MARIO ANTONIO MOJER
Catedrático
ANDRÉS EDUARDO GUILLÉN
ENRIQUE JULIÁN MALLO
Profesores
MARÍA CAROLINA FABRÉ
Ayudante

VALOR DE LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL DERECHO ROMANO Y SU RECEPCION EN LA LEGISLACION ACTUAL

En el antiguo derecho romano, durante la vigencia del sistema de las acciones de la ley, la declaración de quien había sido propuesto por las partes como testigo no era obligatoria.

Sin embargo, quien había intervenido como testigo en un acto libral o en la redacción de un documento, no podía negarse a testimoniar los hechos que había presenciado. En tal caso, la Ley de las Doce Tablas (VIII, 22) le imponía la tacha de infamia y la sanción de no poder en futuro ser testigo o que se atestiguara para él.

> "Que el que haya sido testigo de un acto o portabalanza, si se niega a testificar sea infame, incapaz de dar testimonio e indigno de que se atestigüe por él."

Así lo confirma KASER[1]: "El testigo de un negocio jurídico que se niega a dar testimonio es, según la ley de las XII tablas, *improbus intestabilisque*, o sea incapaz de actuar como testigo en los actos librales y para solicitar la intervención de testigos, con lo que resulta que no puede testar *per mancipationem.*"

---

1 KASER : *Derecho Romano Privado*. Reus S.A. Madrid, 1968.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

Encontramos a los testigos, antes y en el mismo proceso judicial, así por ejemplo, en la etapa denominada *in ius vocatio* - por la que comenzaba el proceso regulado por las XII Tablas - empleados ya inicialmente como fuentes o medios para la acreditación de haberse dirigido por el actor la citación al demandado a objeto de que este se constituyera en el juicio, frente a cuya incomparecencia habría de traérselo por la fuerza *(si in ius vocat, ito. Ni it antestaminor; igitur em capito; si* llama a juicio, que vaya. Si no va, pon testigos; después, échale mano). (I, 1 y 2)[2]

La prueba testimonial, esto es, la declaración que personas distintas de las partes procesales hacían acerca de los hechos que interesaban a la litis, fundamental en el periodo de las *legis actiones,* reinaría también a todo lo largo del proceso *formulario* caracterizado por una amplísima libertad probatoria, tanto a favor de las partes como del mismo juez.

No existía por ello, al menos en el periodo *formulario,* ninguna regla de exclusión en torno al número de testigos que las partes podían proponer, era el juez quien habría de valorar la eficacia de la declaración.

Ya en el período postclásico para la valoración de la prueba testimonial no solo se tenía en cuenta la exactitud del testimonio sino también las cualidades personales del testigo. Su condición social : si es decurión o plebeyo; si es persona de vida honesta o intachable, o de mala fama o indigno. Su situación económica, en el sentido de sí puede fácilmente cambiar su testimonio llevado por el lucro. Como así también la relación del testigo con las partes, su condición de amistad o enemistad.

> "Debe examinarse diligentemente la veracidad de los testigos, y por ello debe indagarse en primer lugar las cualidades de cada uno ; si es decurión o plebeyo; si es persona de vida honesta e intachable o bien de mala fama e indigno; si rico, o pobre que pueda dejarse llevar fácilmente por el lucro; si está enemistado con aquel contra quien depone testimonio, o amigo del que favorece con el mismo. Si no hay sospecha en su testimonio, por la persona que lo da (porque es honorable) o por la causa (porque no lo da por lucro, favor o enemistad) el testigo debe ser admitido." [3]

Sobre el tema es trascendente lo expresado por Adriano en un rescripto dirigido a Vibio Varo en el que el emperador expres:

"*...nadie mejor que el que juzga puede saber si los testigos son fidedignos. Nadie mejor que el juez, que ha examinado personalmente a los testi-*

---

[2] RASCON GARCIA y GARCIA GONZALEZ: *Ley de las XII Tablas*. Tecnos. Madrid, 1993.

[3] Calistrato, en D. 22, 5, 3, pr.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

gos, puede observar si se trata de un discurso preparado o si realmente responde a la realidad"

De este rescripto surge la imperiosa necesidad de la pluralidad de los testigos, respondiendo al principio que está vigente en el procedimiento extraordinario *unus testis nullus testis* que invalida la declaración del testigo único. Ello por la comparación que debe efectuar el juzgador sobre las distintas declaraciones testimoniales.

" Que ningún juez consienta fácilmente que en una causa cualquiera se admita el testimonio de un solo testigo, Y ahora mandamos terminantemente, que en manera ninguna se oiga la respuesta de un solo testigo, aunque brille con la dignidad de la preclara curia."[4]

Sobre el punto, ULPIANO entiende que no es necesario que los testigos sean muchos sino que bastan dos.

