

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

por

Angela Cattan Atala

El Derecho Romano antiguo se caracteriza por el predominio de las formalidades orales y la presencia de testigos en los negocios jurídicos, unas veces como elementos ad solemnitatem, como ocurre en los actos per aest et libram, y en otras ocasiones para formalidades meramente probatorias.

Estas formalidades testimoniales que formaban parte del *mancipium* en el orden de las cosas, en la *coemptio* en el orden matrimonial, y en el testamento *per aest et libram*, fueron disminuyendo su uso por la introducción en el sistema jurídico clásico de las formas consensuales y de las expresiones de voluntad que obligaban en razón del consentimiento que en ella se contenía y no por las formalidades externas de que se encontraban investidas; ello produce un decaimiento en los actos formales y su lenta desaparición por el predominio que adquieren los modos más simples de celebrar negocios jurídicos; sin embargo, la presencia de testigos adquiere un nuevo rol dentro de las actividades del derecho. El testigo no es ya una expresión sacral o formal que da vida a los actos jurídicos, sino que pasa a constituirse en un medio de comprobación de la voluntad expresada por las partes; se puede decir que esta situación arranca su primera expresión de la *litis contestatio* de las *legis actiones*, en que los testigos presentes eran incitados a recordar lo dicho por los litigantes para que después lo repitieran como una probanza de la exactitud de las posiciones de las partes ante el iudex privado, en este caso el testigo presta su testimonio sobre lo que vio y oyó y es en realidad un antecedente de lo que después ha de ser la prueba de testigos no acaecida en ámbitos judiciales, sino en otras expresiones de la vida jurídica, especialmente para verificar ante el Tribunal la declaración de una voluntad, el consentimiento de un contrato, la liberación de una deuda u otras formas de negocios jurídicos y constituir la prueba que hará nacer el convencimiento del iudex acerca de la verdad acreditada en el proceso y que constituirá al término de éste en la cosa juzgada verdad en sí inamovible.

Capacidad para ser testigo procesal

Durante la época del Procedimiento formulario se distingue claramente entre la capacidad exigida para ser testigo procesal de la capacidad para ser testigo instrumental; numerosos textos del Digesto hacen referencia a esta distinción.

Basándonos principalmente en Tácito, Annales 2, 28, podemos decir que durante la época antigua sólo podían ser testigos los que fueran libres ciudadanos y púberes¹. Este principio en épocas más modernas se relajó, esencial-

¹ ARIAS, BONET, *Prueba testifical y Studi in Onore di Pietro de Francisci*, p. *obvolutio en el antiguo Derecho Romano*, 290.

mente para casos de inexistencia de otras posibilidades de prueba como se desprende del texto siguiente:

*“Serui responso tunc credendum est, cum
alia probatio ad eruendam ueritatem non est”*
D. 22.5.7.
(*Mod. libro tertio regularum*).

Este requisito que dice relación con el status del testigo va a través del tiempo perdiendo fuerza y vigor, lo que explica la existencia de numerosos textos del Digesto que reglamentan las mencionadas declaraciones de esclavos; así tenemos, por ejemplo, a reglas disponiendo que los esclavos de la herencia pueden ser atormentados, D. 48.18.6.1 pr.; otra que se refiere a los casos semejantes a la esclavitud.

*“Si ea rei condicio sit, ubi harenarium
testem uel similem personam admittere
cogimur, sine tormentis testimonio eius
credendum non est”*
D. 22.5.21.2
(*Arcadio Charisius libro singulari de testibus*).

*“testes eos, quos accusator de domo
produxerit, interrogari non placuit”*
D. 22.6.24
(*Paulus libro quinto sententiarum*).

En este último texto se corrobora la regla de Licinio Ruffo, ubicada en D. 22.6, que dice:

*“Idonei non uidentur esse testes,
quibus imperari potest ut testes fiant”*

Un texto de Paulo establece: 5.62. que el Juez tutelar y también los centuuiros pueden interrogar a los siervos hereditarios; también mencionaremos a D. 22.5.7 al que ya hicimos referencia; D. 48.18.18.5 pr.; 48.18.18.8 y 48.10.20 que en general ratifican los principios enunciados en los otros textos antes referidos.

De lo dicho, creo se pueden desprender las siguientes consecuencias:

1. La declaración de esclavos como testigos no se admite por los jueces en los casos que se trate de hechos que afecten a sus amos.
2. La declaración de esclavos como testigos es admitida para probar hechos que afecten a sus dueños, cuando no exista otra forma de averiguar la verdad.
3. Cuando se trate en general de asuntos sucesorios es admitido ampliamente el testimonio de los esclavos hereditarios.

Número de testigos

Durante la época arcaica y clásica no había reglas en cuanto al número de testigos; la máxima unus testis nullus testis no estaba en vigor en este período, antes bien un solo testigo podía valer más que diez de ellos, pues era el juez

el que debía apreciar la importancia atribuible a la declaración de éstos; los testimonios no se contaban sino que se pesaban².

