

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA

I. <i>Qué se entiende por testimonio</i>	263
II. <i>Objeto del testimonio de terceros</i>	267
III. <i>Requisitos del testimonio de terceros</i>	270
IV. <i>Testimonio de terceros y confesión</i>	272
V. <i>La transformación del testimonio de terceros en confesión y viceversa</i>	273
VI. <i>Naturaleza jurídica del testimonio de terceros</i>	274
VII. <i>Nuestra definición</i>	276
VIII. <i>Naturaleza jurídica de la declaración extraprocesal de terceros</i>	277
IX. <i>Quién es testigo y en qué momento se adquiere esta calidad</i>	278
X. <i>El testimonio técnico</i>	283

NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DEL TESTIMONIO DE TERCEROS

Hernando DEVIS ECHANDÍA

SUMARIO: I. *Qué se entiende por testimonio.* II. *Objeto del testimonio de terceros.* III. *Requisitos del testimonio de terceros.* IV. *Testimonio de terceros y confesión.* V. *La transformación del testimonio de terceros en confesión y viceversa.* VI. *Naturaleza jurídica del testimonio de terceros.* VII. *Nuestra definición.* VIII. *Naturaleza jurídica de la declaración extraprocesal de terceros.* IX. *Quién es testigo y en qué momento se adquiere esta calidad.* X. *El testimonio técnico.*

I. *Qué se entiende por testimonio*

En la vida social existe un permanente intercambio de informaciones de unas personas a otras, sobre toda clase de hechos y sucesos, sea que se hayan conocido directamente o por conducto del relato de terceros, y es frecuente calificar de declaraciones y aun de testimonios esos actos extraprocesales y de testigos a sus autores. En cualquier investigación familiar o escolar, para fines laborales o políticos y de cualquier otro orden, suele hablarse de testimonios y de testigos para referirse a las personas que pueden dar fe sobre cualquier hecho o respecto a los antecedentes y cualidades o defectos de otras personas o que han manifestado conocerlos o que simplemente se sabe que los han presenciado u oído. Sin embargo, estas personas no son jurídicamente testigos, ni sus declaraciones constituyen testimonios, sino informaciones o relatos de naturaleza extraprocesal.

Pero desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos; está dirigido siempre al juez y forma parte del proceso o de diligencias procesales previas (lo último cuando se reciben antes de juicio o para futura memoria; *cfr.*, número VII), sin que para ello sea inconveniente que provenga de personas que no son parte en el juicio donde deben producir sus efectos probatorios, pues, como muy bien lo advierte Carnelutti,¹ también los terceros pueden ser sujetos de relaciones jurídicas procesales.²

¹ Carnelutti, *Instituciones*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América 1959, t. 1, núm. 320, p. 462.

² Este carácter procesal del testimonio lo afirman también, entre otros, Alzamora Valdez, Mario, *Derecho procesal civil*, Lima, Ed. Peruanas, 1966, p. 194 y Amaral Santos, Moacyr, *Prova judiciária no civil e comercial*, 3ª ed., São Paulo, 1964, núm.

Jurídicamente hablando no toda declaración es un testimonio, sino es indispensable que se haga a un juez, para fines procesales. La doctrina suele distinguir las declaraciones procesales según el sujeto que las haga, y las denomina *confesiones* cuando provienen de una de las partes del proceso en que deben considerarse como pruebas y testimonios únicamente cuando son de otras personas. Pero, como es bien sabido, en el derecho contemporáneo se acepta la figura jurídica del testimonio de parte con fines probatorios y se habla de confesión propiamente dicha únicamente cuando es desfavorable a esa parte o favorable a su adversario; en el caso contrario, de favorecer a la parte declarante, es un simple testimonio cuyo valor probatorio se niega todavía en la mayoría de los países y en algunos se acepta en forma relativa o limitada. Es decir, el testimonio de la parte puede contener o no una confesión.³ Además, en el proceso penal la noción de parte es imprecisa o se encuentra "desdibujada", como observa Silva Melero.⁴

En un sentido lato se habla de testimonio, como lo hace Carnelutti⁵ para comprender tanto el de las partes como el de terceros; sólo en un sentido muy restringido se limita el concepto a la declaración de terceros en el proceso civil, porque en el penal se admite el de la parte civil o lesionada con el delito. Este concepto amplio de testimonio, que comprende las dos especies: de parte y de tercero, se mantuvo intacto en las varias obras de Carnelutti.⁶ Bentham lo expuso antes.⁷

Los peritos no se limitan a narrar sino opinan o conceptúan, de manera que es un correcto hablar de testimonio de perito para referirse a su dictamen.

Para algunos autores, como Redenti,⁸ hay testimonio, para efectos procesales, "cuando alguien, que no sea ni actual ni virtualmente parte del proceso o de la causa, exponga en forma narrativa y con finalidad informativa, hechos o circunstancias que declare conocer (haber apre-

17, p. 46. Reimundin, Ricardo opina, en contra, que es un acto del procedimiento, o diligencia pero no un acto procesal, debido a que limita este último concepto a los actos de quienes son partes en el proceso. *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Viracocha, 1956, t. I, p. 333-334.

³ Sobre este tema puede consultarse, entre otras, la magnífica monografía, en dos tomos, el profesor de Florencia, Cappelletti, Mauro, cuyo título es, precisamente, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, Ed. Giuffrè, 1962.

⁴ Silva Melero, *La prueba procesal*. Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1963, t. I, p. 208 y 213.

⁵ Carnelutti, *La prueba civil*, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1955, núm. 26, p. 122.

⁶ Carnelutti, *Lezioni sul processo civil*, t. III, pp. 424 y s.; *Sistema*, t. I, pp. 686 y 754; *Lezioni sul processo penale*, t. I, p. 234, y t. II, p. 165 y s.; citas de Augenti, en *Apéndice a La Prueba Civil*, xxxi, p. 248.

⁷ Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, t. I, p. 177-178.

⁸ Redenti, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, t. I, núm. 81, p. 293.

hendido) de *visu et auditu* (de vista y de oído), y que puedan suministrar directamente o también indirectamente (en vía presuntiva) elementos de convicción respecto de lo que constituye tema de prueba”.

Una definición similar presenta Jean Sicard:⁹ “declaraciones de personas extrañas al proceso, que tienen un conocimiento personal de los hechos litigiosos, por haberlos verificado *de visu* o *de auditu*”.

Otros autores limitan la noción de testimonio a la declaración de terceros.¹⁰

No estamos de acuerdo con las anteriores definiciones, porque si bien es evidente que el testimonio consiste en una narración que sobre lo que sabe de ciertos hechos o circunstancias da al juez una persona, no es necesario, en cambio, para que exista que tal persona declare conocer esos hechos o esas circunstancias, o que verse su declaración sobre hechos de que tiene conocimiento, como lo exige Silva Melero,¹¹ porque puede ocurrir que los ignora y su declaración consista en manifestarlo así, o que sin conocerlos los afirme. Por la misma razón pensamos que tampoco se requiere, para que exista el testimonio, que ese tercero suministre elementos de convicción respecto a los hechos que constituyen el tema de prueba en ese proceso y ni siquiera que su declaración verse sobre éstos; son dos aspectos relacionados con su eficacia probatoria o utilidad y su admisión en el proceso particular en que se produce y con el fin propio del mismo, como de toda prueba en general, pero no constituyen requisitos para la existencia jurídica del testimonio. En este sentido debe entenderse el concepto de Carnelutti cuando dice que el objeto del testimonio “consiste en lo que el testigo narre y no en lo que narre útilmente para el juez”.¹² Desde el momento en que, de oficio o a solicitud de parte, el juez recibe la declaración de una persona que no constituya confesión en ese proceso, sobre el conocimiento que pueda tener o no tenga respecto de cualquier hecho, existirá un testimonio; otra cosa es que, según su contenido, resulte útil o inútil, eficaz o ineficaz para el fin perseguido de formarle al juez el convencimiento sobre tales hechos. Además, sólo en un sentido muy estricto cabe exigir como requisito para la existencia del testimonio que provenga de persona que no sea parte en el proceso, como varias veces lo hemos dicho.

⁹ Sicard, *La preuve en justice*, París, Ed. Comment Faire, 1960, núm. 311, p. 225.