"Cuando no se señala el número de testigos, bastan incluso dos, pues bastan dos para decir que son varios."[5]

El mismo Adriano en otro rescripto, esta vez destinado a Junio Rufino, resalta la importancia de la prueba testimonial por sobre las pruebas escritas. Lo que aparece confirmado por el rescripto de este mismo emperador destinado a Gabinio Máximo :

"Una es la autoridad de los testigos presentes y otra la de los testimonios escritos que suelen leerse en el juicio."[6]

Asimismo, una ley Julia sobre la violencia dispone que no depongan los testigos cuando se trate de impúberes, de condenados en juicio público sin haber sido rehabilitados, de los que se encuentren en prisión, o de gladiadores. Sin embargo, según MODESTINO:

"Debe darse crédito al testimonio de un esclavo cuando no hay otra prueba para averiguar la verdad." [7]

PAPINIANO[8] afirma que no puede ser testigo de un testamento el que ha sido condenado por adulterio, tanto en los testamentos del derecho civil como en la posesión de los bienes en el derecho pretorio.

"Muchos atestiguan no para que se haga patente lo que se hizo sino para que se oculte todavía más bien."

Con estas intenciones Justiniano dicta, en 539 dC, una constitución que aparece publicada en Nov. XC por la que reafirma los principios generales que rigen la prueba testimonial.

---

4 Constantino en C. 4, 20, 9, 1.

5 Ulpiano en D. 22, 5, 3, 12.

6 Calistrato en D. 22, 5, 3, 4.

7 Modestino en D. 22, 5, 7 .

8 Papiniano en D. 22, 5, 14.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

En realidad, tal como se explica en el prólogo de esta constitución por ella no se hace sino confirmar disposiciones sobre la materia y que fueran dictadas por príncipes anteriores a Justiniano.

"Es menester que los testigos sean de buena reputación, y que estén exentos de invalidación por causa de su dignidad, o de su milicia, o de sus riquezas, o de su oficio. Y que no sean admitidos para prestar testimonio algunos artífices poco conocidos, ni los muy viles, ni los demasiados obscuros, sino de suerte que , si respecto de ellos hubiere alguna duda, se pueda fácilmente demostrar que la vida de los testigos es intachable y moderada."

Por esta misma constitución se dispone que en las deudas que surgen de documentos escritos su pago pueda probarse por testigos. Pero se aclara que estas declaraciones tendrán valor siempre que provengan de observación directa y no cuando surjan de haber escuchado a alguien hablar sobre estos pagos. Ello a fin de derogar disposiciones anteriores a Justiniano por la que se ordenaba que los pagos relativos a deudas escritas solo podían probarse por escrito.

Esta situación se habría de mantener por un cierto tiempo todavía en el período de la *extraordinariæ cognitiones,* en el que poco a poco se restringiría esa libertad probatoria a través de la limitación de los medios de prueba y de la graduación de su valor o eficacia.

Las partes podían cuestionar la credibilidad (alegar acerca de su idoneidad y de los dichos) de los testigos, y ofrecer a su turno otros testigos en contraposición a los propuestos por la contraria, pudiendo dirigirles preguntas y solicitarles aclaraciones, sin que la ausencia de aquellas impidiese la practica de la prueba.

Esta manera de pensar se mantendrá durante todo el Medioevo. Prueba de ello son las instrucciones atribuidas al glosador Pillio Da Medicina que decían "antes hay que creer... al mas viejo que al mas joven, al ilustre que al inferior, al varón que a la mujer... Del mismo modo antes... al noble que al no noble... Del mismo modo, mas al rico que al pobre..."[9].

Más adelante el Derecho Canónico, abrevando en las fuentes justinianeas, organiza un sistema de tachas muy amplio, pero este mecanismo no logra terminar con el problema de la credibilidad de los testigos, pues un buen testigo es excluido y un testigo malo no recusado es admitido, según que la ley lo decida así.

Será recién a partir de la codificación napoleónica *(Code de Procedure*

[9] Citado por CAPELLETTI en "*Proceso, Ideología, Sociedad*". Ed.Ejea, pág. 37, nota 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

Civile de 1806) que el proceso volverá a abrevar en las frescas fuentes clásicas romanas, restableciéndose de tal suerte, y por lo general, la libre valoración de la prueba testimonial y su admisibilidad con relación a personas que antes se excluían (por su sexo, religión, parentesco, posición o interés en la causa, entre otras facetas que han contribuido a dar a dicho medio su fisonomía actual).

