.

La gran mayoría de estas definiciones, son comentadas por Alsina en sentido desfavorable, porque unos excluyen el concepto de medios de prueba, otros se refieren a ellos exclusivamente y los demás sólo importan una definición de la verdad.

Finalmente para Lino Palacio prueba, es: Esa peculiar actividad ( Cuya finalidad consiste en formar la convicción del juez acerca de la existencia o inexistencia de tales hechos afirmados por una parte y negados por la otra) que corresponde desplegar durante el transcurso del proceso y cuya finalidad es la mencionada: formar la convicción del juez acerca de los hechos alegados; también es el conjunto de modos u operaciones ( medios de prueba) del que se extraen los argumentos de prueba, o motivos generadores de la convicción del juez y es el hecho mismo de la convicción, o sea el resultado de la prueba. De todos modos, y cualquiera sea la definición que se acepte, queda fuera de toda duda la importancia que la prueba adquiere en procedimientos judiciales, ya sean estos civiles, penales, laborales, etc(33).

### **III.- Medios y fuentes de prueba:**

Definido que ha sido el concepto de prueba, es necesario señalar sintéticamente qué es medio y fuente de prueba.

Para Palacio, medio de prueba son los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos, de este concepto podemos decir que no solo entraña una actividad procesal (Reconocimiento de cosas, declaración del testigo) referida a un instrumento real ( cosa reconocida, documento examinado) o personal ( parte, testigo) sobre el que recae la percepción judicial, sino que también actúa como vehículo para lograr un dato ( fuente de prueba) a través del cual el juez determina la existencia o inexistencia de un hecho(34). Son así medios: La prueba testimonial, confesional, pericial, instrumental, documental, inspección judicial (ocular), informativa, etc.

En general puede decirse que los medios son los modos regulados por la ley adjetiva como camino de la prueba, ellos se manifiestan a través de la actividad que realizan el Juez y las partes tendientes a la comprobación o acreditación de los hechos controvertidos que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por los contendientes.

Objetivamente, los medios se presentan como complejas regulaciones procesales que tienen raíces en el derecho sustantivo. Así las normas jurídicas prevén y desarrollan procedimientos idóneos para ubicar dentro del proceso los elementos de prueba mediante cuya valoración se obtendrá el conocimiento del tema a probar(35).

(35) CURTO, Jorge: "El principio de libertad probatoria en el nuevo Código Procesal Civil de la Provincia y los modernos elementos de prueba no regulados." Publicado en el Colegio de Abogados de Córdoba

(36) LESSONA, C.: " Teoría general de la prueba". Trad. Castellana de E. Aguilera de la Paz, Madrid, pág.13.

(37) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: "Doctrina General", cit., pág., 428. SENTÍS MELENDO, Santiago: "La prueba", Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978 cit., pág., 150. Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. "Derecho Procesal...", cit. T. I (Vol. I). "Proceso Civil...", cit., obra colectiva, pág., 442.

(38) FAIRÉN GUILLÉN, V. Ob. Cit.. Pág., 428; SENTÍS MELENDO, S. Ob. Cit. Pág., 153.

(39) CARNELUTTI, Francesco, "La prueba civil", 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.

(40) ECHANDÍA, Devis H.: "Teoría general de la prueba judicial" ed. Zavalia, Buenos Aires, 1970, 2 Vols.

Para Lessona, todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido al juez un hecho, es decir, de darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia o de una inexistencia de aquel hecho, es un medio de prueba(36).

Por último, los medios de prueba (concepto procesal), se constituyen como la exteriorización procesal de las fuentes. Éstas, para fijarse en el proceso, necesitan de un instrumento adecuado: los medios de prueba establecidos por la ley procesal(37).

En la prueba que nos ocupa el presente análisis, el testigo conoce los hechos aún antes de generarse el proceso -la fuente-; pero sólo repercutirá en aquél si logra penetrar en el mismo como medio -la prueba testimonial(38).

Así, fuente de prueba en la acepción más seguida por la doctrina son "los hechos percibidos por el Juez y que le sirven para la deducción del hecho que se va a probar"(39).

Se trataría de hechos a través de los cuales el juez puede deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos.

Al decir de Devis Echandía, las fuentes "son los hechos que constituyen las fuentes del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso" (40).

Arazi sostiene que las fuentes son extra procesales y limitadas, existen con independencia del proceso judicial, los medios de prueba son la manera de traer esas fuentes al proceso, son ilimitados pues las leyes procesales enuncian algunos pero pueden ordenarse otros diferentes, incluso una misma fuente puede incorporarse al proceso de distintas formas(41).

(41) ARAZI, Roland. " Testimonial y prueba del daño" Revista de Derecho de Daños. Edit. Rubinzal- Culzoni. Págs. 101 y 102.

(42) LIEBMAN, Enrico: "Manual de derecho Procesal Civil" (Trad. ital. Santiago Sentís Melendo: Manuale di Diritto Processuale Civile). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1980. Pág.358. (43) ECHANDÍA, Denis, H.: "Teoría general de la prueba judicial". Edit. Zavalia, Buenos Aires, 1970.

La distinción entre fuentes y medios de prueba es importante a fin de precisar las facultades del juez para ordenar medidas de oficio.

En principio el juez no está facultado para investigar la existencia de fuentes de prueba ya que él juzga, no investiga; sólo el juez de instrucción en materia penal puede averiguar por su cuenta si existen fuentes y traerlas al proceso, pero no debe ser quien en definitiva valore esa prueba, sino que lo hará el juez de sentencia.

#### **IV.- Concepto de testimonio:**

Una vez precisado el concepto de prueba, nos restaría realizar, acotadas referencias en relación a que entendemos por testimonio.

El término: "testimonio" ( Del Latín testimonium) es una palabra equívoca que significa tanto el documento en el que se da fe de un hecho, como la declaración rendida por un testigo.

No podemos negar que, el testimonio, así entendido, ha invadido todos los campos del quehacer humano; nosotros conocemos el mundo por este medio. El juez se acerca a la verdad sobre la base de los testimonios, cuando han sido legales y oportunamente allegados al proceso, para, mediante ellos, fundamentar sus fallos. El testigo es el órgano de la prueba; el medio probatorio, es su manifestación, o sea el testimonio.

Liebman dice: "El testimonio es la narración que hace una persona de hechos de los cuales tienen noticias, para darlos a conocer a otro" (42).

En el más amplio sentido de la palabra, puede decirse que es el relato oral o escrito, espontáneo o provocado, acerca de un hecho que se desea conocer o comprobar o como dicen los juristas es la declaración de una persona idónea que, llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa.

A su vez, Davis Echandía la define como una medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez con fines procesales sobre lo que se sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza(43). De ahí que el testimonio de terceros es aquel que proviene de aquellas personas físicas que no son partes del proceso o de la relación procesal y que declaran acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han oído sobre estos(44).

(44) CHIOVENDA, Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", T. III. Pág. 225.

(45) MUÑOZ SABATÉ, Luis: "Técnica Probatoria Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso", Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997 y LIEBMAN, Enrico. Ob. Cit. Pág.359.

(46) GUASP, Jaime: "Derecho procesal Civil" 2ª Edición, Madrid, 1961. Pág. 355. (47)

VARGAS DIAZ, Miguel Ángel: "El testimonio de niños y adolescentes en el proceso civil" Sin embargo en el derecho moderno, se ha distinguido el testimonio según el sujeto que la presta, o sea, si este proviene de la parte de la relación procesal o de un tercero a ella. Autores como Liebman y Muñoz Sabaté, se inclinan por esta postura (45).

Otros en cambio, han venido sosteniendo que la confesión es el testimonio que una de las partes hace contra sí mismo; a lo que Guasp agrega que en realidad el concepto de confesión no alude tanto al testimonio sino a un cierto resultado del mismo, o sea, el reconocimiento de la verdad de un hecho perjudicial (46).

También se ha hecho distinción según que la declaración de parte sea o no contraria a sus intereses y por ende consideran testimonio de parte a las declaraciones realizadas por ésta cuando ellas no son favorables a la otra parte, reservándose el concepto de confesión solo cuando la declaración de parte es favorable a la otra (47).

Mittermaier en su tratado sobre la prueba caracteriza tres categorías aseguradoras de un correcto testimonio: a) La ley debe motivar al testigo a una reflexión seria y atenta expuesta en lenguaje fiel y sincero, b) El interrogatorio se combinará de modo que el testigo sea impelido a declarar la verdad y se le imposibilite excusas y c) Deben otorgarse al juez los medios de apreciar las cualidades del testigo y el grado de observabilidad del mismo. Estos tres principios constituyen la garantía necesaria para el buen funcionamiento de la prueba testimonial.

A la afirmación de estos principios, ayuda un aparato judicial adecuado, que impresione positivamente y constriña al testigo a recordar las graves consecuencias de sus dichos. Publicidad del testimonio y desinterés son los dos aliados naturales de la neutralidad y sobriedad características de un eficiente y aceitado sistema testimonial.

Entonces, la fuerza probatoria del testimonio varía según el tipo de Derecho sustantivo a que se aplique, así cobra su máxima importancia en el derecho penal y decrece en

significación en forma paralela al grado de formalización requerida en otros derechos como el civil, laboral, administrativo, etc. Por último diremos, el testimonio da para interpretar por la dialéctica del testigo y el testimonio. El testigo testimonia por algo o por alguien que lo supera: en este sentido, el testimonio procede del Otro, pero el compromiso del testigo es también su testimonio.

#### **V.- Concepto de prueba testimonial:**

Definimos a la prueba testimonial (Del latín testimonialis) como aquella que es suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas, distintas de las partes y del órgano judicial acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o de lo que han visto u oído sobre éstos.

En una definición más simple se podría decir que el testimonio es un medio de prueba por el cual quien no es parte en un proceso declara lo que es de su conocimiento(48).

(48) ARAZI, Roland. Ob. Cit. Pág.101.

(49) GOZAINI, Osvaldo: "Elementos de Derecho Procesal".Edit. Ediar. Buenos Aires. 2005.

(50) GUILLAUME, Paul: "Manual de Psicología". Edit. Literario Murmis Miguel. Traductor. Pág. 102. 1971.

(51) FALCÓN, Enrique: "Grafica procesal". Edit. Abeledo Perrot. 1997. Pág. 82-83.

El testigo recibe una impresión por los sentidos, se da cuenta de ello y guarda memoria; el testigo comparece a juicio para hacer del conocimiento del tribunal los hechos relacionados con el conflicto y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Este medio de prueba es clasificado como un medio de prueba personal, porque el testimonio es suministrado por un ser humano.

Una vez rendida la declaración testimonial, no puede renunciarse a la prueba y, por tanto, la calidad de testigo, no se pierde por voluntad de las partes que lo ofrecieron

sino cuando se declare la nulidad de la diligencia de recepción del testimonio y la providencia que la decretó. Desaparece, como consecuencia, la calidad de testigo, que podrá readquirirse si se repite la providencia que dispone la prueba.

Una vez que el juez admite un testigo, su declaración puede beneficiar a cualquiera de las partes, lo mismo a quien lo haya solicitada como su adversario, ello por el principio de adquisición(49). Esta prueba ha sido, generalmente atacada sobre la base de los defectos y falta de precisión que ofrece la misma, ya que está probado que la deformación de los recuerdos produce errores que aumentan en un 0.33 % diario(50). Sin embargo y pese a la poca garantía que ofrece esta prueba, en muchos casos, por tratarse de la única o porque contribuye a esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, comparándose con otras pruebas, no ha perdido totalmente su utilidad (51).