¹⁰ Mortara, *Lessona*, iv, núm. 1; Chironi y Abello; Duranton; Von Tevenar; Martin; Linde; Francke; Schneider; Wetzell; Von Bar; Stein; Kleinfeller; Schmidt; Engelmann; Kohler; Helfron y Pick; Kellwig; Pollak; Heyssler y Beling, citas de Carnelutti, *La prueba civil*, núm. 31, nota 262.

¹¹ Silva Melero, *op. cit.*, t. 1, p. 214.

¹² Carnelutti, *op. cit.*, p. 125.

Bonnier¹³ dice que hay testimonio siempre que se trate de declaración sobre hechos pasados, de terceros desinteresados. Le observamos que puede tratarse de hechos pasados o de circunstancias o cosas que existan en el presente, es decir, en el momento de rendirse la declaración, pero cuya existencia haya comenzado antes; la percepción del hecho y su acaecimiento deben ser siempre anteriores al testimonio, pero aquél puede subsistir en el momento de la deposición. Por otra parte, el desinterés es requisito de su eficacia, mas no de su existencia, puesto que si se recibe declaración en juicio a quien tiene interés económico o familiar o de otra índole, en el éxito de una de las partes, habrá testimonio indudablemente y ya hemos visto que en derecho contemporáneo se admite la noción de testimonio de parte; otra cosa es el mérito que el juez le reconozca de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Más amplia y mejor, a pesar de su brevedad, es la definición que trae Enrico Tulio Liebman:¹⁴ "El testimonio es la narración que hace una persona de hechos de los cuales tiene noticia, para darlos a conocer a otro." Se contempla el testimonio en un sentido amplio, que comprende inclusive la declaración de la misma parte, como el mismo Liebman lo explica a continuación. El eminente profesor italiano precisa mejor su concepto cuando allí mismo define el testigo, como una persona diversa de los sujetos del proceso, llamada a exponer ante el juez "*lo que sabe*" de los hechos que interesan al proceso, es decir, sin exigir que necesariamente los haya percibido ni conocido y mucho menos que suministre siempre una prueba de tales hechos, porque, como varias veces lo hemos explicado, esto se refiere a la eficacia del testimonio, de acuerdo con su contenido, la que falta en muchos casos.

Tampoco es cierto que el testimonio sea siempre una declaración sobre hechos percibidos por el declarante, porque se trata de otro requisito para su eficacia probatoria, mas no para su existencia; cuando la declaración verse sobre hechos no percibidos, sea por haberlos oído narrar a otras personas o porque los suponga o deduzca, existirá testimonio, pero su valor o mérito probatorio será determinado por el juez y por regla general como muy inferior al que tendría si se tratara de hechos percibidos por el testigo.

Para que el testimonio sea eficaz, debe tener por objeto hechos conocidos por el testigo en virtud de percepciones sensoriales (en el testimonio de oídas ese hecho es la declaración del tercero y no el hecho narrado por éste); pero no es exacto decir que el objeto del testimonio es siempre un hecho percibido por el testigo, porque entonces habría que negarle tal calidad a las declaraciones recibidas en juicio, a solicitud de las partes o decretadas oficiosamente por el juez, cuando por contener

¹³ Bonnier. *Tratado de las pruebas*, Madrid, Ed. Reus, 1929, t. I, núm. 133, p. 218.

¹⁴ Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giufrè, 1959, p. 161.

simples suposiciones u opiniones o versar sobre hechos no percibidos por el declarante, no sirvan para llevarle al juez el convencimiento necesario para declarar la existencia o inexistencia del hecho. Nos parece que éstos son también, indudablemente, testimonios. Como antes expusimos, el contenido de la declaración determina la utilidad y eficacia del testimonio, pero no su existencia.

Que la experiencia sensorial del testigo es requisito muy importante para la eficacia de su testimonio, pero no para su existencia, se comprueba también en los casos de falsos testimonios, cuando se declara haber visto u oído algo que nunca existió o que a pesar de haber existido no fue percibido ni conocido por esa persona. La prueba falsa no deja de ser prueba; mientras no se demuestra su falsedad, produce efectos probatorios y después dejará de tenerlos, pero sin que por ello deje de ser testimonio, documento o confesión. Carnelutti expone este mismo concepto cuando dice que "la percepción del hecho por parte de quien lo representa no es requisito *ni necesario ni suficiente* para hacer del representante un testigo".¹⁵ No es necesario, porque en el testimonio de parte se declara sobre hechos realizados y no percibidos por el declarante, e igual cosa sucede en muchos testimonios de terceros sobre hechos de los mismos y cuando agrega deducciones e impresiones recibidas del hecho percibido. "La percepción, como la deducción, no es sino la fuente del testimonio"; no su objeto. No es suficiente la percepción, porque no basta percibir un hecho para ser testigo, ni siquiera cuando interese al proceso.

II. Objeto del testimonio de terceros

Para que el testimonio sirva de prueba del hecho que representa y no resulte ineficaz, es indispensable, como también lo enseña Carnelutti,¹⁶ que ese objeto de la representación "sea un hecho de que tenga experiencia por haberlo percibido". Sólo así el testimonio servirá de prueba histórica de tal hecho. Por esto, Carnelutti compara, allí mismo, al testigo con "un tubo a través del que se trasmite la impresión" del objeto percibido, al juez que no lo percibió; por lo cual califica de *recepticia* la percepción del testigo, quien entre en contacto directo e inmediato con el destinatario del testimonio, es decir, con el juez (excepto cuando se trata de testimonio documental) para representar en su presencia el hecho del que tiene experiencia por haberlo percibido. Pero es un requisito de su eficacia probatoria y no de la existencia del testimonio.

¹⁵ Carnelutti, *op. cit.*, p. 122-124.

¹⁶ Carnelutti, *Lezioni sul processo penal*, t. I, p. 214-215; cita de Augenti en el *Apéndice de La Prueba Civil*, xxvi, p. 243.

Silva Melero¹⁷ dice que el testigo “ha de deponer sobre hechos relevantes por razón precisamente de sus percepciones sensoriales”, con lo cual parece que exigiera este requisito para la existencia del testimonio; luego agrega que, “en general, el testigo sólo informa sobre hechos objeto de su percepción”. Creemos que se refiere a su eficacia probatoria y no a su existencia. Más adelante aclara mejor su concepto cuando explica que el hecho percibido no es presupuesto del testimonio, sino su objeto. Amaral Santos^{17 bis} adopta la definición de João Montero sobre testigo, en la que se habla simple y correctamente de declarar “lo que sabe” sobre el hecho litigioso.

En principio el testigo debe limitarse a exponer hechos, pero inevitablemente emite opiniones sobre ciertas calidades del objeto o sobre las condiciones en que se encontraba una persona (como su ebriedad o la ira manifiesta), o sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, o sobre los hechos que deduce de los observados o percibidos, es decir, opiniones que complementan la narración de sus observaciones. Pero si el juez le permite exponer simples suposiciones o dar conceptos que sólo corresponde a los peritos, su declaración no deja por esto de ser un testimonio, no obstante carecer de valor probatorio.

Además, es imposible separar la declaración sobre un hecho del juicio que el testigo tenga del mismo. Como dice Silva Melero,¹⁸ “quién se o no el testigo juzga”, pues quien declara lo que ha visto, oído, olido o conocido por cualquier clase de percepción, necesariamente emite un juicio sobre la identidad, las condiciones, la calidad y la sustancia de tal hecho. El error consiste en separar el juicio del hecho y admitir que aquél puede ser objeto de prueba en general y de testimonio en particular, independientemente de éste. Lo mismo sucede en la confesión y en las constancias que el juez deja en el acta de una inspección ocular e inclusive en lo narrado en un documento. Con mayor razón en los dictámenes de peritos, que versan, precisamente, sobre el concepto que tienen del hecho examinado. Sin que esto signifique que el hecho no sea siempre el objeto de la prueba testimonial en abstracto y en cada caso concreto; el juicio subjetivo del testigo forma parte del hecho sobre el cual versa su declaración.

Algo similar ocurre con los juicios o conceptos jurídicos. Tomados en abstracto no son objeto de prueba; pero relacionados con ciertos hechos constituyen la condición o calidad de éstos, de tal manera que, como enseña Carnelutti,¹⁹ “un hecho capaz de producir consecuencias jurídicas se puede afirmar, tanto narrándolo en sus detalles, como indicándolo mediante su definición jurídica o bien reconociéndole mediante

¹⁷ Silva Melero, *op. cit.*, t. I, p. 211.