La idoneidad del testigo no es otra cosa que el resultado del examen de su persona, objetividad e imparcialidad. Así el viejo sistema de las "tachas" de los códigos procesales, apuntaba a que el Juez tuviera en consideración las condiciones personales y sociales del testigo al momento de valorar su declaración; para lo cual debía indagar sobre su educación, sus costumbres, sus hábitos, oficio, el grupo social al que pertenece y las relaciones religiosas y políticas que puedan influenciar en su testimonio.

Por ello es que la criminalidad, la marginalidad, la prostitución, la mendicidad, generan una desconfianza que impone ser más rigurosos en la apreciación del testimonio brindado.

Esta postura parecería similar al criterio receptado por el Corpus Iuris de Justiniano, que parte de la premisa de que la mejor condición social y económica del testigo, dan mayor credibilidad a su declaración, estableciendo que una posición económica y social favorable es un factor que garantiza su honradez.

Autores como DEVIS ECHANDIA[10] consignan que no se puede hacer caso omiso de la realidad que constituye que una buena educación ejercerá su influencia en la capacidad mental del testigo, su buen criterio y el análisis que pueda realizar de los hechos que relata. Contrariamente, una deficiente educación ejercerá necesariamente un aporte negativo en la apreciación de lo observado, en el relato de los hechos que recuerda, que impliquen que al leer su declaración, por ejemplo esta resulte en un relato vacilante o defectuoso.

Y precisamente, la falta de cultura se ve agravada por los hábitos, profesión u oficio del testigo, pues se ha señalado que la gente de campo, por ejemplo, es reticente a prestar declaración por temor a comprometerse y prefiere manifestar que ignora sobre lo que se lo interroga, antes que prestar su colaboración relatando lo que llegó a su conocimiento.

Pero no siempre es una deficiente educación la que afecta un testimonio, sino que cuando el testigo interactúa en un determinado grupo social, se sentirá solidario con éste y aun cuando tenga la cultura necesaria para prestar una declaración eficiente, se dejará influenciar por el mismo y manifestará una parcialidad coherente con su concepto de solidaridad, lle-

10 DEVIS ECHANDIA . *Teoría general de la prueba judicial.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

gando a mentir. Lo mismo sucede cuando el espíritu es de secta, partido político, religioso o de raza.

Como expresáramos nuestro antiguo Código Procesal Civil y Comercial, tanto de la Nación como de la Provincia de Buenos Aires, contemplaba el sistema de las "tachas", mediante el cual se podía invalidar o disminuir la validez de las declaraciones de los testigos.

Este era un sistema de pruebas legales cuyos antecedentes se remonta, según manifiesta ALSINA[11], hasta el Código de Manú que prohibía tomar en cuenta las declaraciones de aquellos testigos que estén dominados por un interés pecuniario, los amigos, los parientes, criados, etc.

Las Leyes de Partidas prohibían prestar declaración en razón de la falta de probidad del testigo, por razón de parentesco u oficio, a los apostatas, a los excomulgados, a los que tenía manceba. El Código Francés prohibe la citación del cónyuge y permite invalidar el testimonio por razones de parentesco, dependencia o interés. Y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, no establece prohibiciones y enumera las tachas que puedan oponerse al testigo, pero que no invalidan su declaración.

Nuestro ordenamiento procesal había instrumentado, como dijimos, un sistema de enumeración taxativa que, a criterio de Alsina, omitió casos tales como el del demente, el histérico, el delirante o el imaginativo, cuyos testimonios no pueden beneficiar ni perjudicar a las partes. Y que anulaba la declaración de un testigo por la amistad, la situación de dependencia o por el parentesco, sentando el criterio de que, de manera ineludible, en estos casos los testigos siempre mienten; en necesario que carezcan de fondo moral y hasta puede afirmarse que este principio de la moralidad tiene mas importancia para la valoración de la prueba, que cualquiera de los motivos mencionados.

En el antiguo régimen las tachas debían ser invocadas y probadas por las partes, pero el Juez las podía tener en cuenta al momento de dictar sentencia si observa su existencia por las declaraciones del testigo.

Si bien la doctrina distinguió tres clases de tachas: a la persona, al examen (que se fundan en la violación de las disposiciones sobre ofrecimiento y producción de la prueba: prueba ofrecida fuera del plazo) y al dicho (manifestaciones obscuras, contradictorias, inverosímiles o falsas); el antiguo CPCC (tanto para la Nación como para la Provincia de Buenos Aires, solo receptó las primeras.