#### **VI.- Características y elementos:**

De la definición ante expuesta, surgen las siguientes características de la prueba testimonial: a) El testigo debe responder sobre hechos pasados que han sido percibido por alguno de sus sentidos. En otras palabras, estos hechos deben haber ocurrido antes de la declaración que presta, b) Debe tratarse de una persona física, puesto que las personas jurídicas carecen de aptitud para percibir o deducir un hecho, c) Debe ser hábil, en consideración a los recaudos legales que condicionan su declaración, d) Debe tratarse de una persona ajena al proceso, e) No pueden serlo las partes, cuyo testimonio debe rendirse mediante la prueba absoluta, f) Debe ser una declaración personal: No se puede rendir un testimonio por conducto de un mandatario o apoderado, ni de un representante legal o convencional, cuando el padre o gerente o el funcionario que personaliza una entidad pública, declara sobre los hechos del hijo, sociedad o entidad, el testimonio es de aquellos y no de estos. Se puede rendir testimonio sobre hechos de

otras personas y es lo que generalmente sucede, pero no a nombre de otra persona(52), g) Debe tratarse de una declaración representativa: Si nada se representa con las palabras que pronuncie el testigo, no existirá ni siquiera una declaración en sentido general y amplio y mucho menos un testimonio, h) Tiene una significación probatoria: Si el testimonio es un acto representativo de un hecho, realizado con fines procesales y dirigido a un juez o funcionario investigador, necesariamente tiene una significación probatoria, en sentido de que es un medio de prueba por el cual se procura llevarle al juez el convencimiento sobre ese hecho, aunque en ocasiones, debido a deficiencias intrínsecas o extrínsecas llegue a carecer de valor o eficacia probatoria.

(52) GOZAINI, Osvaldo. Ob. Cit. Págs. 348-349.

En cuanto a los elementos, podemos obtener los siguientes: 1) Pretenden llevar convicción juzgador, para comprobar lo establecido por algunas de las partes, 2) Lo más esencial es que hay la intervención de los sujetos, personas físicas, denominadas testigos,

3) Se pretende obtener información de los testigos, ante el órgano jurisdiccional, 4) La declaración de los testigos puede obtener mediante la forma verbal y 5) Se rinde en relación con la litis, respecto de los hechos que se han debatido en el proceso.

### **VII.- Concepto de testigo:**

III.- fuentes y medios de prueba Etimológicamente el término testigo según Alsina, deriva de "testando", que significa referir, narrar(53).

(53) ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial". Edit. Ediar, 1958.T. III. Pág. 536.

(54) COUTURE, Eduardo; "Vocabulario Jurídico".Edit. Depalma, 1976, p.564.

(55) CASTRO, Máximo: "Curso de procedimientos civiles", Buenos Aires, 1926-31, Ariel, Tomo I, Págs. 324/325. (56) MITTERMAIER, Karl J. A.: "Tratado de la prueba en materia criminal". Madrid 1979. Pág.129.

Para algunos autores, en cambio, dicha expresión "testigo" derivaría en realidad de la palabra latina: *testificus*, que más propiamente significa: "El que hace de testigo". El término según Couture, procede del verbo latino: *tristis*, que significa literalmente: "El que está como tercero"(54) y para otros, la palabra proviene del del latín *testibus*, que equivale a dar fe de la verdad de un hecho. Parece que esta última la verdadera etimología de la palabra testigo, si recordamos que en el derecho Romano, cuando las partes concurrían ante el magistrado, se hacían acompañar por personas que les servían para establecer con precisión los términos en que la *litis contestatio* había quedado trabada, esas personas eran llamadas "Testes estotes", de donde procede la palabra *litis contestatio*, que significaba la contestación por medio de testigos ( Testes estotes), de los términos en que el pleito había quedado trabado(55).

A pesar de esta diversidad acerca del génesis etimológico, lo esencial es proferir que cuando hablamos de "testigo", nos estamos refiriendo a aquella persona distinta de los sujetos procesales a quien se llama para exponer ante el juez las observaciones propias de hechos ocurridos o de importancia para el proceso.

En Derecho se toma la voz "testigo", en dos acepciones estrechamente relacionadas: a) Testigos son las personas que necesitan concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos y b) Testigos son las personas que deponen sobre un hecho que han presenciado. En la primera acepción, los testigos constituyen una solemnidad; en la segunda un medio de prueba. Dentro de la temática, interesa hacer un análisis a los segundos.

Mittermaier dice que la palabra testigo designa al individuo que comparece o es llamado a declarar sobre su experiencia personal acerca de la existencia y naturaleza de un hecho(56).

Por su parte Baudry-Lacantinerie y Barde dan una definición más clara y más precisa diciendo, que se llama testigo a la persona que ha percibido directamente por sus propios sentidos el hecho controvertido.

Marcel Planiol define al testigo como la persona que ha estado presente por casualidad, o a instancia de las partes, al verificarse un hecho contradicho; y que puede por consiguiente, afirmar al Juez su existencia, la manera como se verificó y sus resultados.

De las definiciones antes citadas podemos deducir en consecuencia, que el testigo es aquella persona con características biológicas y psicológicas determinadas que le permiten deponer sobre los hechos que ha sido presencial, o que ha percibido por sus propios sentidos, relativos a sucesos sujetos a comprobación y su calidad , se adquiere desde el momento en que el juez dicta la providencia que ordena la recepción del testimonio, sea oficiosamente o a solicitud de parte.

### **VIII.- Clases de testigos:**

Existen diferentes clases de testigos. Desde el punto de vista jurídico podemos categorizarlos como: a) Testigos oculares, presenciales o de vista, para referirse a aquellos que han presenciado el asunto sobre el cual declaran. La presencia de un hecho no solo depende de lo que observe o no observe, sino también de lo que haya percibido directamente por cualquier otro órgano de los sentidos como es el olfato, el gusto o el tacto.

b) Testigos auriculares (ex auditu) o de oídas que es aquél testigo que relata hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas. Sus declaraciones podrán estimarse como base de una presunción judicial,

pero es válido el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se esclarezca o explique el hecho de que se trata.

La clasificación por los sentidos es la más generalizada es la que los referencia por razón del sentido o los sentidos empleados en la percepción del objeto o instrumento sobre el cual ofrecen testimonio.

Otra tipología es aquella que los califican en función del ámbito en el que testifican, llamándose testigos instrumentales a aquellos que intervienen como un elemento formal en la realización de ciertos actos jurídicos, a fin de darles validez a los mismos; su participación no es procesal, sino que atestiguan la formulación del acto (Ej. En el caso de asistencia al otorgamiento de un instrumento o escritura pública) y el testigo judicial, para aquel que declara ante un órgano jurisdiccional lo que sabe y se le pregunta sobre los hechos objeto de litigación.

A su vez el testigo judicial puede ser causal o preconstituido. El testigo preconstituido es el que convocamos avizorando un proceso, en el que depondría con testimonio que conjeturamos, nos resultará favorable, sin que ello dejar de ser veraz y verosímil, es decir estamos ante un conflicto y tememos un litigio, razón por la cual pedimos a alguien para que, comedido, asista a hechos(57).

(57) CHIAPPINI, Julio: "Prueba testimonial anticipada y testigo preconstituido". Pub. Doctrina Judicial. T. 2-1997. Pág. 267.

(58) EISNER, Isidoro: "Planteos Procesales". Edit. La ley. 1984. Pág.437, citado por Chiappini, J.

(59) EISNER, Isidoro. Ob. Cit. (60) KIELMANOVICH, Jorge: " Medios de prueba". Edit. Abeledo Perrot. 1993. Pág.43 y citado por Chiappini Julio.

El origen clasificatorio de estos testigos, lo podemos encontrar en la didáctica de Eisner y su clasificación de los medios de prueba que pueden ser causales y preconstituidos,

según el momento de su formación respecto al proceso y su destinación prevista para servir en el. De esta forma, para Eisner, la prueba instrumental lo mismo que la testimonial podrá ser preconstituida o casual según su criterio. Lo preconstituido podrá ser el testigo en cuanto emplazado a observar con el fin de servir en el proceso; no el testimonio cuya exposición y resultado se ignora hasta el momento de prestarse, por lo que es causal(58).

El testigo casual o circunstancial, podrá parecer más imparcial que el preconstituido pues éste fue encargado para percibir el hecho con el fin de reproducirlo en el juicio, pero aquél pudo adolecer de menor percepción, atención y memoria, lo que ocurrirá en el último que, advertido, agudizó sus sentidos y se dispuso favorablemente para recoger el hecho ( Por ejemplo en el derecho laboral cuando el trabajador ante negativas de dar tareas, se presenta ante su empleador con un testigo, a fin de dar fé de dicha negativa).

Aunque alcancen a los testigos preconstituidos en algunos casos, motivos abstractos de sospecha, deberá extremarse el celo para recibir el testimonio según el principio de intermediación y apreciarlo según las reglas de la sana crítica(59).

Aclara Kielmanovich que, si bien de ordinario el testigo se encuentra casual o accidentalmente en el preciso lugar y tiempo en que ocurrió o se producirá el hecho en torno al cual será ulteriormente llamado a declara, en muchos casos la imposibilidad de poder prever esa contingencia natural aunque genérica o la necesidad de preverla en vista a la dificultad de procurarse prueba documental para su actual y ulterior comprobación, hace que en ciertos casos la prueba de testigos se deba preconstituir, agregando que no se trata de preparar, preestablecer o preconstituir el testimonio, esto es, de obtener una declaración anticipada de los hechos que el testigo percibió en tal ocasión sino de emplazar a una persona en condiciones aptas para percibir los hechos en realización o previstos como inminentes, con el fin de valerse luego de su testimonio como medio de prueba(60).

## **IX.- Condiciones exigidas para ser testigo:**

**a) Capacidad:** Como ya hemos referenciado, el testigo debe ser una persona física, puesto reiteramos, son las únicas capaces de percibir los hechos por medio de los sentidos y reproducirlos.

En ese orden de ideas, tanto el artículo 426 del Código Procesal Civil, Comercial de la Nación como el artículo 424 del Código homónimo para la Provincia de Buenos Aires, refieren que la capacidad requerida para ser testigo es ser mayor de 14 años, ello es acompañado por la gran mayoría de las legislaciones procesales provinciales.

Sobre la base de lo expresado en la antedichas disposiciones legales, en la actualidad predomina el criterio que gozan de capacidad para declarar validamente como testigo en los procesos civiles y comerciales todas las personas que hayan alcanzado dicha edad, al momento de la declaración y ello es así, porque se considera que un individuo a partir de los 14 años, es capaz de testimoniar por cuanto tiene una aptitud para percibir los hechos que caen bajo el dominio de sus sentidos, fijándolos en la mente, coordinándolos y recordándolos.

En lo que respecta a partir de que momento se considera adquirida la edad mínima legal para declarar, se trata de saber-Dado que los códigos procesales nada dicen al respecto- si dicha edad se requiere haberla alcanzado en el momento de la producción del hecho sobre el cual se declarará o cuando el testigo es llamado a declarar.

Sobre este tópico no existen mayores divergencias, dado que la gran mayoría de los autores se inclinan por la segunda.

Para Kielmanovich, las personas físicas que hayan cumplido la edad catorce años a la fecha en que deben prestar declaración, pronunciándose que aquellas que al momento de prestar declaración no hayan alcanzado esa edad, deben ser considerados como testigos excluidos(61).

(61) KIELMANOVICH, Jorge: "Teoría de la prueba y medios probatorios", pág. 210.

(62) FENOCHIETTO, Carlos E.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". Edit.Astrea. 2000, p.406.

En la misma línea de pensamiento, se ubican Palacio y Fenochietto(62) agregando éste último que la edad mínima está referida al momento de la declaración del testigo aunque fuera menor de catorce años al momento del hecho sobre el cual declara.