^{17 bis} Amaral Santos, *op. cit.*, t. III, núm. 23, p. 56.

¹⁸ Silva Melero, *op. cit.*, t. I, p. 213.

¹⁹ Carnelutti, *La prueba civil*, p. 133-137.

la indicación de su consecuencia jurídica”, pero siempre se estará afirmando el hecho; sin embargo, si el testigo define mal el hecho que quiere representar, el juez debe aislarlo del juicio jurídico emitido por aquél y rectificar su definición. Así, es frecuente que los testigos hablen de que se celebró un contrato, de que éste fue de compra-venta o de arrendamiento o de otra naturaleza, de que una persona es dueña o poseedora de una cosa, etcétera, y al hacerlo están definiendo los hechos observados o conocidos por ellos.

Cierto es que el efecto del testimonio se limita siempre a la fijación de los hechos y no a la de sus consecuencias jurídicas, como enseña el mismo Carnelutti;²⁰ esas consecuencias las determina el juez, de acuerdo con la norma jurídica de la cual es presupuesto el hecho objeto del testimonio. Pero otra cosa es que el testigo no pueda calificar jurídicamente el hecho percibido por él. Por eso Guasp,²¹ dice que es imposible separar radicalmente la cuestión de hecho de la jurídica, porque no siempre existen hechos puros, sino que, por el contrario, se entrecruzan o mezclan frecuentemente.

Remitimos a nuestros lectores a la abundante doctrina que citamos y comentamos al tratar del objeto de la prueba, en relación con los juicios en general y los jurídicos en particular, en nuestro *Tratado de derecho procesal civil*, tomo v, números 665 y 668.

No hay que confundir las cuestiones jurídicas con las normas de derecho. Éstas no son objeto de prueba testimonial, como regla general, pero se exceptúan los casos de la costumbre y la ley extranjera (en Colombia la ley acepta la prueba de ambas por medio de testigos). No aceptamos por esto la afirmación absoluta de Carnelutti, de que el testigo “no puede narrar la existencia de la regla jurídica, sino los hechos de los cuales el juez induce su existencia”.²² En cambio, las cuestiones de puro derecho, entendidas como principios o máximas abstractas, nunca son objeto de testimonios, ni de prueba judicial de ninguna clase.

No es correcto decir que el testimonio de terceros deba versar sobre hechos ajenos e indiferentes a éstos, porque puede recaer sobre hechos propios perjudiciales o favorables. Esto influye en su valoración y su mérito probatorio, pero no descarta la naturaleza de testimonio de esa declaración.²³ Lo importante es que el declarante no sea parte en el proceso donde declara y pueden ser hechos presentes que subsistan en el momento de la declaración, pero que han ocurrido antes. Estos hechos pueden existir en el lugar de la declaración, como ocurre en ciertas diligencias o en otro lugar. Por último, el hecho puede ser

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Guasp, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, Ed. Bosch, pp. 12 y ss.

²² Carnelutti, *La prueba civil*, Buenos Aires, Ed. Arayu, 1955, núm. 20, p. 103.

²³ Le hacemos esta observación a Alsina, *Tratado*, 1942. Buenos Aires, t. II, p. 390.

corriente o técnico; la figura del testigo técnico está aceptada en el derecho contemporáneo, como veremos más adelante.

III. *Requisitos del testimonio de terceros*

Razón tiene Carnelutti cuando observa que en la definición de testigo y de testimonio debe incluirse el *elemento funcional de la representación*, además del elemento objetivo del hecho, porque si la declaración no es representativa de algún hecho, no puede existir testimonio.²⁴ El gran jurista italiano trae estos ejemplos: “la declaración del testigo de querer o no la indemnización (artículo 245, Código de Procedimiento Civil) o de querer o no abstenerse de deponer (artículos 247 y 248, Código de Procedimiento Penal), *no son declaraciones testificales*”. Es decir, el juez debe encontrar en la declaración la representación de un hecho, entendido en el más amplio sentido, así resulta únicamente de juicios, suposiciones o deducciones del testigo, o de la calificación jurídica empleada para definirlo. El testimonio, como hecho o acto jurídico, da indispensablemente a quien lo escucha o lea, la idea de otro hecho: el que constituye su objeto. Es siempre una declaración representativa o un medio de representación personal o subjetiva.

El testimonio puede ser objeto de prueba, por ejemplo, cuando se reconstruye un proceso o se investiga el delito de falsedad o de perjurio de un testigo y entonces, como también lo enseña Carnelutti,²⁵ funciona no como hecho representativo, sino como *hecho a probar* o como indicio de la presencia del testigo en el lugar donde declaró. Pero esto no significa que pierda su condición de hecho representativo en cuanto a su propio contenido.

También Antonio Dellepiane se refiere al carácter representativo del testimonio, cuando dice que “nos proporciona una reconstrucción más o menos compleja de un hecho pasado, por medio de una serie de afirmaciones”.²⁶

Carnelutti habla de reproducción del hecho mediante el acto humano del testimonio, en vez de reconstrucción, como lo hace Dellepiane, pero los dos términos tienen el mismo significado.²⁷

Naturalmente, el testimonio es un acto posterior al acaecimiento del hecho que se reconstruye o reproduce, sea que éste todavía subsista o que debido a su transitoriedad pertenezca al pasado; es decir, el hecho representado tiene existencia desde antes de ocurrir el testimonio,

²⁴ Carnelutti, *La prueba civil*, núms. 21 y 22, notas 186 y 187, p. 103-107, y núm. 26, p. 121-130.

²⁵ Carnelutti, *op. cit.*, núm. 22, p. 106-107.

²⁶ Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1961, p. 154.

²⁷ Carnelutti, *op. cit.*, núm. 25, p. 119.

pero no necesariamente antes del proceso (puede haber acaecido después de iniciado el proceso). Entendido de esta manera es correcto el concepto de Carnelutti: "El testimonio es, pues, *un acto humano dirigido a representar un hecho no presente*, es decir, acaecido antes del acto mismo"; sin que esto impida que, en ocasiones, ese hecho pueda subsistir en el momento de la declaración y aun con posterioridad a ella (por ejemplo, cuando se declara sobre la situación actual de un inmueble o las características presentes de un objeto o de una persona).

Esa reproducción o reconstrucción se obtiene gracias a la memoria del testigo, que guarda o conserva la percepción y permite recordarla posteriormente, en el momento de la declaración.

También para Couture,²⁸ el testimonio es una prueba por representación, mediante un relato.

Razón tiene también Carnelutti cuando califica de "falso concepto" el que considera que el testimonio le lleva siempre al juez la representación de un hecho "que éste no podría conocer de otro modo";²⁹ porque con frecuencia podría valerse de peritos (o de una inspección ocular, como para determinar las características de una casa o de un inmueble rural, agregamos nosotros).

El testimonio es un medio de prueba, que forma parte del grupo de las indirectas, personales e históricas. Este carácter de medio de prueba es aceptado por la unanimidad de la doctrina.

Es prueba *indirecta*, en el sentido de que no se identifica con el hecho por probar, que es su objeto, por lo que el juez llega al conocimiento de éste de manera mediata, a través del testimonio del cual lo induce y no directamente o en forma inmediata por su propia percepción, porque él percibe únicamente el testimonio (primera acepción del concepto de prueba directa o indirecta).³⁰

Es prueba *histórica*, porque con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio, como antes explicamos, y representa una experiencia del sujeto que declara. También este carácter de prueba histórica es indiscutible, por corresponder a la función representativa

²⁸ Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1949, t. II, p. 189.

²⁹ Carnelutti, *La prueba civil*, núm. 26, p. 125.

³⁰ Carnelutti, *La prueba civil*, núm. 12, pp. 53-55 y *Teoría general del derecho*, Madrid, 1965, núm. 207, pp. 491-492; Florián, *Delle prove penali*, Milano, Instituto Editoriale Cilsalpino, 1961, t. I, núm. 64; Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, Ed. Temis, t. I, pp. 163-182 y 206-223; Guasp, *Derecho procesal civil*, 1962, p. 335; Bonnier, *De las pruebas en derecho civil y penal*, Madrid, 1929, t. I, pp. 17-18 y 211; Mittermaier, *Tratado de las pruebas*, Madrid, 1957, p. 114; Antonio Rocha, *Derecho Probatorio*, Facultad del Rosario, 1962-1963, pp. 31-32.

que en el proceso desempeña y determina precisamente la dificultad de su crítica o valoración.³¹

Como el testimonio es una declaración consciente de una persona, es un acto jurídico y no un simple hecho jurídico.³²

De manera que no es cierto que para que haya testimonio, el hecho sobre el que verse deba ser pasado, indiferente a quien declara, conocido necesariamente por el testigo y mucho menos percibido directamente por él, ni que se limite a su percepción, ni que sirva siempre para la convicción del juez.