El legislador estableció tres grados distintos de tachas personales: Los testigos excluidos (art. 186 de la Nación); los que deben ser citados, pero

---

[11] ALSINA *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Cia, Gral, de Editores. Buenos Aires, 1942.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

probada la tacha se invalida su testimonio (art. 206) y los afectados por una tacha relativa, cuyo testimonio es solo una presunción (art. 207).

Las mismas, doctrinariamente eran clasificadas en absolutas (art. 206) y relativas (art. 222). Las primeras eran aquellas que producían la ineficacia de la declaración del testigo, no solo para ese proceso, sino para cualquier otro. Ellas eran:

La enajenación mental, la ebriedad consuetudinaria, la falta de ocupación honesta conocida, la calificación de quebrado fraudulento y el haber sido condenado por falsedades.

Los litigantes debían alegarla y probar su existencia, no siendo necesario que fuera previo a la declaración del testigo, ya que una vez declarada su existencia, invalidaban el testimonio.

Las relativas (art. 222) encuentran su fundamento en que su existencia compromete la imparcialidad del testigo, Ellas son:

Ser el testigo pariente por consanguinidad dentro del cuarto grado civil o por afinidad dentro del segundo grado del litigante que lo haya presentado; ser dependiente o sirviente del que lo proponga al tiempo de prestar la declaración; tener el testigo o sus parientes por consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o por afinidad dentro del segundo, interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante; tener el testigo o los mismos parientes, comunidad o sociedad con la parte que lo presente, excepto si la sociedad fuese anónima; ser acreedor o deudor del litigante; haber recibido de él beneficios importantes o después de trabado el litigio, dádivas u obsequios aunque sean de poco valor; haber dado recomendaciones sobre la causa, antes o después de comenzada; ser amigo intimo o enemigo manifiesto de uno de los litigantes, o mediar entre ellos odio o resentimiento por hechos conocidos; haber estado ebrio en el momento de verificarse el hecho sobre el cual depone y haber sido condenado por delito que tenga pena corporal.

La importancia de ellas era apreciada por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 225).

Las reglas de la sana crítica – afirma ALSINA[12]– resulta una expresión usada no para referirla a un nuevo sistema de apreciación , intermedio entre las pruebas legales y las libres convicciones , sino para significar que la libertad que se concedía al juez no importaba que pudiera apreciar el testimonio a su arbitrio , sino mediante un razonamiento lógico y aplicando los datos que suministra la experiencia de la vida.

Pero ninguna de ellas impide la declaración del testigo, aunque para

[12] ALSINA . Ob. cit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

las absolutas si la parte que la invoca puede probar su existencia, se invalida el testimonio mientras que, con respecto a las relativas, solo hacen sospechoso al testigo, el Juez valorará su declaración de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La ley 7425 puso en vigencia el nuevo Código Procesal Civil y Comercial Provincial a partir del 1°. de febrero de 1969. "Dentro del plazo de prueba, las partes por n alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos..." (art. 456 CPCBA). En el se adopta el criterio de su par de la Nación eliminándose el sistema de tachas, reemplazándolo por la posibilidad de impugnar a los testigos por cualquier causa relativa a sus condiciones personales, morales o intelectuales que hagan presumir razonablemente que no es digno de fe o que no se encuentra en condiciones de conocer los hechos sobre los que deba declarar.

O sea que desaparece la taxativa enumeración de las tachas absolutas y con respecto a las relativas, no se especifican y las mismas quedan comprendidas dentro del concepto de "generales de la ley" y todas ellas deben ser probadas. Las partes no solo deben impugnar la falta de idoneidad de un testigo, sino que además deben acreditarlo. La regla es que la idoneidad se presume, por ello es que debe probarse su falta.

El Juez en oportunidad de dictar sentencia, efectuar la valoración de esas impugnaciones de acuerdo a las reglas de la sana crítica. "...El juez apreciar, según las reglas de la sana critica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones." (Art. 456 2da.parte CPCBA)

Art. 456: Idoneidad de los testigos: "Dentro del plazo de prueba las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. E1 juez apreciara, según las reglas de la sana critica y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones."

Mediante este artículo se ha derogado el sistema de tachas que imperaba anteriormente en nuestro país. Sostiene FASSI[13] que la alegación no es de la idoneidad, que se presume, sino de la falta de idoneidad del testigo La diferencia con el sistema anterior radica en que en el actual la existencia de una circunstancia que influya sobre la idoneidad del testigo no significa que se suspenda su declaración, como acontecía en el viejo sistema de tachas, en donde el testigo tachado era excluido.