**b) Probidad e imparcialidad:** La probidad es un concepto inmaterial que surge del conjunto de modalidades y circunstancias calificativas que constituyen la personalidad moral de la persona y que hace que su testimonio sea tenido por fidedigno, es decir aquella persona que es respetuosa con los valores morales e integro en la forma de actuar.

Podemos agregar en líneas generales que aquella persona de relativa buena educación, que posee una profesión o trabajo honesto conocido, que no es pariente de las partes, ni tiene una relación de dependencia con ellas, ni es amigo íntimo ni enemigo de ninguno de ellos, es un testigo que debe ser calificado como probo.

La probidad como condición de carácter general está íntimamente ligada al concepto de imparcialidad entendido este como la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud(63).

(63) Diccionario de la Real academia Española (2001).

(64) BINET, Alfred: " Las ideas modernas acerca de los niños" versión española de Félix González Llana. Librería Gutemberg de José Ruíz. Madrid. 1913 "...Se ha dicho del niño que es un buen observador; esto es una ilusión: puede ser herido por un detalle que nosotros no habremos observado, pero no verá un conjunto, un panorama de cosas, y sobre todo, resulta incapaz de discernir entre lo accesorio y lo esencial. Si se lo hace referir un acontecimiento de que ha sido testigo, observa uno que le ha visto superficialmente, y que le ha chocado la decoración y no el sentido oculto. Una interpretación profunda está vedada para él, porque exige el lenguaje y el niño se

encuentra aún en una fase de la inteligencia sensorial; la fase verbal comienza más tarde, y consecuentemente, no comprende muchas palabras, muy claras para nosotros; las adorna con ideas falsas..”

(65) SAYWITZ, K.J. “Improving children’s testimony. The question, the answer, and the environment.” (1997). En M.S. Zaragoza, J.R. Graham, G.C.N. Hall, R. Hirschman, y Y.S. Ben-Porath (Eds.). *Memory and testimony in the child witness*. (pp. 113-140) London: Sage.

(66) ALTAVILLA, RASSER-LESSONA, nota pág. 200, FORMIGGLIANI, Santamaría: “La psicología del fanciullo normale et anormale” GARRIDO, Martín, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, en la Comunicación presentada en el V Congreso de Evaluación Psicológica en su trabajo " Evaluación de la credibilidad del testimonio: Una revisión de los fundamentos teóricos, orígenes, evolución y estado actual del Análisis de Contenido basado en Criterios (CBCA).

La imparcialidad es una especie determinada de motivación, consistente en que la declaración o resolución se orienta en el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente.

#### **X.- Declaración de testigos menores de 14 años:**

Sin entrar en un debate profundo acerca de la disyuntiva si debemos otorgar validez o invalidez a estas declaraciones, resulta necesario efectuar algunas precisiones al respecto. En el campo de la psicología, los autores, no tienen una opinión unánime sobre el particular y menos referente a la capacidad de los menores para testificar: Unos afirman que los niños son por naturaleza altamente sugestionables(64) impresionables, imaginativos(65) que no son tan bueno como los adultos para observar y recordar acontecimientos y propensos a la mentira por vanidad, egoísmo o sugestión de terceros y por lo tanto su testimonio es de escaso valor(66). Otros autores en cambio, dicen que

la falta de pasiones, preconcepciones y experiencia práctica, confiere a los niños una serenidad y exactitud de observación que los hace óptimos testigos, sobre todo cuando declaran respecto de circunstancias que a sus ojos no tienen ninguna trascendencia, mientras en la realidad son importantes(67).

(67) TAZI, "Psiquiatría Forense". Pág.117.

(68) La doctrina de la situación irregular, consideraba a todos los niños y/o adolescentes como adultos pequeños o en miniatura y objetos de derechos, no como personas humanas en proceso de desarrollo y sujetos de amplios derechos civiles, naturales y humanos. Esta doctrina fuertemente apoyada y sostenida de manera predominante en América Latina hasta los años 80 (y vigente todavía en la Argentina). (69) Esta doctrina, sostiene que tratar a los niños como personas carentes de toda racionalidad, que el efecto producido al considerárselos legalmente incapaces plenos y absolutos de hecho, es incongruente y contrario a todos los descubrimientos de las ciencias auxiliares del derecho, como Psicología, la Psiquiatría y las ciencias pedagógicas, que plantean que las personas a medida que crecen y se desarrollan, van adquiriendo capacidad progresivamente para tomar decisiones y para actuar en base a ellas.

En el campo del derecho, para quienes son defensores de la tesis "positivista" señalan que en el pensamiento jurídico tradicionalista, la regla consistió siempre en que los menores de catorce son incapaces absolutos de hecho y que fueron la base de todo el derecho de la infancia en especial en Sudamérica, agregan que aquellas legislaciones equiparaban a los niños con las personas carentes de raciocinio y desde esta perspectiva regulaban sus relaciones con las familias, las demás personas y el Estado.

Esta concepción, formaba parte de la denominada doctrina de la situación irregular(68), sobre la cual se edificaron prácticamente todas las legislaciones de América, especialmente las leyes que hacían referencia a menores de catorce años de edad.

Sin embargo, a partir de la Convención de los Derechos de los niños se produce una ruptura paradigmática de este enfoque fundamentándose con la Doctrina de la Protección Integral(69). Empero, afirman que realmente no ha habido en la doctrina jurídica, un interés significativo por ilustrar el desarrollo de este tema a pesar que actualmente se considera a los niños como verdaderas personas con capacidad progresiva y no objetos carentes de voluntad. Además, refieren que tampoco los avances y contribuciones que han hecho las ciencias auxiliares (psicología del desarrollo, psicopedagogía, etc.) han sido aceptados e integrados a todas las legislaciones latinoamericanas, desechándose los aportes que tanto la práctica como el análisis suministran hoy día medios para interrogar a las personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Sin embargo, dicen que a pesar de todos estos obstáculos, ello no es óbice para que el juez valore tales declaraciones: Debe superarse esa fase histórica de la prueba tasada, cuyo principal albergue, y quizá el más fortificado, siga todavía siendo el dilema de las incapacidades(70).

(70) DEVIS ECHANDÍA, Hernando citado por Arazi: " Teoría general de la prueba judicial". 1970. T. I. Pág. 137. Señala que *"deben eliminarse normas legales que establezcan a priori las causas de incapacidad para testimoniar, reemplazándolas por una regla general que permita al juez admitir la declaración de toda persona que considere acta para recibir, entender y comunicar percepciones, tanto en el proceso civil como el penal.."*

(71) DENTI, Vittorio: "L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei en processo civile e giustizia sociale". 1971. Págs.80/81.

(72) Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica prevalece el criterio conforme al cual la capacidad para declarar depende más del grado de inteligencia del testigo que de su edad, sin que para ello sea necesario que este preste juramento o promesa de decir verdad, de ahí que en dicho país se tenga como regla general que todas las personas mayores de siete años de edad puedan testimoniar válidamente en juicio en la medida que parezca lo suficientemente inteligente para ello. En el ordenamiento jurídico italiano todas las personas que han alcanzado la edad de catorce años están facultadas para prestar testimonio en juicio, siempre que resulte necesario oírlos en razón de particulares circunstancias, como por ejemplo ocurren cuando no existan otros testigos del hecho, en cuyo caso se los exime también del deber de prestar juramento. En España, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, precisamente el art. 361, adoptó una actitud más prudente, al dejar a la discreción del juez la posibilidad de que declaren o no quienes no han alcanzado aún los catorce años de edad.

En esta línea argumental, el tratadista italiano Denti, destaca los cambios y avances que se produjeron en el sistema probatorio europeo en la segunda mitad del siglo veinte, resaltando la mitigación progresiva del régimen de la denominada prueba legal y el decidido restablecimiento al juez de la libertad en la valoración de los medios de prueba: "Entre nosotros no puede, desde luego, desconocerse que algo de esto ha ocurrido ya que es evidente que nuestros regímenes procesales han autorizado una libertad razonada del juez en la evaluación de los medios de prueba, con arreglo a un manejo prudente y flexible de las reglas de la sana crítica, de ahí que pueda afirmarse que en materia de prueba testimonial, en los procesos civiles y comerciales, subyace una gran desconfianza hacia los jueces, ya que si bien se apela en la gran mayoría de los casos a la sana crítica del juzgador otorgándosele así un margen de maniobras más inteligente en aras de arribar a la certeza, y por ende a resultados útiles, sin embargo se

le priva de dicha facultad cuando se trate de testimonios de personas que no han alcanzado la edad de catorce años, circunstancia ésta que no puede ser interpretada coherentemente”(71).

Englobado en este razonamiento, Arazi sostiene que no obstante los términos categóricos del artículo 426 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, opinando que ello no es óbice para admitir la declaración de menores de esa edad cuando ella fuese necesaria. Funda su afirmación en lo dispuesto por el artículo 378 del mismo código, agrega que en derecho italiano y en otras legislaciones extranjeras(72), se prevé, junto con la declaración de testigos mayores de catorce años, la de menores quienes declaran sin prestar juramento. La circunstancia de que ese medio de prueba no esté expresamente previsto en el Código procesal, no significa de modo alguno que se encuentre prohibido y debe admitirse conforme lo dispuesto por el artículo 378 citado. A fin de proteger al mentor, la parte que lo propone debe asumir la carga procesal de hacerlo comparecer pues no se lo trae por la fuerza pública y la declaración se hace sin que preste juramento, todo ello sin perjuicio de otros recaudos que el juez pudiese tomar, para terminar diciendo que la declaración del menor será un medio de prueba o un indicio, según sea el tenor de la misma: Si se refiere directamente al hecho controvertido será lo primero y si se vincula con otros hechos, de los cuales puede inferirse el hecho controvertido, será un indicio, sin perjuicio de la valoración que haga el juez al momento de sentenciar(73).

(73) ARAZI, Roland: “Límites a la verificación de la verdad material o histórica”. Revista Rubinzal Culzoni. Pág. 302/303.

(74) Ley 23.849 aprobación de la convención sobre los derechos del niño (Promulgada el 27/9/90 y publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 22/10/1990). Convención sobre los Derechos del Niño. Parte I. Artículo 12: " 1. *Los Estados partes*

*garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de edad y madurez del niño. 2.*

*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativa que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."*

(75) KIELMANOVICH, Jorge: " Medios de prueba". Edit. Abeledo Perrot. 1993. Pág.52 y citado por GOZAÍNI, Osvaldo: " Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". Tomo II.

(76) DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: "Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil", Colección Nuevos Autores, N° 1, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela.2001. Págs.:1/96.

A su vez, Kielmanovich postula que, la regla del artículo 426, tiene algunas elasticidades a partir de la posibilidad de oír de cuyo testimonio se considere imprescindible [Como en los casos del artículo 264ter del Código Civil y la ley 23849](74) aunque de hecho no se convierta en testigo ya que su declaración no podrá ser empleada como prueba a favor de la pretensión o la defensa(75).

Entre quienes se enrolan por la tesis negativista, fundamentan su postura principalmente desde dos aspectos: El psicológico y el legal. Sobre el primero consideran que un niño carece de la madurez cognitiva necesaria para prestar testimonio a la vez que se le considera víctima de su incapacidad para diferenciar hechos de fantasías. Dicho en otras palabras, tienen dificultad para distinguir entre lo que es real e irreal. Sobre el segundo, sostienen que es imposible reconocer capacidad de obrar progresiva a niños y adolescentes, dado o que solo el transcurso del tiempo asegura el apoderamiento de conocimientos y experiencias suficientes para garantizar la

madurez y el discernimiento del individuo, correspondiendo al derecho la labor única llegado el momento, de reconocerlos.

Para Domínguez Guillén (76), la capacidad de obrar supone y requiere de la voluntad, y ésta viene dada progresivamente en razón de la edad, de allí que sea un contrasentido hablar de un niño con capacidad de obrar.