IV. Testimonio de terceros y confesión

Tampoco puede llegarse al extremo de considerar testimonio toda declaración hecha a un juez sobre cualquier clase de hechos, porque es indispensable precisar la diferencia fundamental entre aquél y la confesión. Por consiguiente, creemos que debe agregarse un requisito negativo, a saber: que cuando provenga de quien es parte (principal o secundaria, inicial o interviniente) en el proceso en donde ocurre o se presenta como prueba, no sea desfavorable a quien la hace o favorable a su adversario. La sola circunstancia de provenir de quien es parte no es bastante para eliminar el testimonio, pero sí cuando, además, el hecho sobre que versa le es desfavorable, porque entonces se tratará de confesión. Igualmente el carácter desfavorable del hecho declarado no es por sí solo determinante de la confesión, porque si el declarante no es parte en el proceso en donde se aduce como prueba, se tratará de un testimonio, sin perjuicio de que la misma declaración desfavorable a quien la hace, sea jurídicamente una confesión en otro proceso en que esa persona sea parte.

Solamente en un sentido muy estricto puede limitarse la noción de testimonio a la declaración de quien no es parte en el proceso en que se presenta o se rinde. No vemos inconvenientes para admitir el concepto de testimonio de parte, como una especie de declaración

³¹ Carnelutti, "La crítica della testimonianza", en *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1929, t. 1, pp. 170-177; *Teoría general del derecho*, núms. 209-211 e *Instituciones*, Buenos Aires, Ed. Jurídica, Europa-América, 1959, t. 1, p. 206; Rocco, *Trattato*, t. II, p. 187; Guasp, *Derecho procesal civil*, 1962, pp. 335 y 375; Couture, *Estudios*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 55; Silva Melero, *La prueba procesal*, Madrid, 1963, t. I, p. 76; Antonio Rocha, *Derecho Probatorio*, Facultad del Rosario, 1962-1963, p. 34; Framarino Dei Malatesta, *Lógica de las pruebas*, Bogotá, Ed. Temis, 1964, t. I, pp. 26-28 y 38; Francesco Silvio Gentile, *La prova civile*, Roma, Ed. Jandi Sapi, 1960, p. 283; Aurelio Scardaccione, *Le prove*, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1965, p. 211.

³² Denti, Vittorio, *Note sui vizi delle volontà negli atti processuali*, núm. 93, p. 92 y autores citados en este número.

sobre hechos indiferentes o favorables a la misma parte, a diferencia de la confesión que implica el carácter desfavorable a quien la hace, o favorable al adversario del hecho sobre que versa (*cfr.*, número VIII).

No es posible identificar las nociones de declaración procesal y de testimonio, pues la confesión, es una declaración procesal; pero no toda declaración procesal es testimonio ni es confesión, porque algunas veces será lo primero y otras lo segundo.

Existen también declaraciones fuera del proceso, no destinadas a producir efectos procesales, que no constituyen testimonios ni confesiones judiciales, pero que pueden ser confesiones extrajudiciales.

Es decir, la declaración procesal es el género; el testimonio y la confesión son las especies.

V. *La transformación del testimonio de terceros en confesión y viceversa*

Una confesión judicial provocada y rendida bajo juramento, puede convertirse en testimonio judicial cuyo traslado necesita ratificación, cuando se aduce como prueba en otro proceso en que no es parte el confesante, para hacerla valer contra un tercero que no fue tampoco parte en el primer proceso; pero si se presenta como prueba contra quien fue parte en el proceso donde tuvo lugar, tendrá el carácter de testimonio judicial controvertido y no necesitará ratificación.³³ Por ejemplo: las posiciones absueltas por A en un proceso tramitado entre éste y B, serán un testimonio no controvertido y ratificable en otro proceso entre C y D, o entre B y un tercero cuando quien las aduce es aquél; pero serán un testimonio judicial controvertido, que no necesita ratificación, si se aducen contra B en otro proceso que éste siga con un tercero.

El testimonio es judicial siempre que ocurra en un proceso cualquiera o en diligencias procesales previas, sin que se requiera que tenga lugar en el mismo proceso en que se hace valer como prueba (en esto se diferencia de la confesión).

Un testimonio judicial puede convertirse en confesión judicial o extrajudicial (en Colombia, según que haya sido hecho o no ante juez competente por la naturaleza de la nueva causa) cuando es trasladado a otro proceso seguido con ese testigo, en el cual el hecho declarado entonces resulta perjudicial a éste.

³³ Devis Echandía, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Ed. Temis, 1967, t. v, núms. 732-743.

VI. *Naturaleza jurídica del testimonio de terceros*

Mucho hemos adelantado sobre este tema en los números anteriores. Contemplamos aquí el testimonio en su acepción restringida, separado de la confesión.

Sabemos ya que el testimonio tiene las siguientes características:

- a) Es un acto jurídico, conscientemente ejecutado;
- b) Es un acto procesal;
- c) Es un medio de prueba judicial;
- d) Es una prueba indirecta, personal, representativa e histórica;
- e) Consiste en una narración de hechos, entendidos éstos en la forma amplia que expusimos al estudiar el objeto de la prueba en general (cfr., nuestro *Tratado*, tomo v, número 663).
- f) Es una declaración específica (una especie del género amplio de las declaraciones), y
- g) Como en seguida veremos, es una declaración de ciencia a conocimiento.

¿Cuál es la naturaleza de esa declaración? Como sucede con la declaración confesoria, es indispensable examinar si se trata de declaración de voluntad o de ciencia.

Si por declaración de voluntad se entiende la emitida con el ánimo de producir efectos jurídicos determinados, es obvio que el testimonio no tiene tal naturaleza. No existe un *animus testimoniandi* similar al tal criticado *animus confitendi*. Son pertinentes para el testimonio las razones aducidas para negarle a la confesión judicial el carácter de acto de voluntad,³⁴ pero tienen todavía mayor fuerza, pues como el testimonio no produce (en el proceso donde se hace valer como tal) efectos probatorios ni jurídicos en contra de su autor (a diferencia de la confesión), no se presta a que pueda ser calificado de negocio jurídico unilateral ni de acto de naturaleza sustancial, pero no negocial, como sí ha sucedido con la confesión. Su carácter de simple declaración impide que sea un acto de voluntad.

El único fin que puede perseguirse con el testimonio, pero que puede estar ausente del ánimo subjetivo del testigo, es el propio y natural de toda prueba: servirle al convencimiento del juez sobre los hechos que interesan al proceso.

Nos queda por examinar si es una declaración de *verdad* o una simple declaración de *ciencia*.

³⁴ Devis Echandía, "Declaración de parte y confesión", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. iv, Madrid, 1966.

La declaración de verdad es un acto puramente declarativo, en cuanto no persigue determinados efectos jurídicos (no es renuncia o adquisición u otorgamiento de un derecho, ni persiguen la extinción de una obligación y ni siquiera otorgar una prueba), sino consiste en la simple exposición de lo que es la verdad respecto a ciertos hechos. Por este aspecto podría pensarse que el testimonio es una declaración de verdad. Pero basta pensar en que ésta implica la exclusión de toda posibilidad de error y de falsedad en la declaración del testigo para rechazar tal conclusión. Son muy frecuentes los casos que no corresponden a la verdad sin que por esto dejen de ser testimonios. Si no es admisible calificar la confesión de declaración de verdad, mucho menos puede serlo el testimonio.

El testimonio (en sentido estricto) es, por consiguiente, una *declaración de ciencia o conocimiento*, mediante la cual una persona informa a un juez acerca de lo que ella sabe, o de su ignorancia, sobre determinados hechos respecto de los cuales no está litigando en ese proceso; en un sentido más amplio, incluye la declaración de ciencia o conocimiento que una de las partes del proceso haga de hechos que la favorecen o que simplemente no la perjudican (en lo último se distingue el testimonio de parte de la confesión, como explicamos).