---

13 FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1973.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

Este sistema le permite al Juez valorar las circunstancias que rodean al testigo, junto con los hechos que se trata de acreditar, obligándolo a que analice el caso concreto, pues si bien es cierto que el testigo debe deponer sobre hechos que conoce personalmente (las referencias del testigo indirecto carecen de validez), puede suceder que se tengan por acreditados los dichos del testigo de oídas si coinciden con otras pruebas. Algo similar ocurre con el testigo único, a quien el Juez debe admitir aprecian do sus dichos con mayor rigor, de un modo mas severo, atendiendo a las circunstancias (profesión, imparcialidad del testigo, ilustración t imposibilidad de producir otra prueba, etc.). Así en un caso de divorcio debe aplicarse un criterio amplio y liberal y los motivos de falta de idoneidad, por ejemplo en casos de parentesco y amistad, ya que son estos testigos los que están en mejores condiciones podrá conocer hechos que en general se producen en la intimidad del hogar. De ahí que no pueda generalizarse sosteniendo que debe deshecharse el testimonio de alguien que es amigo o pariente de alguna de las partes.

CONDORELLI Y MORELLO sostienen que los testigos pueden ser impugnados, alegando su inidoneidad por causas referidas a us condiciones personales, morales o intelectuales. Pero no es solo cuestión de alegar, sino que además la parte que impugne al testigo debe producir la prueba que corrobore la inidoneidad del mismo.

MORELLO[14] distingue errores objetivos y alteraciones subjetivas en la percepción del testigo, sosteniendo que estas cuestiones deben ser cuidadosamente valoradas a la luz del art. 456 del código procesal. Menciona como circunstancias subjetivas del testigo: la amistad, ser compañeros de tareas, enemistad, falso testimonio cometido por el testigo en otro proceso, el parentesco, tener interés en el pleito, el noviazgo, etc.; todas ellas son circunstancias que el Juez debe valorar en el caso concreto. En cuanto al contenido de la declaración, puede suceder que los testimonios sean contradictorios, imponiéndose entonces la agudización de la evaluación, mediante un mayor control del Juez.

Se desprende del art. 456 que para la exacta valoración del dicho de los testigos deben tomarse en cuenta ciertos factores de cuya concurrencia dependerá la credibilidad del testigo, CONDORELLI menciona la moralidad, la intelectualidad, la afectividad, verosimilitud, concordancia, expo-

---

14 MORELLO, SOSA y BERIZONCE, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. Librería Editora Platense y Abeledo Perrot, La Plata y Buenos Aires, 1982.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293

sición, razón del dicho, etc., estando facultados los jueces para inclinarse hacia unas pruebas respecto de otras. Lo que el Juez debe valorar en cada testimonio es si el mismo tiene idoneidad suficiente para crear una convicción relativamente segura sobre la verdad de los hechos que se afirman.

Lo importante en la prueba testimonial no es el número de testigos, sino su calidad, las condiciones personales que pueden abonar su imparcialidad, el grado de independencia respecto de los hechos y de los protagonistas.

Lo sustentado por la doctrina en el análisis del sistema del código procesal vigente se apoya en las decisiones de los más altos tribunales nacionales y provinciales de Argentina.

El sistema adoptado por el código, en definitiva, pasa a ser un sistema abierto, en el que el Juez debe apreciar todas las circunstancias y motivos traídos al litigio por las partes, que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Ahora el órgano sentenciante es el que debe decidir si esta convencido o no y por que. La ley ha dejado de imponer la valoración de la prueba testimonial dejando todo librado a la sana critica del Juez, quien en definitiva está para juzgar.

En síntesis, puede decirse que el Derecho Romano llegó a establecer un eficaz sistema de apreciación de la prueba testimonial.

Justiniano en la Constitución XC (*de testibus)* reafirma los principios generales que rigen la prueba testimonial.

La norma del *testus unus testus nullius*; las cualidades personales del testigo como pauta reguladora de su idoneidad: su condición social, su situación económica y la relación del testigo con las partes.

Asimismo se deja establecido que el mejor testimonio proviene de la persona que ha visto el hecho; en cambio tiene un valor relativo el testigo de oídos o de referencia, lo que llevó a los romanos a aceptar la declaración de un esclavo cuando no existe otra forma de prueba.

En Argentina, el antiguo Código Procesal Civil y Comercial establecía un sistema que recepcionaba el Derecho Romano.

Este Código establecía la valoración de los testigos en base a un sistema de tachas, mediante el cual se podía invalidar o disminuir la validez de las declaraciones.

Hoy el Código Procesal, vigente desde 1969, prioriza la valoración testimonial por parte del juez. En este sentido, el nuevo Código argentino se aparta de los principios establecidos por Justiniano.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0293