En el mismo orden de ideas, indica que la capacidad procesal, entendida como la posibilidad de realizar actos procesales válidos por voluntad propia, requiere obligatoriamente de la existencia de una voluntad de entender y de querer, la cual sólo existe en personas que han alcanzado la madurez que deriva del transcurso del tiempo.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, algunos autores, como Graterón Garrido(77), la conciencia que la persona ha de tener de los actos jurídicos y de la importancia de sus efectos exige que sea establecido un término antes de transcurrido, en el cual, a la inmadurez de la mente corresponde una incapacidad de obrar, así, la ley ha estipulado que solo a partir de los 18 años se presume la madurez de la persona ( Artículo 315 del Código Civil).

(77) GRATERÓN GARRIDO, Mary Sol: "Derecho Civil I, Personas", Caracas, Fondo Editorial USM.2000. Pág.160.

(78) Dice el artículo 427 CPCN: *"No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas"*.El artículo 242 del CPPN:

(79) ARAZI, Roland: Ob. Cit. Pág. 304/305.

(80) BORDA, Guillermo: "Tratado de Derecho Civil". Edit. Abeledo Perrot. 1977. T. I. Pág.473 y citado por ARAZI, Roland.

Por ello y a tono con esta doctrina, como regla general, la legislación procesal Civil Argentina, ha formulado la inhabilitación absoluta que excluye en forma general y

categoría, la recepción del testimonio de aquellas personas que se encuentran en esas condiciones, en cualquier clase de proceso, de manera tal que el juez no puede admitirlo como prueba en ningún caso en virtud a la restricción del artículo 426 del CPCN.

### **XI.- Testigos excluidos:**

Tanto el artículo 427 del Código Procesal Civil de la Nación como así también el artículo 242 del Código Procesal Penal de la Nación refieren al respecto(78).

Para Arazi(79), la mayoría de la doctrina y jurisprudencia ha estimado que la prohibición legal es de orden público y como tal indisponible para las partes, coincide con Borda cuando dice que el bien jurídico tutelado al consagrarse la prohibición legal es no obligar a estos parientes tan próximos a optar entre falsear la verdad o declarar en contra del hijo o del padre, es decir que se protege a la persona que eventualmente se podría citar a declarar; si ella no se opone no se advierte porque se la deba excluir(80).

Para una mayor claridad conceptual acerca de que se refiere el artículo 427 sobre consanguíneos o afines en línea recta, debemos decir que la afinidad es un vínculo que tiene origen en el parentesco, pues este último lo forma el vínculo consanguíneo que une a varias personas que descienden unas de otras, o de un tronco común, conforme a esto, se distinguen dos clases de parientes que, para una mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grados que componen dos líneas ( Línea es, por lo mismo, la serie de parientes) que a su vez se diferencian en dos clases: "directa" y "colateral". En la directa, están los progenitores y sus descendientes; así tenemos: abuelos, padres, hijos, nietos, bisnietos y en la colateral, llamada también "transversal", se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros, como ocurre con los hermanos entre sí; y los tíos con los sobrinos(81). Por su parte, el término afinidad se define-en lo conducente-como: "Parentesco que mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro(82), mientras que, en

Derecho la afinidad o alianza es el vínculo jurídico que se constituye en virtud de la celebración del matrimonio y que une a cada uno de los cónyuges, con los parientes consanguíneos del otro. El concepto de parentesco abarca la noción de la afinidad creada por el matrimonio, como un efecto propio del mismo, al que la ley le da categoría de parentesco legal.

El parentesco por afinidad deriva, pues de la ley y coloca al afín en el mismo grado parental que su consorte. Importa, entonces, el lazo de afinidad entre el esposo y los parientes de la mujer y la esposa y los parientes del marido<sup>(83)</sup>. Por su parte, Carbonnier escribe: "La afinidad es la relación jurídica que media entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro; yerno y suegro, cuñados, cuñadas, etc. La noción jurídica de la afinidad es más restringida que el concepto vulgar conforme al cual se opera una fusión de las dos familias, por obra del matrimonio contraído también entre dos de sus componentes, hay que incluir dentro de la relación de afinidad, el nexo existente entre uno de los cónyuges (padrastra, madrastra) y los hijos (hijastros) habidos por el otro de un matrimonio anterior"<sup>(83)</sup>. Empero, indica Arazi que, entre nosotros se admitieron excepciones a la prohibición legal en los procesos de familia, cuando el testimonio era indispensable como en un juicio de filiación donde se decidió que no se podría excluir el testimonio de familiares toda vez que ellos son, por el

(81) BRENES CORDOBA, Alberto: "Tratado de las Personas". San José. Editorial Juricentro, 1.984; página 23.

(82) Real Academia Española. Diccionario de la lengua Española. Madrid. Editorial Espasa-Calpe, decimonovena edición; 1.970, página 32.

(83) Enciclopedia de Derecho de Familia. Buenos Aires. Edit. Universidad. Tomo I; 1.991, pág. 184. (83) CARBONNIER, Jean: "Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares". Barcelona. Editorial Bosch. Tomo I, Volumen II, 1.961; páginas 403 y 404, así como ZANNONI, Eduardo A.: "Derecho Civil- Derecho de Familia". Buenos Aires. Editorial

Astrea, tomo I, 2da. edición; 1.989, página 79. carácter íntimo de las relaciones cuya investigación se requiere, quienes están mejor informados de los hechos(84).

(84) CNCiv. Sala H, 4-10-1996, L.L.1998-D-70 y citado por ARAZI, Roland.

(85) Tribunal Colegiado Rosario, Juris.36-115; C.Ap.Civ. y Com. La Plata, Sala 1, JA 1951-11-33; 4-08-1953. L.L.73-341: C.Civ. y Co. De Rosario. 27-08-1954.L.L:77-1158 citados por Keimanovich.

(86) KIELMANOVICH, Jorge: " Algo más sobre la ineficacia de la prueba ilícita, sobre grabaciones telefónicas y sobre la declaración de testigos excluidos". (87) FALCÓN, Enrique, "Tratado de la Prueba". Edit. Astrea, 2003. Págs. 350/352

En postura negativa Keimanovich, sostiene que si bien excepcionalmente y en procesos de familia se ha llegado admitir la declaración de hijos y la de los propios padres(85)-en ambos casos en directa y franca colisión con el texto imperativo de la ley-sobre la base de grandilocuentes razones de justicia dogmáticamente apreciadas como tales, pues al igual que hemos dicho, no siempre ambos litigantes ofrecen testimonios inadmisibles para la eventualidad de que el magistrado vaya inadvertidamente a admitidos y valorados, sin perder de vista que el reconocimiento de su eficacia supondría por un lado, un irritante privilegio para la parte que con cabal conciencia de su propia sinrazón con el error o la arbitrariedad judicial y, por el otro, un inmerecido castigo para el desconcertado adversario que, a su turno, no los propuso, confiando o más bien constreñido a confiar en la inalterabilidad de las reglas de juego que imponen su inatendibilidad(86).

## **XII.- Declaración de testigo único:**

La pluralidad de testigos ha dejado de ser un requisito esencial e intrínseco a la prueba testifical, así, la evolución procesal ha dejado de lado el viejo precepto del Deuteronomio(19,15) de que 'un único testigo no será suficiente contra nadie,

cualquiera que sea su delito' recogido luego por la tradición jurídico-retórica en el principio 'testis unus, testis nullus' ('testigo único, testigo nulo'), máxima que carece actualmente de vigencia y ha sido superada por la doctrina, de modo que sin perjuicio de que la declaración sea examinada con mayor estrictez, debe ponderarse: La probidad científica del deponente, seguridad del conocimiento que manifiesta, razones y confianza que inspira, de conformidad con las reglas de la sana crítica(87). Estas reglas obligan al juez a perfeccionar sus conocimientos y dotes de psicólogo; a ensayar penetraciones en la idiosincrasia de los testigos; a bucear en profundidad la caracterología del testigo, buscando en todo momento, establecer una total concordancia en los hechos que juzga.

Es que la convicción judicial, como fin de la prueba, no depende un mayor o menor número de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. De la antigua exclusión del testigo único, no puede subsistir sino un mero consejo de prudencia cuando se está en presencia de un testimonio aislado(88). Aparte, es de resaltar que, tampoco existe ya en nuestro derecho procesal un sistema de tachas, ni absolutas ni relativas(89).

(88) GORPHE, Francois: "La crítica del testimonio". 1967. Pág. 38.

(89) ALSINA, Hugo: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 2ª ed, t. III, págs. 620 y sigs., números 38 y sigs., y derogación según nota 250 de la pág. 620 cit.) (90) Cnfr. CNCom, Sala A, in re: "Banco Florencia c. Sirti S.A.", del 16/8/2002; ídem, Sala A, in re: "Ciriello y Cía. Publicidad SACIFI c. Koll's S.R.L. s/ cobro de pesos", del 13/11/1990. CApel.C.C.Salta, Sala III, 1981, fs. 489; 18/5/81; SCBA, L 41658 S 28-3-1989 , Juez Cavagna Martinez (SD) Podmoki, Jorge c/ Consorcio de Propietarios calle Guido 1149 - Beccar s/ Despido Publicaciones: DJBA 136,147-TSS1989,514-AyS1989-I,494 Trib. Origen: TT0200SI; SCBA, L 36328 S 5-8-1986 , Juez SALAS (SD) Carátula: Spnoli de Malfa,

Haydee c/ Club Defensores de Banfield s/ Despido Publicaciones: TSS 1987, 314 - DJBA 131, 333 - AyS 1986 II, 325.

Sin embargo y en materia de familia, para que el dicho de un solo testigo pueda constituir prueba suficiente, es preciso que su declaración por su sinceridad e imparcialidad tenga la suficiente fuerza de convicción como para fundar una condena, o bien que dentro del contexto de la prueba producida constituya un índice más de que los hechos ocurrieron en la forma que la parte los describe. En particular y con relación a juicios de divorcio, se ha resuelto que la valoración de un testigo único corresponde hacerla con la mayor severidad, máxime en materia tan delicada como la relativa a la dignidad y al honor de las personas, porque estando fundamentalmente interesado en los juicios de divorcio el orden público, la prueba debe tener la necesaria fuerza de convicción para llevar al espíritu del juez la seguridad de que son ciertos los hechos que se invocan.

### **XIII.- Declaración de testigo dependiente de alguna de las partes:**

Sobre este punto, diremos que la circunstancia de que el testigo fuera dependiente de una de las partes, no es óbice para que su declaración se evalúe sin condicionamientos y sus afirmaciones sean tenidas por verdaderas, en tanto y en cuanto, intervino personal y directamente en los hechos que motivaron el pleito. Si bien sus dichos deben ponderarse con la mayor estrictez, ello no empece a su virtualidad probatoria, si estos apreciados según la regla de la sana crítica- son convincentes y concordantes.

Es más, si no se prueba la inidoneidad del deponente a tenor de lo preceptuado por el artículo 456 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni se encuentran elementos que permitan inferir una conducta mendaz, no existirán razones suficientes que permitan soslayar su testimonio(90). Salas - Cavagna Martínez - Negri - San Martín Mercader- Trib. de Origen: TT0300LZ / SCBA, L 66747 S 27-10-1998 , Juez Pettigiani (SD) Carátula: Suárez, Roberto Próspero c/ Refrescos Del Sur S.A.I.C. s/ Indemnización por

accidente de trabajo- Mag. Votantes: Pettigiani-Salas-Negri-de Lázzari-Hitters - Trib. de Origen: TT0001MP; Civil - Sala C. 037452 Cuello Viuda de Capara c/Delpozzi Hnos. S.C.A. S/ Sumario; CPCB Art. 439 ; CPCB Art. 456, CC0000 TL 8285 RSD-16-05 S 10-2-87, Forte, José Emilio c/ Faura, José B. y otro s/ Daños y perjuicios. CPCB Art. 456 CC0000 TL 10274 RSD-21-17 S 2-4-92, Agropecuaria Los Grobitos S.A. c/ Vinexport S.A.I.E. y otros s/ Daños y perjuicios; CC0102 LP 219121 RSD-68-95 S 4-5-95, Municipalidad de Quilmes c/ Expreso Libertad s/ Desalojo Mag. Votantes: Rezzónico, J. C.-Vásquez entre otros.