Esa declaración puede corresponder o no a la verdad de los hechos; esto mira a su veracidad y a su eficacia, es decir, a su contenido específico, pero en ambos casos se trata de un testimonio. Esa coincidencia o ese desacuerdo con la realidad no es requisito para la existencia del testimonio y ni siquiera para su validez, sino para su mérito o su eficacia probatoria. De ahí que el juez debe examinar cuidadosamente su contenido, sometiéndolo a una crítica rigurosa, desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, extrínseco e intrínseco.

Los autores están de acuerdo, por lo general, en cuanto a la naturaleza del testimonio, como simple declaración de ciencia.³⁵

³⁵ Carnelutti, *Sistema*, Buenos Aires, UTEHA, t. III, núm. 431, p. 112; *Instituciones*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, t. I, núm. 320, p. 462; "La crítica della testimonianza", en *Revista di diritto processuale civile*, Padova, 1929, t. I, p. 170; *Teoría general del derecho*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, núms. 209-211; *La prueba civil*, Buenos Aires, Ed. Arayu, 1955, núms. 25-26; *La prueba civil*, núm. 21 nota 187, p. 105, y núms. 23 y 28; Guasp, *Derecho procesal civil*, pp. 375 a 377 y 380; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Ed. Giuffrè, 1959, p. 161; Redenti, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I, núm. 81, p. 293; Silva Melero, *La prueba procesal*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, t. I, p. 212; Bonnier, *Tratado teórico y práctico de las pruebas*, Madrid, Ed. Reus, 1929, t. I, núms. 134-135, pp. 218-219; Florián, *La prueba penal*, t. II, núms. 33-35; Cappelletti, *op. cit.*, t. I, p. 244; Dellepiane, *Nueva teoría general de la prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1961, pp. 151-164; Alsina, *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores, 1942, t. II, p. 391; Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1949, t. II, p. 189; Pontes de Miranda, *Comentarios ao código de proceso civil*,

En resumen, el testimonio (entendido en sentido estricto) es un acto procesal de terceros, que consiste en una declaración de ciencia de carácter representativo o pertenece al grupo de las pruebas históricas, personales e indirectas. Los antiguos lo incluían en el grupo de las pruebas no artificiales.

VII. Nuestra definición

Podemos entonces formular la siguiente definición: en sentido amplio (que incluye la declaración de parte que no contiene una confesión) *testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración de ciencia, representativa, que una persona hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto de hechos de cualquier naturaleza, que no lo perjudican en el proceso en que se aduce como prueba; en sentido estricto es testimonio cuando esa declaración proviene de un tercero en sentido procesal.*

Para que exista jurídicamente testimonio no es necesario que el testigo conozca los hechos sobre los cuales declara y mucho menos que los haya percibido, sino que narre lo que de ellos sepa, o manifieste su absoluta ignorancia sobre los mismos. En el último caso hay testimonio, a pesar de que carecerá de mérito probatorio para ese proceso. Si manifiesta tener conocimiento de tales hechos, pero por narraciones de otras personas o por simples suposiciones, el valor que como prueba pueda tener su declaración será muy relativo en el primer caso (testimonio de oídas) y ninguno en el segundo. Estas condiciones se relacionan con su eficacia probatoria e influyen también en la clasificación de los testimonios. La capacidad del testigo es requisito para la validez, pero no para la existencia del testimonio.³⁶

En cambio, para que pueda decirse que un testimonio *tiene valor probatorio o sirve de prueba* (completa o incompleta) de un hecho, es indispensable que en el mismo conste que proviene de quien tenga conocimiento de tal hecho por haberlo percibido o por la narración de quien lo percibió, que es capaz, está legitimado y tiene aptitud física y moral para el acto. Para que el juez o las partes puedan decir que en un determinado proceso *hay prueba testimonial o testifical* de la existencia o no existencia de un hecho, se requiere además que

Río de Janeiro, Revista Forense, 1958, t. III, p. 382; Gómez Orbancja y Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, núm. 24, p. 280; Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil, teoría del proceso ordinario*, Lima, Ed. Peruanas, 1966, pp. 194-195; Rocha, *De la prueba en derecho*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, p. 98, y *Derecho probatorio*, Bogotá, Facultad del Rosario, 1962-1963, p. 191; Bello Lozano, *Pruebas*, Caracas, Ed. Estrados, 1966, t. II, p. 270; Amaral Santos, Moacyr, *op. cit.*, t. III, núms. 79-80, pp. 203-204.

³⁶ Nos separamos en esto del concepto de Amaral Santos, Moacyr, *Prova Judiciaria no civil e comercial*, pp. 53-54.

por las condiciones intrínsecas y extrínsecas de ésta produzca el pleno convencimiento. Y para que en un proceso determinado pueda decirse que *hay prueba testimonial o testifical* para una decisión de fondo, sin recurrir a la regla sobre la carga de la prueba, es indispensable que, además de reunir las condiciones mencionadas, recaiga sobre los hechos pertinentes del litigio o de la pretensión de jurisdicción voluntaria.

Cuando algunos autores exigen la percepción del hecho por el testigo o que tenga conocimiento del mismo por la declaración de otra persona,³⁷ razonan desde este último punto de vista, contemplan su eficacia probatoria, es decir, se refieren a que sólo así el testimonio puede servir de prueba de un hecho determinado. Pero es evidente que unos son los requisitos para que exista jurídicamente testimonio y otros para su validez y su eficacia probatoria.

VIII. *Naturaleza jurídica de la declaración extraprocesal de terceros*

Para conocer la naturaleza jurídica de la confesión, es necesario distinguir entre la judicial y la extrajudicial. Efectivamente, al paso que la primera es siempre de naturaleza procesal, la segunda, cuando ha sido hecha fuera de todo proceso y de diligencias procesales previas, es de naturaleza similar a la del documento extraprocesal que no se requiere para la existencia o validez de un acto sustancial, es decir, es *acto extraprocesal pero no sustancial* (la confesión hecha en otro proceso, pero que en virtud de una norma legal es considerada extrajudicial, tiene, como la judicial, naturaleza procesal).

Pues bien, las declaraciones representativas hechas por terceros fuera de procesos y de diligencias procesales previas, en las cuales se relatan hechos con el fin de que otras personas los conozcan, son también *actos extraprocesales, pero no sustanciales*; por lo demás, tienen la misma naturaleza de simple declaración de ciencia o conocimiento, que le corresponde al testimonio judicial (*cfr.*, número anterior). No son actos procesales, porque un acto ocurrido fuera del proceso y de diligencias procesales previas, no adquiere naturaleza procesal por la circunstancia de que luego pueda producir efectos en un proceso. Tampoco son actos sustanciales, porque con ellos no se genera el nacimiento,

³⁷ Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, núm. 317, p. 454; Redenti, *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 81, p. 293; Jean Sicard, *La preuve en justice*, núm. 311, p. 225; Aurelio Scardaccione, *Le prove*, núm. 78, p. 212; Guasp, *Derecho procesal civil*, p. 375; Hugo Alsina, *Tratado teórico y práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Cia. Argentina de Editores, 1942, t. II, pp. 390-391, y otras; Amaral Santos, *op. cit.*, t. III, núm. 124, p. 310.

ni la extinción o modificación de ninguna relación jurídica sustancial, sino apenas pueden llegar a producir relativos efectos probatorios en un proceso posterior, cuando son narradas allí por un testigo (testimonios de oídas).

Por otra parte, solamente en un sentido muy amplio puede calificarse de testimonio el acto por el cual una persona declara extraprocesalmente lo que sabe de un hecho cualquiera, como cuando el padre de familia adelanta una investigación privada sobre la conducta de su hijo y oye las declaraciones que sobre el particular le hacen sus otros hijos o personas ajenas a su familia. En estricto sentido es testimonio únicamente el que se rinde a un juez en procesos o en diligencias procesales previas.

Carnelutti³⁸ habla de testimonio *privado* u *oficial*, según la calidad privada o pública del destinatario, y dice que cuando éste es un juez, el testimonio oficial se convierte en *judicial*; observa que el no oficial es estructuralmente idéntico al judicial y critica la tendencia, muy generalizada, de limitar el concepto a éste. En contrario opinan, según cita del mismo, Mortara, Lessona, Chiovenda, Chironi, Durantón, Demolombe, Planiol, Franke, Schuneider, Kleinfeller, Weismann, Engelman, Heyssler, Glaser, Birkmeyer; también la gran mayoría de los contemporáneos. Nosotros preferimos la opinión de éstos, por las razones expuestas, si se toma el concepto en un sentido estricto.