(91) L2 CAT RS, I000 384 RSD-3-94 S 21-2-94, Juez Verón, Osvaldo A. (SD) Salinas Elda Cristina Pelozo de por sí y por sus hijos menores: Miguel A.; Roxana M.; Karina A.; Javier y Griselda M. c/ Transporte 9 de julio y/o quien resulte responsable. s/ Indemnización por Muerte, diferencia de Haberes. Mag. Votantes: Verón, Osvaldo A. - Pichotka, Clotilde.

(92) CCom: D (Cuartero-Arecha) - 18/09/86; Aero Perú C/ Oderigo, Romualdo; CCom: D (Cuartero -Arecha) - 08/09/88, Manufactura Textil Patagónica SRL C/ Furber, Ricardo.

(93) CCom: C (Caviglione Fraga-Di Tella-Quintana Teran) - 26/12/89 Unilan SA C/ Cia. Argentina de Seguros SA S/ Ordinario.

En materia laboral, la declaración de testigos dependientes es muy usual, especialmente si el demandado resulta ser empleador, en este aspecto, la jurisprudencia ha establecido que hace fe en juicio la declaración del testigo dependiente de la parte que lo propone si, por razón de su trabajo, es el más indicado para conocer los hechos en litigio y se encuentre en condiciones de proporcionar elementos de juicio de suma importancia<sup>(91)</sup>, tampoco descalifica por esa sola circunstancia [Testigo dependiente] su alcance probatorio, pues tal relación permite conocer hechos sobre los cuales declaran<sup>(92)</sup>, pero deben valorarse con particular cuidado, en razón del presumible interés de esos testigos en favorecer la posición de la parte de quien dependen económicamente<sup>(93)</sup>.

#### **XIV.- Declaración testigo único y dependiente de alguna de las partes:**

En cuanto a este aspecto, estas declaraciones, no ofrecen dificultad alguna, siguiéndose el criterio de su valoración conforme las reglas de la sana crítica ( Artículo 386 del CPCN). Así se ha dicho que: “El sistema de la sana crítica incorporado a nuestro ordenamiento ritual, excluye la aplicación de la máxima tesis "unus, testis nullus"; pues no cabe quitar mérito probatorio a la declaración testimonial única, ya que ello implicaría una limitación a la valoración de la credibilidad que merezca el testimonio, la cual es propia del juez. La circunstancia de que el testigo único sea empleado de uno de los litigantes no es óbice para mérito sus declaraciones, ya que los dependientes son, a menudo, testigos necesarios por su vinculación personal y directa en la operación origen del pleito; por ende, si los dichos del testigo resultan concordantes, serios y coherentes, podrán ser tomados en cuenta para probar los extremos que se procuro acreditar”(94) y que: “si bien no empece en forma absoluta la calidad de testigo único para la ponderación de sus dichos, porque el sistema de la sana crítica que preside nuestro ordenamiento procesal ritual excluye la aplicación de la máxima latina "testis unus, testis nullus", esta conserva cierta lógica de verdad, dado que es exigible en tales supuestos, obviamente por parte del juzgador el deber de apreciar el testimonio aportado en la causa, con mayor severidad y valorando todos los elementos en su conjunto; y en particular en el sub-lite, máxime, por cuanto, el testigo tiene la condición de dependiente de la demandada, en carácter de contador”(95).

(94) CCom: B (Diaz Cordero-Morandi - Piaggi) - 08/11/91- Banco Supervielle Societe Generale S.A. c/ Minones de la Serna, Faustino S/ Despido.

(95) CcivCom.Fed: 3 (Vázquez-Amadeo-Bulygin)-31/08/95 De Benedetti, Egisto Orlando y Otro C/ Radiodifusora Del Plata SA y Otro S/ Incumplimiento de contrato. Causa N° 6030/94.

(96) CNAT Sala VI Expte N° 21.241/99- Juzgado N° 18 Autos:"Olivera Marisa Claudio C/ Rocig S.A. S/ Despido" Sentencia 55063/10/07/2002. (97) CNAT Sala: IV, Sentencia 20-10-1988, Jara, Pedro A. C/ Seven UP Concesiones SAIC y Otro S/ Despido; SCBA, L 59389 S 27-12-96, Juez Salas (SD) Ferro, Alberto Ventura c/ S.A. Organización Coordinadora Argentina s/ Indemnización despido, etc.; SCBA, L 36023 S 24-6-1986 , Juez Negri (SD) entre otros.

#### **XV.- Declaración testigos con juicio pendiente con el demandado:**

Al igual que en los casos de testigos únicos y dependientes, también es admitida la declaración de aquellas personas que posean juicio pendiente contra el demandado, teniéndose en cuenta a la hora de su valoración por parte del juez, sumo cuidado, dado que es humano y entendible que los mismos describan los hechos con una mirada teñida de subjetivas apreciaciones, empero si de sus manifestaciones se advierte la inexistencia de inexactitudes, imprecisiones, contradicciones, falta de razón de sus dichos o falsedades, no deben cuestionarse ya que ninguna norma excluye su declaración, simplemente deben interpretarse con mayor rigor. El hecho que los testigos tengan juicio pendiente con el mismo demandado no impide valorar sus declaraciones para descubrir la realidad(96), tampoco que formulen reclamos similares a los del actor y aún que todos sean asistidos por el mismo estudio jurídico(97).

#### **XVI.- Deberes de los testigos:**

El testigo debe cumplir con dos deberes fundamentales: a) Comparecer, es decir concurrir al juzgado o tribunal en el cual se lo cita a prestar testimonial el día y hora que se le indique y b) Prestar declaración sobre los hechos que se le interrogan. El artículo 243 del Código Penal impone la misma pena al que no comparece cuanto al que no declara, aparte de la aplicación de multa conforme el código procesal. a) El testigo esta

obligado a comparecer, dicho imperativo lo encontramos establecido en la última parte del artículo 426 del CPCN, sin embargo esta imposición de concurrir posee cuatro excepciones, en primer lugar si la citación al testigo ha sido mal realizada no hay obligación legal de comparecer ( Por Ej. a un domicilio inexistente), segundo si el testigo se viere imposibilitado de concurrir conforme el artículo 436 del Código citado ( Por ejemplo una enfermedad, justificada deberá seguirse las pautas del art. 419, primer párrafo del CPCN mediante certificado médico consignándose fecha, el lugar de reposo, la enfermedad o padecimiento que lo aqueja y la firma del profesional. No es necesario que dicha constancia diga textualmente que el testigo se encuentra imposibilitado de concurrir al tribunal, pero si que el certificado sea presentado con anterioridad a la fecha de la audiencia), tercero si ocurrieren las causales establecidas en el artículo 435 del CPCN ( la nulidad de las notificaciones, se rigen por el artículo 149 como principio y por el 433 como regla específica) y cuarto si el testigo residiere más allá del radio de 70 Km del lugar de asiento del tribunal ante el cual tramita el juicio ( Debiendo declarar ante el juez del lugar en que reside, con la observancia de lo establecido en los artículos 453 y 454 del CPCN en cuanto al trámite.

En cuanto a las personas excluidas de comparecer, diremos que son aquellas que por su rango y función son eximidas de tal obligación no encontrándose exentas de declarar en el proceso, debiendo hacerlo por escrito. El interrogatorio se hará saber mediante oficio judicial confeccionado por la parte que lo propone y rubricado por el Juez. En el oficio deberá consignarse los datos del tribunal, juez y secretaria a cargo, sede, los autos caratulados, la promesa o juramento de decir verdad y la transcripción de la totalidad de las preguntas a cuyo tenor deberá responder dentro del plazo que fije el juez, el cual en las generalidades de los casos, no excede los 10 días. La parte contraria a la que ofreció el testigo, podrá incluir sus preguntas.

Claro está que este sistema presenta el inconveniente de no hacer posible las repreguntas ni la ampliación del interrogatorio, al tener efecto la declaración fuera de la acción del juez y de las partes. El CPCN no las enumera dejando ello, a la reglamentación que dicte la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>(98)</sup> [Conf. Art.455 del CPCN].

(98) Acordada CSJN del 20/12/1967 art.4: Presidente y vicepresidente de la Nación, ministros y secretarios del Poder ejecutivo, subsecretarios de los ministros y secretarías de estado, gobernadores y vicegobernadores de las provincias y del territorio de tierra del fuego, ministros y secretarios del poder ejecutivo de las provincias y de tierra del fuego, legisladores nacionales y provinciales, magistrados de la justicia nacional y provincial y funcionarios judiciales asimilados a esa calidad, obispos y prelados, procurador del tesoro, fiscales de estado, intendentes municipales, presidentes de los consejos deliberantes y secretarios del departamento ejecutivo de los mismos, oficiales superiores de las fuerzas armadas, embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules generales, rectores y decanos de universidades nacionales, presidentes de bancos oficiales, nacionales y provinciales, presidentes, administradores, directores, gerentes de entidades autárquicas y empresas del estado, nacionales o provinciales, jefes y subjefes de la policía federal y de las provincias, jefes de reparticiones de la administración pública nacional, provincial y municipal.

(99) GONZALEZ, ROURA: "Manual de Derecho Penal". Pág.180.

(100) GUASP, Jaime: "Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil". Madrid. 1943. Pág.698.

b) La obligación de declarar es una carga impuesta en beneficio común, de ahí que las legislaciones impongan una sanción a la persona que se niegue a hacerlo, solamente pueden exceptuarlos de este deber de prestar declaración, cuando pueda verse involucrado en cuestiones, de carácter penal o pueden afectar a través de esa declaración, secretos de naturaleza militar o de seguridad o relativos a cuestiones

artísticas científicas o industriales ( Conf. Art.444 del CPCN). En ninguno de los casos, el testigo se encuentra eximido de la obligación de comparecer al tribunal, pero puede negarse a declarar, amparándose en que: 1) Su declaración puede comprometerlo a un juicio penal en el sentido de auto incriminarse con su declaración, comprometer su buen nombre o bien afectar su honorabilidad y 2) Afecte con su declaración, un secreto por razón de su oficio o profesión ( Abogados, médicos, psicólogos, etc.). Del mismo modo tampoco están obligados los funcionarios públicos, civiles o militares respecto de los asuntos de que hayan tenido conocimiento por su cargo y que generalmente se denominan secretos de Estado. La excepción puede extenderse también a los sacerdotes de algunos cultos.

### **XVIII.- El secreto profesional**

El problema que se plantea con ello, es saber si el juez o las partes, pueden relevar al testigo de la obligación de guardar un secreto profesional. Si consideramos el secreto como un depósito del que sólo puede disponer su dueño, y cuyo objeto es prevenir un daño, que podría dar lugar a una acción por daños y perjuicios, el relevo hecho por el interesado al depositario, que es llamado a deponer como testigo, implica una renuncia tácita a la acción y lo tanto, éste no puede negarse a declarar(99), pero aquellos que consideran que el secreto profesional es una obligación impuesta al testigo fundada en un interés social, consideran que ni la parte, ni el juez pueden obligar al testigo a declarar un hecho que a su juicio importe secreto profesional, el deber de guardar secreto, está para ellos, fundado en la protección de intereses públicos o privados; que puede existir sin que haya una disposición jurídica que expresamente lo imponga(100). Así, para estos últimos, la revelación de secretos se encuentra sancionada por normativas legales de índole civil y penal(101), agregando que la guarda del secreto profesional, más que una facultad constituye un deber cuya violación, al revelarlo sin justa causa, sanciona el

Código Penal. Aquí el bien jurídico protegido "es la libertad del individuo, en cuanto a la esfera de reserva que constituye su intimidad"(102).

(101) Art. 156 del C.P.; exceptúa los hechos conocidos bajo el amparo del secreto profesional, sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa e inhabilitación especial de hasta tres años al que "teniendo noticia (...) en razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa"; Arts. 1071 bis del C.C.: ("El que arbitrariamente – es decir, ilegalmente; injustamente- se entrometiere en la vida ajena..."), 1068 y 1078 (respectivamente, calificación de Daño y resarcimiento); y en el Derecho Procesal art. 442 inc. 2 ("El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional").

(102) CREUS, Carlos: "Derecho Penal". Parte Especial, T.I. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992.

(103) HERMOSILLA, A.M.: "Consideraciones sobre el secreto profesional"; en Psicología, Ética y Profesión (Compiladores Calo; Hermosilla), U.N.de M. Del Plata, 2000. (104) DE PENA; BERLANGIERI; Mesa; Medicina Legal, T 1, AEM, Montevideo, 1995.

La responsabilidad civil en cuanto a la confidencialidad se considera un compromiso tácito derivado de la relación contractual que se establece; agravado por el grado de competencia que supone un profesional autorizado por el Estado a ejercer una profesión. Si el paciente demuestra que ha existido ruptura de la confidencialidad , estamos frente al incumplimiento de una obligación de resultado asumida: la de conservar a ultranza el secreto profesional ; esto da lugar a que en una eventual demanda por daños y perjuicios obtenga el reclamante una indemnización dineraria, como forma de reparar el daño ocasionado(103).

¿Qué pasa cuando el secreto profesional deja de serlo, es decir, cuando se difunde, cuando trasciende; y cómo se califica esta cuestión en las diferentes jurisdicciones?. Podríamos en principio hacer la diferenciación jurídica entre "violación" y "ruptura" del

secreto profesional, para definir luego el concepto de "justa causa": Violación: Se aplica cuando se revela dicho secreto sin "justa causa"; da más la idea de atropello, de intrusión, de profanación violenta, y constituye siempre delito, pudiendo dicha revelación llegar a quedar desestimada jurídicamente, por improcedente,"..bajo sanción de nulidad...", (Código Procesal Penal, Pcia. de Bs. As., art. 236).

Ruptura: se refiere a cuando se levanta; se deja sin efecto; se suspende; entendiéndose en su carácter de excepcionalidad, y siempre con "justa causa".Justa causa: "Es una forma particular de estado de necesidad que legitima la revelación de un secreto para evitar un mal mayor"(104); remite a las circunstancias donde la revelación no merece reproche y resulta ser lícita, tanto en materia de Derecho Penal como de Derecho Civil, y en relación a la ética profesional, en la medida que pueda fundamentarse la existencia de un interés superior a proteger. De esta forma, en Derecho Penal: Cuando existe consentimiento del interesado; si existe algún impedimento, requerirlo a su tutor o representante legal. Los funcionarios públicos tienen el deber jurídico de revelar delitos; aquí hay mandato; obligatoriedad. Cuando se actúa como perito judicial; éste es un caso particular donde se están proveyendo servicios profesionales necesarios al interesado; al paciente; o al cliente institucional o individual. En Derecho Civil: Cuando existe consentimiento del interesado. Cuando se actúa como perito judicial. Cuando en provecho del paciente y con su consentimiento se efectúa una interconsulta. Cuando el paciente pueda dañarse a sí mismo o a terceros. En todos los casos la norma general implica tomar recaudos para preservar lo más posible la confidencialidad, debiendo siempre actuarse con reserva, prudencia y mesura; es decir, la máxima restricción con el menor perjuicio. Más allá de lo expuesto, podemos decir que en este aspecto, tanto la doctrina más actualizada como la jurisprudencia Nacional, sostienen como criterio predominante que la negativa a declarar es cuestión de conciencia librada

exclusivamente a la apreciación del testigo e insusceptible de ser revisada por los jueces o dispensada por la voluntad de la propia parte interesada; aun cuando según otra postura, la existencia del secreto profesional no queda librada exclusivamente a la opinión del testigo, incumbiendo al Juez establecer si concurre o no al caso, pudiendo entonces relevarlo (intimarlo a declarar o sancionar su negativa a hacerlo) del secreto profesional.

### **XVIII.- Ofrecimiento, recepción y número de testigos:**

Los testigos deben ser ofrecidos junto con la demanda, contestación de la demanda o reconvencción (Artículo 333 CPCN, 3er. párrafo), identificándolo al testigo, mediante nombre, la profesión, el domicilio e indicando con que objeto o cual es el sentido persigue que el testigo preste esa declaración. Esto último ha sido una innovación incorporada por la última reforma al Código ( Ley 25.488) que puede prestarse a sospechas sobre la parcialidad y objetividad del testigo cuando se indique que el testigo declarará sobre tal cuestión. No obstante la mención que refiere el código no es más que saber la calidad del testigo(105).

(105) GOZAÍNI, Osvaldo A.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado". Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, tomo 2.

Mabel de los santos, agrega que esta disposición del artículo no contiene sanción, o sea que no significa que por no haber indicado al ofrecer la prueba testimonial sobre qué hechos van a deponer los testigos pueda tenerse por no ofrecida la prueba, ello sería un exceso formal y además no es lo que dice el Código, en realidad, este dato que exige el artículo 333 citado es útil para que el juez decida si admite esa prueba testimonial o si la desestima y a veces esta vía justifica la ampliación del número de testigos. Cuando hay testigos presenciales del hecho y testigos que van a deponer sobre otros hechos

necesarios a los fines de una adecuada cuantificación de un resarcimiento es menester - excepcionalmente- ampliar el número de testigos para que los hechos conducentes puedan ser probados(106).

(106) DE LOS SANTOS, Mabel: Conferencia: "La audiencia preliminar" desarrollada el día 17 de septiembre de 2003 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. (107) GOZAÍNI, Osvaldo A.: Código Citado. Tomo 2.

También el artículo 429 1er y segundo apartado del CPCN, establece que se deberá presentar una lista de testigos con sus nombres, profesión y domicilio o cual otro dato en su caso que sea relevante para establecer su identidad. La exigencia de expresar estos datos, tiene un triple finalidad, por un lado, hacer efectiva la citación judicial, establecer la identidad correcta del testigo al momento de declarar y acordar a la contraparte la posibilidad de oponerse a la citación, en el caso de tratarse de excluidos y de ejercer en la audiencia, la facultad de repreguntar o impugnarlos. En cuanto al número de testigos, la norma procesal, lo establece en su artículo 430 del citado código. Se ha dicho que la credibilidad de la prueba testimonial, no depende de su número, sino de la verosimilitud de sus dichos, probidad científica del declarante, latitud y seguridad de conocimiento, confianza que inspira, etc. Es decir a los testigos se lo aprecia por sus declaraciones conforme las reglas de la sana crítica y no es necesario o determinante el número de los testigos, puesto que los testimonios se pesan y no se cuentan(107).

Por lo tanto es conveniente que el profesional tenga un contacto personal previo al ofrecimiento de los testigos, a fin de evaluar aquellos que posean mejor conocimiento de los hechos, suficiente nivel cultural para estructurar una narrativa coherente y por sobre toda las cosas, equilibrio temperamental. Esta entrevista además, nos puede ser de utilidad para obtener información sobre hechos que la parte haya olvidado y no dejarse llevar por la parte, para quien el mejor testigo es el más dispuesto a declarar en

su favor. Tampoco no olvidemos que el juez esta facultado conforme el artículo 452 del CPCN para citar a declarar a personas aunque no hayan sido ofrecidas por las partes pero citadas en sus escritos iniciales o que resulten de otras pruebas producidas que tengan conocimiento de los hechos controvertidos y cuya declaración resulten importantes para la decisión de la causa. El apellido de estas personas puede surgir de la declaración de testigos, absolución de posiciones e incluso del informe de prueba pericial.

En cuanto a la recepción de la prueba testimonial, el artículo 431 del CPCN establece que el juez mandará a recibirla en la audiencia que señalará en las condiciones del artículo 360 del CPCN ( Audiencia preliminar) en la cual, se proveerán las pruebas y se ordenará en una sola audiencia la prueba testimonial ( Aunque a fin de evitar el fracaso de la misma, también se fija la fecha de una segunda supletoria con las advertencias establecidas en el tercer apartado del artículo 431 ). Es de buena política que el juez indague en la audiencia preliminar la razón de su ofrecimiento por parte de los abogados; si se trata de testigos presenciales o de mero conocimiento; si verdaderamente habrán de aportar elementos importantes a la causa.

Así, el testigo debe concurrir a la audiencia, pudiendo también en su caso justificar su incomparecencia por escrito y el juez, si se la justifica, queda habilitado ese testigo para concurrir a la segunda audiencia. Si el testigo no ha justificado su incomparecencia a la primera audiencia puede ser sancionado mediante multa y ser traído por la fuerza pública, concretamente mediante un oficio librado a la oficina que tiene la Policía Federal en el Poder Judicial, o en su caso a una comisaría, depende esto de la circunscripción, con la finalidad de traer al testigo a la segunda audiencia por la fuerza pública.

### **XIX.- Fijación de audiencia y citación del testigo:**

Las audiencias de testigos no son tomadas por el juez, el artículo 360 inc. 5 del CPCN lo faculta para delegar la recepción de la prueba testimonial en el secretario o prosecretario del Tribunal en forma personal ( artículo 38 inciso 5to.), quien tendrá a su cargo la responsabilidad de recibir la declaración o establecer la forma de su recepción. En cuanto a la carga de la citación, a pesar que la misma corre a cargo de la parte que lo propone por regla general la realiza el juzgado ( Artículo 434 del CPCN) por cédula ( artículo 433) con una antelación de 3 días a la fecha de la audiencia, no efectuándose distingo alguno si el testigo se domicilia en la jurisdicción o fuera de ella. La falta de notificación trae como consecuencia fatal, la negligencia y perdida de dicha prueba.

### **XX.- Explicaciones previas al testigo:**

Previamente y a través de una entrevista, debemos brindarle al testigo, una explicación simple y en términos llanos sobre las formalidades legales y desarrollo de la audiencia testimonial, como deberá responder las preguntas que se le formule, que preguntas le haremos, que es lo que no debe realizar en dicho acto ( No puede mirar a ningún abogado, ni a ninguna de las partes, solamente debe dirigirse con sus respuestas, a aquel que en este caso sea el que va llevando la audiencia, porque se pueden transmitir algunas señas, relativas a la declaración), advertirle acerca del desconocimiento de la clase de preguntas que le formulará la contraria, etc., ello a fin de evitarle desconcierto, temores y confusiones, típico de una persona no lega.

Sobre el conocimiento previo de cuales serán las preguntas que se le formularemos, ello es una cuestión lógica, recuerda sartorio que las partes necesitan conocer con anticipación a sus testigos, precisamente para averiguar que es lo que saben y poder ofrecerlos. Ello no autoriza la suspicacia. El procesalista norteamericano Henry Uterhalc

dice: "Cada uno de los testigos debe ser examinado antes de su aparición en el estrado, ningún abogado debería tramitar un juicio antes de haber conversado personalmente con cada uno de los testigos"(108), agregando que los testigos son citados a declarar sobre hechos ocurridos mucho tiempo antes, puede ser un año, dos, tres o más, sobre circunstancias y detalles que acaso no llamaron mayormente su atención. La pregunta súbita al examen judicial, los sorprende, y el apremio del ambiente a su respecto inmediato conspira contra la fidelidad del recuerdo, que supone un conocimiento conservado, reconocido y localizado, es decir, una completa función psicológica reflexiva, relacionada con momentos de la vida pasada; y esto requiere un tiempo adecuado y una calma espiritual que no se encuentra en la audiencia. (108) SARTORIO, J.: "De la prueba de testigos en el procedimiento federal" Bs. As. 1945. Pág.82 nota 15 y págs. 84/86.