En ciertos procedimientos administrativos es posible que la ley autorice al funcionario para recibir declaraciones con fines de prueba, lo mismo que en los llamados procesos de policía. Se tratará, entonces, de verdaderos testimonios de naturaleza procesal, aun cuando no puedan ser calificados de judiciales.

Las declaraciones representativas de hechos que se hagan ante funcionarios administrativos o ante autoridades no judiciales en otras circunstancias, no son tampoco verdaderos testimonios ni tienen naturaleza procesal. Lo mismo ocurre con las que se hagan ante un funcionario judicial, cuando no se encuentre en ejercicio de sus funciones, e inclusive durante éstas, pero no con el fin de que formen parte de un proceso, como sería el caso de la formulada por un tercero en el despacho del juez, pero en audiencia privada.

IX. *Quién es testigo y en qué momento se adquiere esta calidad*

Suele decirse que la palabra testigo viene de la latina *testibus* que significa dar fe, o de *testando* que quiere decir narrar o referir.

Hemos visto que en sentido amplio puede hablarse de testimonio de parte y testimonio de terceros, aun cuando en estricto sentido se

³⁸ Carnelutti, *La prueba civil*, núm. 32, p. 152.

aplica esta noción al último (*cf.*, números I a V). Sin embargo, aun en los casos en que la declaración representativa de una parte es favorable a ella y por tanto no constituye confesión, sino un simple testimonio o una *pro se declaratio*, e inclusive a pesar de que la ley le otorgue cierto valor probatorio relativo de indicio o argumento de prueba, no puede decirse que esa parte sea un testigo. Cabe hablar de testimonio de la parte, pero no de parte testigo; se exceptúa la parte civil en el proceso penal, en algunos países (*cf.*, números IV y V).

La noción de testigo tiene, en derecho procesal, un sentido estricto y restringido: comprende únicamente a quienes son llamados a rendir testimonio en un proceso en que no son partes principales ni secundarias o transitorias, en el momento de hacerlo.³⁹ Sin embargo, Carnelutti habla de *testigo en sentido amplio*, para abarcar a la parte y al tercero, y de *testigo en sentido estricto*, para excluir a la parte.⁴⁰

Nosotros preferimos hablar de dos clases de declaraciones judiciales representativas: la del testigo y la de las partes, e inclusive de dos clases de testimonios: de parte y de terceros, pero reservando la denominación de testigo a éstos. El mismo Carnelutti aclaró más tarde su anterior concepto, cuando, dijo: "La prueba testimonial (*stricto sensu*) a diferencia de la prueba por interrogatorio de la parte o por juramento, introduce nuevas personas en el proceso: los testigos son, en efecto, típicamente terceros, esto es, personas diversas tanto de los componentes del oficio como de las partes."⁴¹

Muy conocidas son las máximas romanas: *nemo idoneus testis in re sua intelligitur*, *nemo testis in re suam auditur*, *nemo in propria causa testis esse debet* y *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*. Significan que nadie puede tener la calidad procesal de testigo en su propia causa; pero, como varias veces lo hemos dicho, en el derecho moderno es corriente hablar de testimonio de parte, en sentido amplio, y de confesión únicamente cuando de tal testimonio se deducen hechos desfavorables al declarante. En este sentido puede afirmarse, como lo hace Cappelletti, que se trata de principios en completa decadencia,⁴² excepto como regla lógica y racional para la apreciación del mérito probatorio del testimonio. En cambio, la calidad *procesal* de testigo continúa siendo incompatible con la de parte en el proceso civil o laboral

³⁹ Alsina, *Tratado*, t. II, pp. 388-389 y 395; Pontes de Miranda, *Comentarios ao código de processo civil*, Río, Revista Forense, 1958, t. III, p. 383; Lopez Da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, Río, Revista Forense, 1959, t. III, p. 138; Guasp, *Derecho procesal civil*, p. 375; Scardaccione, *Le prove*, Turín, Ed. Utet, 1965, p. 212; Couture, *Estudios*, t. II, p. 189; Gómez Orbancja y Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1962, p. 281; L. Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1964, t. I, p. 456.

⁴⁰ Carnelutti, *La prueba civil*, núm. 32, pp. 150-151.

⁴¹ Carnelutti, *Sistema*, t. IV, núm. 686, p. 276.

⁴² Cappelletti, *op. cit.*, pp. 85, 98, 99 y 232-39.

(en el penal se admite el testimonio de la parte civil, en algunas legislaciones).

La calidad procesal de testigo se adquiere desde el momento en que el juez dicta la providencia ordenando la recepción del testimonio, sea oficiosamente o a solicitud de parte⁴³ y, en el proceso penal, también cuando una persona se presenta espontáneamente a declarar y el investigador o el juez la acepta como tal. Una vez citado para este fin adquiere el deber especial de testimoniar y el derecho a gozar de cierta protección policiaca en los procesos penales, cuando se tema que puede ser víctima de atentados por parte del sindicado o de sus cómplices.

Cuando en el lenguaje ordinario se dice que existen testigos que no han sido llamados a declarar en un proceso civil o penal, en realidad se trata de personas que no han sido citadas como testigos en ese proceso y que podrían serlo; pero mientras esa citación o su presentación espontánea en el proceso penal no se produzca, esas personas son apenas posibles testigos, pero no tienen la calidad procesal de tales.

Si la providencia que dispone recibir el testimonio es revocada o si, en el proceso civil, la parte que solicitó la prueba desiste de ella antes de su recepción y el juez no tiene facultad para decretarla de oficio, o a pesar de tenerla no la utiliza en ese caso, el tercero pierde su condición de testigo. Una vez rendida la declaración no puede renunciarse a la prueba y por tanto la calidad de testigo no se pierde por voluntad de la parte que lo adujo; sin embargo, cuando se declare la nulidad de la diligencia de recepción del testimonio y de la providencia que la decretó, desaparece como consecuencia la calidad de testigo que podrá readquirirse si se repite la providencia que dispone la prueba.

Así como preferimos reservar la calificación de testimonio a las declaraciones hechas a un juez en ejercicio de sus funciones, en un proceso o en un trámite procesal previo, como una inspección ocular antes de juicio y en ciertos procesos administrativos y de policía, también preferimos limitar la denominación de testigo a quienes rinden testimonio en esas oportunidades, excluyendo por tanto a quienes hacen declaraciones representativas de hechos fuera de esos casos. El concepto de *testigo privado* nos parece inaceptable en el campo del derecho procesal, aun cuando se use en el lenguaje común existen los llamados *testigos instrumentales*, de documentos públicos o privados, que son estructuralmente diferentes y actúan fuera del proceso, pero se convierten en *testigos judiciales* cuando concurren al proceso a testimoniar sobre la autenticidad del documento y de las firmas que en él aparecen.

⁴³ Florián, *La prueba penal*, t. II, núm. 117; Amaral Santos Moacyr, *op. cit.*, t. III, núm. 21, p. 52.

De acuerdo con lo que expusimos en el número anterior, las personas que hacen declaraciones en investigaciones privadas e inclusive a detectives o agentes de policía en ejercicio de sus funciones investigativas no tienen el carácter procesal de testigos. En el derecho romano se conocieron los testigos y los testimonios *per tabulas* o escritos, reudidos por tanto fuera del proceso, pero el derecho moderno no acepta ésta ni ninguna otra clase de testigos que declaren fuera de procesos o diligencias procesales previas (los llamados testimonios extrajudiciales se reciben ante el juez, pero fuera de proceso).