También, hay que prestarle atención y dedicarle varios minutos, a referenciarle al testigo sobre las preguntas preliminares o también llamadas generales de la ley. El testigo muchas veces concurre al estudio profesional, con la idea preconcebida de que resulta razonable y hasta lógico, que debe ocultar una relación de amistad con la parte, suponiendo que de lo contrario lo perjudicaría, empero ello no es así, dado que para la acreditación de ciertos hechos, el carácter de amigo robustecen el testimonio en lugar de debilitarlo, máxime en materias de familia. A ello agregamos que la amistad es un concepto que suscita disquisiciones filosóficas y complicaciones múltiples, porque algunos dicen rápidamente que las personas con las que se relacionan son amigos y otros, en cambio, que tienen uno o dos amigos y que los demás son sólo conocidos. En realidad, gran parte de la confusión radica en no diferenciar la simple amistad de la amistad íntima. La primera, abarca una ancha franja de relaciones humanas, cuya estimación variará de acuerdo a los parámetros del que juzgue. Pero, lo que realmente

importa es reconocer la amistad cuando es íntima y, en todos los casos, no desconocerla arbitrariamente, sea ésta de mayor o menor entidad.

Finalmente Bailey frece un útil consejo: "Si a pesar de sus mejores esfuerzos, usted concluye que su testigo es un tipo que se pasa de listo, o un neurótico inveterado e incurable que se sentirá agradecido cada vez que se le dirija cualquier pregunta, bórrelo de su lista de testigos si puede prescindir de él. Un mal desempeño de cualesquiera de los testigos puede ser muy perjudicial para su causa, y es seguro que la oposición lo capitalice en el alegato. Si es absolutamente esencial para su causa, y nadie más puede proporcionar una evidencia similar, entonces usted no tiene opción más que asumir el control"(109).

(109) BAILEY, F. Lee: " Como se ganan los juicios- El abogado litigante" Lawyers Coop Publishing. USA. 2.000. Séptima reimpresión.

### **XXI.- Como se confecciona el interrogatorio:**

El interrogatorio debe ser redactado conforme el artículo 443 del CPCN, siendo deber del funcionario judicial, examinar con carácter previo a la declaración el contenido del interrogatorio, a los efectos de determinar si las mismas se ajustan a lo estipulado por el Código Procesal y en caso afirmativo ordenar su reformulación o desestimación a criterio judicial.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina es unánime en inclinarse por el hecho que las preguntas sean dirigidas como indagatorias, rechazando las preguntas sugestivas, es decir aquellas que indican al testigo la contestación que debe darles, sin embargo Couture sostenía luego de señalar que la jurisprudencia y doctrina son firmes en el sentido de privar el valor a los interrogatorios sugestivos, entendiéndose que la sugestividad es el vicio mayor de que puede adolecer una declaración, el gran jurista se pregunta: ¿ Cuando un interrogatorio es sugestivo?. Cierta cifra de sugestividad parece

inevitable. Si no se produjera, el testigo ni se enteraría de los hechos sobre los cuales se le llama a declarar, un mínimo de sugestividad, agrega es indispensable para comenzar el interrogatorio, bastaría pensar en lo que ocurriría si el interrogatorio, eludiendo cautamente toda sugestividad, se limitara a preguntar al testigo: ¿ presenció usted un choque de automóviles?. Aparte de que la pregunta sería inocua, desde el punto de vista probatorio, sería muy difícil seguir adelante sin incurrir en una sugestión al testigo. El problema, pues, se centra en un planteo distinto, mucho más arduo y complejo: ¿ Cuándo el grado de sugestividad necesario en el interrogatorio conspira contra la búsqueda de la verdad y vicia el contenido de aquel?, por ello-finaliza Couture-, no basta considerar si el interrogatorio es o no sugestivo; es menester algo más: se requiere estimar en concreto el grado de sugestividad del interrogatorio.

El examen de la sugestividad no debe ser genérico, sino específico, con relación a cada interrogatorio o pregunta. Nadie duda de la ineficacia del interrogatorio en el cual el testigo se limita a responder por sí o por no a todas las preguntas esenciales del pliego. La jurisprudencia es inclemente con justicia para él, pero los grados descendentes de la sugestividad deben ser objeto de un examen particular para determinar en qué sentido el testigo ha contestado libremente o en qué sentido ha sido objeto de influencias extrañas ( involuntarias o consentidas por él), que deforman o aseguran para su declaración un resultado querido de antemano(110). (110) COUTURE, Eduardo: “ Estudios de Derecho Procesal Civil” T. 2 Págs.217 y 315.

En cuanto a las preguntas, agreguemos que si bien es usual la fórmula: “para que diga el testigo si sabe y como le consta, en el comienzo de cada interrogación, puede también efectuarse una formulación directa.

A veces, resulta frecuente que, ante una pregunta, la misma desencadena un largo discurso del testigo, abarcativo de respuestas a preguntas que aún no se le han formulado pero que se encuentran previstas en el interrogatorio, al respecto debemos

recordar que se encuentra vedado la posibilidad de interrumpir al testigo, bajo apercibimiento de multa ( Conf. Art.446 CPCN), por ello reiteramos que resulta necesario y hasta imprescindible que el testigo conozca de antemano las preguntas que le formulará la parte que lo propone y advertirle que se limite a contestar en la forma más sintética la pregunta que se le formula.

### **XXII.- Presentación del interrogatorio:**

El interrogatorio es como sabemos, el conjunto de preguntas que la parte formula al testigo que ofrece y que son realizada por intermedio de funcionario judicial. Este interrogatorio ( No existe límite en cuanto a la cantidad de preguntas que debe poseer), puede ser efectuado en forma verbal ( "in voce") siempre y cuando sabemos, estuviese presente la parte que ofreció dicho testigo ya sea por sí o por intermedio de apoderado y bajo pena de desistimiento de la misma ( Art.437 del CPCN) o hacerse junto con el escrito de demanda, contestación o reconvención, incluyéndolo en su texto o en pliego separado cerrado, firmado por el letrado (Cabe recordar que el artículo 56 párrafo segundo del Código Procesal que se refiere al patrocinio obligatorio, establece que debe existir o contar con la firma del letrado y por lo tanto, no se admitirán, la presentación del pliego de posiciones ni de interrogatorios, que no lleven firma del letrado) y presentado hasta el momento de la audiencia fijada ( Conf. Art. 429 del CPCN y no media hora antes como en la prueba confesional), no siendo necesaria la presencia de las partes. No olvidemos que de optar por esto último, nos imposibilitaría el hecho de efectuarle repreguntas al testigo y en caso de haber omitido suscribir el interrogatorio por parte del patrocinante, no podríamos subsanarlo en este acto.

### **XXIII.- La audiencia, comienzo del interrogatorio y forma del examen:**

La misma por principio general, comenzarán en el horario asignado, pero debemos tener presente que en este aspecto, resulta de aplicación el art.124 inc. 4 del CPCN ( ½ de tolerancia respecto a la hora fijada) aunque sabemos que en la práctica tribunalicia, esa tolerancia se transforma en horas, producto de la superposición, retrasos de audiencias, etc.

Los testigos son llamados a declarar conforme el orden de ofrecimiento, así se comenzará por el primero de la actora e intercalando con los de la demandada. Los testigos son llamados a declarar separada y sucesivamente, cuidando que mientras uno presta declaración, está no pueda ser oída por los otros. Antes de comenzar con las preguntas, se requiere del testigo su documento a fin de corroborar e identificar a la persona que se tiene adelante para prestar declaración, podrá ser su documento nacional de identidad o cédula de identidad es suficiente para entender que está acreditada, a posteriori se le toma el juramento (Conf. Art. 440 del CPCN), en que se invoca una creencia religiosa, para luego pasar a la formula en la que el testigo jura o promete decir la verdad y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falaces o reticentes, incurriendo en falso testimonio u otro delito ( Art. 275 del C. Penal). La negativa a prestarlo o a prometer decir la verdad, importa en cierto sentido, una negación a testificar judicialmente, sin embargo se ha resuelto que: "La circunstancia de que no conste en el acta respectiva que los testigos han sido informados de las consecuencias penales a que puedan dar lugar las declaraciones falsas o reticentes no priva de valor al testimonio, si consta que han depuesto previo juramento de ley"(111).

(111) CApel.C.C. Salta, Sala V, T. IV, fs. 840; 22/10/84). Doctrina Jurídica - Jurisprudencia Provincial.Tomo : VII - Pag.No. 36 - Documento: CACyCS – 106. Síntesis de fallos de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la provincia de Salta.

Otro requisito previo a que el testigo comience con su declaración, lo constituye el interrogatorio preliminar o generales de la ley conformado por una serie de preguntas(112) que tienen el fin no solo establecer la identidad de la persona ofrecida como testigo, sino que también corroborar si dicha persona, enviste los caracteres de probidad y extraneidad necesarias para lograr un testimonio imparcial. Es obvio señalar que si la persona que se ha presentado a declarar, resulta no ser la propuesta, la parte contraria puede oponerse a que se le tome declaración. La falta de idoneidad del testigo, no obstaculiza la emisión de su declaración, debiendo plantearse a posteriori y por vía incidental ( Art. 175 y ss. del CPCN) toda vez que la ley no dispone un procedimiento especial.

(112) Las generales de la ley son: 1) Nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio; 2) Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes y en que grado;; 3) Si tiene interes directo o indirecto en el pleito, 4) Si es amigo intimo o enemigo, 5) Si es dependiente, acreedor de alguna de las partes o si tiene algún género de relación con ellos.

(113) FALCÓN, Enrique: Gráfica procesal". Ob. Cit. Pág.90 y CApel.C.C. Salta, Sala IV, T. VI, fs. 92/94; 3/4/84). Doctrina Jurídica - Jurisprudencia Provincial.Tomo : VII - Pag.No. 36 - Documento: CACyCS – 106. Síntesis de fallos de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la provincia de Salta

(114) CNLB VI, Capital Federal, 17-6-1999. Autos: Santos, Jorge D. c/ Pernigotti, Carlos R. y otro Publicaciones: LL 1999 E, 34-99251.

(115) Ver acápite XIII del presente capítulo y citas jurisprudenciales. (116) CApel.C.C.Salta, Sala 1, 1984, fs. 286/88; 17/9/84. Doctrina jurídica citada.

Sobre las generales de la ley, tengamos en cuenta, ciertas apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto: a) Aunque las circunstancias individuales declaradas por el testigo no coincidan totalmente con los datos que la parte indicare al proponerlo, se le

recibe declaración si, indudablemente fuese la misma persona y por las circunstancias del caso, la contraria no hubiese podido ser inducida a error(113), b) No es suficiente para descalificar a un testigo la mera circunstancia que éste haya manifestado, al preguntársele por las generales de la ley, ser amigo de una de las partes, si del contexto resulta la objetividad de su declaración, c) Manifestar el testigo que tiene un interés en que el actor cobre sus deuda no la hace incurrir en las generales de la ley, sino que sólo muestra la solidaridad con un compañero de trabajo a quien no se le ha reconocido la misma(114), d) Tampoco y como hemos visto, si referenciar ser dependiente(115), e) Si en las exposiciones de los testigos se nota una marcada animosidad hacia una parte, el juzgador debe evaluar con toda precaución las declaraciones prestadas en tal situación, máxime cuando no se dan pautas demostrativas de la necesaria objetividad y falta de interés personal de esos testigos(116).

Otra observación que merece ser comentada, es la práctica de algunos funcionarios judiciales de insertar en el acta, ante una respuesta negativa, escribir: “no le comprenden las generales de la ley” y algunos no varían la fórmula cuando el testigo reconoce amistad, sin dejar constancia siquiera de este lazo, con todas las complicaciones que ello puede generar después, cuando sea analizada la eficacia del testimonio por quien pretenda neutralizarlo por ser contrario a los intereses que defiende. En cuanto a las respuestas de los testigos, a las preguntas contenidas en el interrogatorio, deberán ser formuladas una a una y en el orden en que se encontraren en el pliego, debiendo el testigo responder a las mismas, suministrando todos los datos que le son conocidos sobre el hecho y dando razón de los mismos sin valerse de notas, apuntes, salvo que por la índole de la pregunta se lo autorizara expresamente para consultarles ( Art. 445 CPCCN). Las respuestas, deben asentarse sin alterar en lo posible los términos empleados por los declarantes. Si estamos en presencia de alguna pregunta indicativa o que sugiera la respuesta, la parte contraria puede oponerse a la misma, fundamentando

in voce los motivos y solicitando que se reformule. El testigo en este caso, debe retirarse de la audiencia ( El motivo es que nunca puede presenciar esta situaciones incidentales dentro de la audiencia porque puede captar algún fundamento de la oposición que está planteando y luego tomarlo como propio para formular una negativa a responder). Se corre traslado de la oposición a quien ha sostenido la pregunta en forma inicial y si se mantiene la pregunta, debe resolver el juez ( El funcionario judicial se lleva el expediente al despacho del magistrado y este resuelve en el acto). Téngase en cuenta que el uso abusivo y sin razón de la facultad de oponerse puede originar la conformación de un incidente por imposición de costas).

Terminado el examen del testigo, la parte que lo propuso, puede ampliar si lo juzga conveniente, pudiendo la parte contra quien se presenta la prueba repreguntar ( Aclaremos que si se actúa por patrocinio letrado, deberá estar presente la parte para poder ejercer esta potestad) sobre cualquier hecho conducente al esclarecimiento del litigio, sin tener que guardar únicamente relación con el interrogatorio(117), no obstante, finalizadas las repreguntas, no pueden admitirse nuevas preguntas por la parte que ofreció el testigo, pues la audiencia sería interminable(118).

(117) ACUÑA, Anzorena.: " Prueba de testigos". J.A. T.51, Pág.534.

(118) ALSINA, Hugo: "Derecho procesal". T.III, 2da. Edición.1961. Pág.604.

De estas declaraciones de los testigos, pueden surgir contradicciones, indicios graves de soborno o de falso testimonio. En este caso cobra virtualidad, lo estipulado por el art. 449 CPCN, que solo puede ejercerse respecto a los testigos presentes, en caso contrario, el juez debe limitarse a remitir los antecedentes al juez penal, cuya investigación queda reservada al mismo. Estos indicios deben revestir gravedad y no ser meras sospechas o dubitaciones, comunes en todo testimonio. Es demasiado frecuente la presencia de abogados inquisidores que pretender ver en simples errores u olvidos, configuraciones

delictivas que a todas luces no lo son. La jurisdicción penal, no puede ser usada al servicio de estas coacciones, bajo peligro de desvirtuar sus específicas funciones.

#### **XXIV.-Caducidad, desistimiento y negligencia de la prueba testimonial:**

La misma se contempla en el art. 432 del CPCCN, que prevé tres casos de caducidad. Según Sirkin, el primer inciso no requiere mayor comentario atento a que la carga de la citación, confección y libramiento de la cédula y presentación en secretaría, está a cargo del letrado actuando por la parte que ofreció la prueba. Respecto al segundo inciso, si debidamente citado el testigo no comparece a la primera de las audiencias designadas (principal y supletoria previstas en el CPCCN), la parte debe requerir al magistrado la orden de detención del testigo ( En realidad es una detención más que arresto) para que sea traído a declarar con el auxilio de la fuerza pública. En cuanto al libramiento del oficio en la Capital Federal debe dirigirse a la Policía Federal, dependiendo cómo se consigne en el encabezamiento diferirá quien lo habrá de firmar: Si se consigna a la Policía Federal, lo firma el secretario con transcripción del auto que ordena la comparecencia con el auxilio de la fuerza pública y si se consigna Sr. Jefe de la Policía Federal además de la necesidad de colocar cargo, nombre y apellido del que esté en el cargo al momento de presentar el oficio para su confronte y firma, lo habrá de suscribir el magistrado ( O secretario según criterio adoptado).

Continua diciendo Sirkin que, una vez firmado, el oficio se debe presentar en la Mesa de Entradas del Departamento Central de Policía, donde no firman la copia sino que entregan una tarjeta que hace las veces de acuse de recepción. Esa tarjeta y la copia del oficio ( No firmado) se debe acompañar al expediente dando cuenta del cumplimiento con la carga impuesta en la norma transcripta. Desde la presentación del oficio en Policía, ya que es responsabilidad exclusiva de la misma cumplir la orden impartida por el magistrado.

Si se arriba a la audiencia supletoria y fracasa por motivos no imputables a la parte, debe solicitarse nueva audiencia dentro del quinto día hábil de la fecha de esta segunda fracasada y aunque el código no lo diga siempre requiriendo el auxilio de la fuerza pública hasta que concurra y así sucesivamente. Se ha resuelto que si la parte que ofreció al testigo no obtuvo el libramiento del oficio y por ende no lo presentó en la Policía Federal o habiéndolo obtenido no lo presentó a tiempo se opera la caducidad de la prueba. Los supuestos de los arts. 434, 437 y 453 del CPCCN son casos de desistimiento de la prueba testimonial pero deben incluirse como variantes dentro de la caducidad. Finalmente en cuanto a la negligencia, las normas que rigen para la pérdida de las pruebas en la materia están previstas en los arts. 383 in fine; 384; 385 y concordantes del CPCCN(119).

(119) SIRKIN, Eduardo: "Caducidad y Negligencia en los medios de prueba". El dial.com.

(120) GORPHE, Francisco: "La critique du temoignage". Reus Madrid. 1949. Pág.16.

### **XXV.-Apreciación de la prueba testimonial:**

La prueba testimonial presenta gran complejidad para su apreciación, debido al carácter eminentemente subjetivo que reviste, sabemos que conforme el artículo 456 del CPCN, el juez al realizar su valoración para la exacta valoración de la declaración de los testigos deben tomar en cuenta ciertos factores de cuya concurrencia dependerá su credibilidad como ser: La persona del testigo, su idoneidad, moralidad, capacidad de percepción del hecho, afectividad, estado psíquico.

Francois Gorphe(120) señala los diversos factores que intervienen en la adulteración inconsciente del testimonio humano, desde los que derivan de la naturaleza fisiopsicológica del testigo, hasta los que surgen del lento e inconsciente trabajo social, que se produce alrededor del hecho mismo; tales experiencias han sido las más fáciles realizadas en la psicología moderna, agregando que no basta con saber que el testigo es

normal, capaz, sincero, imparcial, existen lo que el llama ilusiones normales, errores que vician el testimonio no obstante la buena fe y capacidad del testigo. La fidelidad del testigo no es suficiente garantía de absoluta certeza en sus dichos, otros múltiples factores de órdenes subconscientes, de niveles mentales e imaginativos, vician declaraciones testimoniales de elevada moralidad y buena fé, de estas circunstancias, deriva la enorme significación que tiene para un juez, una correcta ponderación de los testimonios que recibe.

Pero lo dicho anteriormente no es todo, el juez debe también imperiosamente, atender al contenido de la declaración, el hecho motivo de la misma debe ser verosímil y siendo la verdad sobre el hecho relatado, el testigo no debe incurrir en contradicción. La contradicción puede surgir entre varios testigos de una parte o entre testigos de ambas partes o bien con otrora prueba obrante en autos. La concordancia en el relato de un hecho, no significa identidad, pues aún cuando haya discrepancia de detalles, las declaraciones no se destruyen por eso, sino se corroboran, de suerte que dos declaraciones sobre un hecho, por su naturaleza sucesivo, continuo o genérico, hacen plena fé.

El modo de prestar declaración, también debe ser tenido en cuenta, pues si ella es prestada con animosidad, oscuridad o afectación que revele la parcialidad del declarante, ello va en desmedro de la veracidad del testimonio. Debiendo deponer siempre el testigo sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, la razón que éste debe dar de sus dichos, es el mejor indicio para apreciar la veracidad de la declaración. Todos estos elementos de apreciación, a los que falta agregar el cumplimiento de las formalidades legales, integran el concepto de las llamadas reglas de la sana crítica, que el juez debe tener presente al realizar la valoración de la prueba testimonial.

El juez, reitero, debe tener muy presente que los testigos como humanos que son, suelen moverse dentro de las dos coordenadas del odio o del amor, o entre los lazos del parentesco, o de familia, y también, porqué no decirlo, se dejan llevar y seducir por las solas y espontáneas simpatías o antipatías. "Todo Juez bien avisado siempre será consciente de que el hecho que el testigo retransmite " a posteriori, está recreado de alguna manera. En la distancia temporal que media entre el acontecer conocido y el atestado que lo refiere retrospectivamente, se instala inexorablemente una buena dosis de afectividad deformante de la realidad. La carga emocional que aun el testigo más hipotéticamente imparcial le añade a la vivencia del hecho percibido directa o indirectamente por él, distorsiona catatímicamente ese mismo acontecer.

En esta tarea de apreciar la prueba testimonial, no puede olvidar el juez que está realizando una operación bastante delicada, a saber: realizar una crítica sólida y fundada, para lo cual, debe echar mano de los dictados de la lógica, de los principios de la psicología experimental y judicial y de las sabias reglas de la experiencia que tienen el valor de máximas y que nos ofrece la vida diaria. Cuando el juez ha procedido así, cribando con crítica certera, tendrá unos elementos de convicción mediante los cuales podrá justipreciar, sopesar y valorar todo y sólo el caudal probatorio recogido a través de la instrucción.

Esta operación crítica le dará sólidos fundamentos al juez para indagar dónde tiene asiento la verdad, dónde la mentira, dónde las exageraciones, e imprecisiones, dónde el odio o el amor, qué cosa es lo que constituye en una declaración lo sustancial, vale decir, el quid del asunto, tratando de hacer a un lado lo accidental que en ocasiones sólo sirve para ocultar y desdibujar la realidad de los hechos, y despistar a cualquier juez en la búsqueda de la verdad, por avezado que el sea. Pero, sobre todo, debe tener el juez una gran aptitud para distinguir, no tanto lo que los testigos afirmaron simple y llanamente, sino lo que fueron capaces de probar. El prestigio y la autoridad del juez radica, no en la

manera impecable como redacta y confecciona la sentencia reproduciendo en ella largas versiones de testigos, sino en saber ponderar y valorar en la balanza del joyero el valor y la verdad de los asertos.

Finalmente y atento la importancia que revista conocer y aplicar aunque sea minimamente la psicología denominada “del testimonio”, en la apreciación de la declaraciones testimoniales, dejo a manera de reflexión y cierre, las sabias palabras de Piero Calamandrei al respecto: “ *...Sería conveniente que en la preparación profesional de los magistrados se comprendiesen amplios estudios experimentales de psicología de testigos; y que en las promociones, más que a la sabiduría con que el juez sepa leer en los códigos impresos, se considerase título de mérito la paciente penetración con que supiera descifrar las criptografías ocultas en el corazón de los testigos...*”