Sin embargo, Carnelutti habla, como vimos, de testimonios privados, usando el término en un sentido muy amplio.⁴⁴ Ese concepto de Carnelutti es rechazado por muchos autores modernos, como Florian,⁴⁵ Redenti, quien liga la noción de testigo al proceso,⁴⁶ lo mismo que Alsina,⁴⁷ Pontes de Miranda,⁴⁸ Gómez Orbaneja y Hércz Quemada,⁴⁹ L. Prieto Castro,⁵⁰ Arminio Borjas⁵¹ y Silva Melero, para quien "el testigo es una persona física, que declara dentro de un proceso sobre el objeto del mismo, a fines de prueba."⁵²

No significa, el requisito anterior, que el testigo debe ignorar que los datos o hechos observados son materia de un litigio actual o pueden serlo de uno futuro y ni siquiera que él sea siempre un tercero en relación a dicho litigio. Éste es el pensamiento de Guasp, pues advierte que "no excluye que la relación entre el testigo y el dato sea intencional e incluso que tenga intención jurídica reconocida", como en el caso de los testigos instrumentales que luego son llamados a declarar en un proceso posterior.

En efecto, puede suceder que una de las partes en el litigio invite a otras personas para que presencien ciertos hechos o una entrevista con su contraparte, advirtiéndoles que lo hace con el fin específico de que sirvan de testigos en un futuro proceso o en el que ya esté en curso, sin que por esto queden impedidos para testimoniar luego sobre lo que perciban en tal ocasión.

Igualmente, en principio puede decirse que los testigos no son sujetos del litigio que en el proceso se ventila, porque, de lo contrario, o son partes del mismo o están impedidos e inhabilitados para testimoniar, por interés manifiesto en la decisión que allí debe adoptarse. Sin

⁴⁴ Carnelutti, *op. ult. cit.*

⁴⁵ Florian, *op. cit.*, t. II, núm. 141.

⁴⁶ Redenti, *Derecho procesal civil*, t. I, núm. 81, p. 293.

⁴⁷ Alsina, *Tratado*, t. II, pp. 389 y 395.

⁴⁸ Pontes de Miranda, *Comentarios ao processo civil*, t. III, p. 383.

⁴⁹ Gómez Orbaneja y Hércz Quemada, *Derecho procesal civil*, p. 280.

⁵⁰ Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, t. I, p. 456.

⁵¹ Borjas, *Comentarios al código de procedimiento civil Venezolano*, 3ª ed., Caracas 1964, t. III, p. 363.

⁵² Silva Melero, *La prueba procesal*, t. I, p. 207.

embargo, para ser testigo basta con no tener la calidad *procesal* de parte en el proceso en que se hace la declaración, lo cual debe examinarse con criterio estrictamente formal y procesal, como lo explicamos al tratar de los sujetos de la relación jurídica procesal (*cfr.*, nuestro *Tratado...*, tomo II, números 319-321). Es decir: basta con no ser demandante, ni demandado, ni interviniente en ese proceso, en el momento de la declaración, sin que importe que se tenga interés en el litigio; esto influye en la eficacia probatoria del testimonio, pero no en su existencia.

Puede suceder que el litigio vincule, desde un comienzo o posteriormente, a una persona y entonces tendrá el carácter de *sujeto del litigio*, sin que por esto llegue a ser necesariamente *sujeto del proceso* que sobre ese litigio se tramite más tarde, porque se abstenga de demandar, mientras otros interesados sí lo hagan, o porque no sea demandado a pesar de su condición sustancial de *litisconsorte* necesario o voluntario; entonces, en principio, puede ser testigo si es llamado a declarar en tal calidad y la parte interesada no opone oportunamente el impedimento o la inhabilidad.

Si su situación respecto al litigio aparece probada en ese proceso, en el momento de la sentencia o de la decisión sobre el incidente, según el caso, el juez podrá negarle eficacia probatoria a tal testimonio, de acuerdo con su libre crítica o por parcialidad presumida (según el sistema legal que rija al efecto), pero de todas maneras habrá tenido la calidad de testigo.

No es correcto, por tanto, exigir para la existencia del testimonio, ni para tener la calidad de testigo, que éste sea extraño al hecho declarado o que carezca de interés en el mismo o se trate de persona indiferente respecto de tal hecho. Ésas son circunstancias que influyen en la eficacia del testimonio, en su valoración, pero que pueden faltar en muchos casos.⁵³

En cambio, para ser testigo es siempre indispensable, que no se tenga la calidad de parte del proceso en que debe rendirse la declaración, en el momento en que se percibieron o se conocieron los hechos (existen los testigos de oídas) y en el momento de la declaración. Lo primero, porque si ya se es parte procesal cuando se perciben o conocen esos hechos, se puede declarar en ese proceso absolviendo posiciones o por interrogatorio del juez o de otra parte (cuando lo último es permitido), pero no como testigo; lo segundo, porque basta la condición *actual* de parte para excluir la calidad de testigo, aunque no la tuviera cuando los hechos ocurrieron o fueron conocidos por él. Pero en un proceso diferente se puede tener la calidad de testigo, a pesar de haber sido o ser parte en otro proceso sobre los mismos hechos, salvo la oportuna

⁵³ *Ibidem*, p. 208.

oposición del interesado en alegar su impedimento o inhabilidad por ese motivo.

Queremos recordar, por último, que hay testigos y testimonios sobre hechos procesales ocurridos en el mismo proceso, lo cual se presenta en algunos incidentes, como el de nulidades o el de recusación o cuando es necesario probar la forma cómo ocurrió cierto trámite. También es frecuente que en un proceso deban probarse hechos ocurridos en otro proceso, cuando constituyen el presupuesto de las normas jurídicas sustanciales invocadas como fundamento de las pretensiones o excepciones; pero entonces, para aquel proceso, tales hechos son extraprocesales. Por consiguiente, no es acertado exigir que el testigo tenga siempre conocimiento de los hechos fuera del proceso o antes del mismo. Como lo observa Silva Melero, citando a Florian,⁵⁴ son limitaciones formales y arbitrarias, que no pueden admitirse cuando se trate de definir el testimonio (o el testigo, agregamos nosotros).

Tampoco es admisible la exigencia de que el testigo haya percibido necesariamente los hechos o los haya presenciado, porque, como lo vimos, esa percepción puede faltar en muchos testimonios y es apenas un requisito para su eficacia o valoración.⁵⁵

X. *El testimonio técnico*

Muy interesante es el problema de la admisión y la naturaleza del testimonio técnico, es decir, del que prestan aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos científicos o técnicos especiales y que, por consiguiente, fundamentan su narración en esos conocimientos y no en simples percepciones.

Los testigos técnicos exponen principalmente conceptos personales, basados en deducciones que son el resultado de sus especiales conocimientos sobre la materia. Por consiguiente, quienes pretendan excluir del testimonio las deducciones del declarante o los juicios que tenga sobre los hechos percibidos, no pueden admitir esta especie basada precisamente en aquéllas y éstos; por el contrario, quienes incluimos las deducciones y los juicios sobre los hechos, al lado de las simples percepciones, como objeto del testimonio (*cf.* número II), no encontramos dificultad en admitir la figura, muy importante por cierto, del testigo técnico.

La primera dificultad que se presenta en el estudio del testimonio

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 208-209.

⁵⁵ Entre nosotros incurre en este error Becerra Enrique A., *Teoría y práctica de las pruebas judiciales*, Imprenta Nacional, 1933, t. II, p. 146; también Jean Sicard, *La preuve en justice*, Paris, Comment Faivé, 1960, p. 225.

técnico, consiste en determinar cuándo existe. Para Denti,⁵⁶ existe "cuando el declarante no puede prescindir, en la narración de los hechos, del empleo de un lenguaje especializado, o más genéricamente, no ordinario". A lo anterior observa Scardaccione,⁵⁷ que el basar la distinción sobre el lenguaje, más que sobre la experiencia o la preparación técnica del testigo, conduce al error de olvidar que una persona puede tener esta cualidad y sin embargo narrar los hechos con un lenguaje común. Creemos que Scardaccione tiene la razón en esta crítica, a la que agregamos que también un testigo puede emplear lenguaje técnico sin tener verdaderos conocimientos sobre la materia, bien sea porque repite palabras que oyó o leyó, o porque se trate de vocabulario técnico muy conocido (como ocurre con ciertos nombres de enfermedades y de drogas). Por lo tanto, deben considerarse las cualidades técnicas o científicas del testigo, que hayan servido para la mejor percepción y narración del hecho y no el lenguaje que utilice.

La segunda dificultad radica en resolver si debe admitirse o no el testimonio técnico, especialmente cuando no exista norma legal que lo autorice ni lo prohíba, como ocurre en Colombia. En Italia, como lo explica Scardaccione, la admisión de estos testimonios se ha basado, principalmente, en el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil, que autoriza al juez para hacerse asistir, bien sea en ciertos actos o para todo el proceso, de consultores técnicos, lo que permite deducir que esa asistencia puede ocurrir también en la asunción de la prueba testimonial. Para Denti, ello ocurre cuando el testigo no puede desenvolverse adecuadamente, sino con el empleo de un lenguaje técnico o especializado; pero Scardaccione le observa (con razón, en nuestro concepto) que el testimonio técnico no se limita a ese caso, es decir, a cuando la narración del hecho requiere un lenguaje especializado, y que existe también cuando para la adecuada percepción del hecho se requiere una especial disciplina técnica, que escapa al conocimiento del hombre medio, y sin la cual no es posible adquirir un conocimiento exacto del fenómeno mismo, aun cuando pueda luego ser narrado con un lenguaje común.⁵⁸

En tercer lugar, es indispensable precisar hasta dónde puede extenderse el juicio técnico del testigo, sin exceder los límites de la prueba testimonial e invadir el terreno de la peritación técnica. También este punto está tratado correctamente por Scardaccione, quien explica que la admisión del juicio técnico como objeto del testimonio, sin que se produzca una mutación del contenido de la prueba testimonial, debe guiarse por el criterio expuesto de circunscribirlo a la narración de los hechos percibidos y de las deducciones que de éstos haga el testigo, sin

⁵⁶ Denti, "Testimonianza técnica", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1962, p. 18.

⁵⁷ Scardaccione, Aurelio, *Le prove*, Turin, Utet, 1965, núm. 79, p. 214.

⁵⁸ Denti, *op. cit.*, p. 18, y Scardaccione, *op. cit.*, núm. 79, p. 215.

extenderse a los *juicios de valor*, que implican apreciaciones subjetivas que exceden los límites del juicio técnico sobre sus percepciones.

Nos adherimos al anterior concepto y para su mejor entendimiento damos estos ejemplos: un arquitecto puede dar un buen testimonio acerca de si una edificación presentaba, en una fecha determinada, detalles que implicaran una amenaza de inestabilidad o de derrumbamiento, por haberlos observado correctamente, gracias a sus especiales conocimientos técnicos sobre la materia, pero si expone además su concepto sobre las causas *que no pudo observar* de esos defectos de construcción estaría dando una apreciación subjetiva que escapa al objeto del testimonio y corresponde a la prueba de peritos; un médico puede ser un testigo fehaciente de que una persona, en un cierto día, presentaba síntomas observados por él, de una determinada enfermedad, pero sobre las causas que la produjeron y *que no percibió*, sólo puede opinar como perito.

Como se puede apreciar en los ejemplos anteriores, el testimonio técnico no es solamente posible, sino en muchas ocasiones conveniente o indispensable para probar por ese medio un hecho determinado, sin necesidad de recurrir al dictamen de peritos, como las causas de la muerte de una persona que fueron conocidas por la observación directa de un médico o la clase de enfermedad que padeció, y la calidad de grave para efectos de excusar el incumplimiento de una citación a absolver posiciones o para pedir una restitución de términos. En el último caso, es conveniente utilizar la prueba de testigos médicos, pero, como lo acepta nuestra corte, no es indispensable, si de la declaración de otras personas resulta evidente que la enfermedad era grave.⁵⁹

Esa calidad de técnico en la materia que tenga el testigo debe ser considerada por el juez cuando valore o aprecie el testimonio, pues indudablemente da más fe en estos casos, porque sus conocimientos especiales forman parte de la llamada *razón del dicho*, es decir, de las circunstancias que le dan credibilidad a la narración (el *modo* como percibió el hecho y pudo apreciarlo correctamente, recordarlo con exactitud y narrarlo en debida forma).

Por estas razones consideramos que para la admisión del testimonio técnico, limitado como antes expusimos, no hace falta norma legal que lo autorice, porque se trata de una modalidad que lejos de desvirtuar su naturaleza le otorga un mejor fundamento a su valor probatorio, siempre que los conocimientos técnicos capaciten al testigo para una mejor percepción o un mejor entendimiento de los hechos, lo mismo que para su descripción más adecuada, sea que se utilice o no un lenguaje técnico para esto. Creemos que es éste el concepto de Guasp, porque dice que

⁵⁹ Cas. 10 agosto 1943, G. J. t. LVI, núms. 2001-2005, p. 36; cas. 17 mayo 1958, G. J. t. LXXXVII, núms. 2195-2196, p. 862; cas. 28 abril 1960, G. J. t. XCII, núms. 2223-2224, p. 461.

“la figura del testigo *calificado* carece de relevancia jurídica procesal, aunque lo tenga respecto a la valoración de su dicho”.⁶⁰

Si el testigo no es un experto en la materia y, sin embargo, utiliza un lenguaje técnico o emite juicios técnicos, se tratará de testimonio mientras se limite a describir lo percibido por él y no emita juicios de valor, pero el mérito probatorio de su testimonio será menor, precisamente porque tal circunstancia le resta credibilidad a sus afirmaciones.

Camelutti acepta también el testimonio técnico, como se ve claramente en los siguientes pasajes: “Se da, además, casos en que la deducción del testigo es útil para el juez, que no sabría efectuarla por sí; son los casos de *testimonio técnico*, que se manifiestan no sólo cuando el hecho sea objeto de *percepción*, sino también cuando sea objeto de *deducción técnica*: ya que para conocer un hecho técnico el juez puede servirse de un testigo *que lo ha deducido ya* o bien de un perito *para que lo deduzca*” y pone el ejemplo del historiador o el geógrafo que expone al juez un hecho que conocen por sus investigaciones científicas, sin que hayan recibido de éste el encargo procesal para hacerlo.⁶¹ Más adelante explica que el testigo actúa mediante “esquemas mentales”, que unas veces pertenecen a la cultura común y otras a la cultura técnica o jurídica.⁶²

Florian opina que es indiferente, para que exista testimonio, que la percepción de los hechos haya sido hecha con o sin conocimientos técnicos.⁶³ De manera que acepta esta modalidad del testimonio.

Admiten también el testimonio técnico, entre otros, Alsina,⁶⁴ Prieto Castro⁶⁵ y Profeta.⁶⁶

Por su parte Francisco Gorphe opina que el especialista o técnico en una materia será mejor testigo en asuntos de ésta, por sus mayores conocimientos y el interés particular, pero puede sufrir cierta deformación profesional y ser influido por vanidad o amor propio, e inclusive dentro de sus dominios el valor de su testimonio varía según sus condiciones personales.⁶⁷ Creemos que esa posibilidad de error e inclusive de falsedad por amor propio o deformación profesional, no alcanza a desvirtuar las ventajas que generalmente ofrecen estos testigos, en asuntos relacionados con su profesión, que el mismo Gorphe hace notar

⁶⁰ Guasp. *Derecho procesal civil*, p. 377.

⁶¹ Camelutti. *La prueba civil*, núm. 26, pp. 125-127 y nota 223; en el mismo sentido se expresa en la *Rivista di Diritto Processuale*, 1929, I, p. 176, y 1959, p. 186.

⁶² Camelutti. *La prueba civil*, núm. 27, p. 131, y núm. 30, p. 145; el mismo concepto expone en *Sistema*, t. II, núm. 288.

⁶³ Florian. *La prueba penal*, núm. 172.

⁶⁴ Alsina. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, p. 394.

⁶⁵ Prieto Castro. *Derecho procesal civil*, 1964, t. I, p. 456.

⁶⁶ Profeta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, p. 417.

⁶⁷ Profeta. *Rivista Trimestral di Diritto e Procedura Civile*, 1959, p. 417.

⁶⁸ Gorphe. *Crítica del testimonio*, Madrid, Ed. Reus, 1962, pp. 149-152.

cuando dice: "Generalmente, se perciben y retienen con más exactitud los detalles mismos que se relacionan con su propia profesión y hacia los cuales se siente atraído un interés particular"; y pone los ejemplos del artista que ve detalles donde para otros sólo hay una masa vaga y confusa, del aduanero que observa mejor un acto de contrabando y el guardabosque un delito forestal. Pero razón tiene en rechazar el exagerado valor que en ocasiones se otorga a estos testigos y que los hace escapar a toda crítica, pues, también para ellos es indispensable el examen de las condiciones subjetiva y objetiva en que se formó la declaración, a través de los distintos momentos de percepción, juicio, deducciones, recuerdo y narración.