El principio rector de la prueba testimonial está consagrado en un texto de Callistrato que dice:

“Testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit; et an honestae et inculpatae vitae an uero notatus quis et reprehensibilis: an locuples uel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat; uel an inimicus ei sit, aduersus quem testimonium fert, uel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. nam si careat suspicione testimonium uel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) uel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit), admittendus est. Ideoque diuus Hadrianus Uaro legato prouinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistulae haec sunt: “Tu magis scires potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter uisi sint dicere utrum unum eudemque meditatum sermonem attulerint an ad ea quae interrogaueras ex tempo uerisimilia responderint. Eiusdem quoque principis extat rescriptum ad Ualerium Uerum de excutienda fide testium in haec uerba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definiri protest. sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei ueritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias ueluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim nonutique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris”.
D. 22.5.3.1.2 (Callistratus libro quarto de cognitionibus).

En el período del procedimiento formulario no existieron disposiciones legales que establecieran el número mínimo de testigos que se requerían para cada caso; en cambio, sí se dictaron algunas leyes que establecieron el número máximo de testigos que podían deponer en los litigios; por ejemplo, en virtud de la lex Mamilia se disponía que cada parte podía presentar hasta un máximo de 10 testigos ante el Tribunal de los Recuperadores, lo mismo dispone la lex Iulia

² SCIALOJA, VITTORIO, *Procedimiento Civil Romano*, traducción de Santiago Sentis y Narino Ayerra Redin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, p. 243.

Agraria; la *lex Coloniae Genetivae* establece en cambio un máximo de 20 testigos³.

Con el devenir del tiempo y con el objeto quizás de no alargar innecesariamente los juicios y de evitar provocar molestias a los *iudex*, ante los cuales se tomaba la testimonial, se dictaron constituciones imperiales que comenzaron a limitar el número de testigos a lo que el tribunal estimara conveniente. De esto nos da noticia Arcadio Carissio.

“Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ex constitutionibus principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut iudices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putauerint, euocari patiantur, ne effrenata potestate ad uexandos homines superflua multitudo protrahatur.”

D. 22.5.1.2 pr.

Arcadio Char., libro singularis de testibus.

En los casos en que las normas no señalen el número de testigos, hay que atender a si el precepto habla de *testi* o *testis*; en este último caso se da cumplimiento haciendo comparecer a dos; tal regla aparece enunciada en un texto de Ulpiano que dice:

“Ubi numerus testium nom adicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.”

D. 22.5.12.

Este texto relacionándolo con el D. 48.18.20 creemos nos podría demostrar que en la práctica judicial rara vez los jueces se valdrían para dar por probados los hechos de la declaración de un testigo y que cualquier duda respecto a la imparcialidad del testigo, su testimonio era rechazado; el caso que nos narra el texto del Digesto es el siguiente:

“Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem, liberti sui filium, produxerat apud procuratorem; desideraverat et quaestionem haberi de ancilla. Suro negabat se accepisse, et testimonium non oportere unius hominis admitti, nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla; procurator quaestionem de ancilla habuerat; quum ex appellatione cognovisset Imperator, pronuntiavit, quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum; ideoque recte provocatum.”

D. 48.18.20.

Se podría argumentar en su contra que se trata de un caso que si bien ocurre en la época clásica corresponde al procedimiento de la *cognitio extra-*

³ SCIALOJA, V., obra citada, p. 243.

ordinem, pero tampoco se puede negar que dicho procedimiento se nutre en partes de las instituciones y principios que se configuran en el procedimiento formulario (*Paulus Libro octavo/decimo ad Plautium*).

Prohibiciones y Excusas:

Testimoniorum usus frequens ac necessarius est et ab his praecipue exigendus, quorum fides non uacillat. Adhiberi quoque teste possunt non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus sicubi res postulat, ex his quibus non interdicitur testimonium nec ulla lege a dicendo testimonio excusantur.

D. 22.5.1 pr. (*Arcadius Charisius libro singulari de testibus*).

De este texto se desprende que existen por un lado personas a las que se les prohíbe dar testimonios y otras que están excusadas por ley. Hablaremos primero de las prohibiciones, esto es, de los motivos que incapacitan a una persona para declarar como testigo. Estas prohibiciones pueden ser absolutas o relativas, atendiendo a si inhabilitan a una persona para declarar en toda clase de juicio o sólo en el juicio de que se trata.

Prohibiciones absolutas se mencionan en los siguientes textos:

Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit.

D. 22.5.21.

(*Arcadius Charisius libro singulari de testibus*).

repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest

D. 22.5.15.

(*Paulus libro testio sententiarum*).

Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus; et sane iuste testimonii officio ei interdiceretur existimo ergo neque iure civili testamentum ualere, ad quod huiusmodi testi processit, neque iure praetorio, quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit

D. 22.5.14.

(*Papinianus libro primo de adulteriis*).

Prohibiciones relativas se refieren en general a la existencia de vínculos de dependencia entre el testigo y la persona que los presenta.

Razones de dependencia: son los casos de individuos sometidos a patria dominica o manus potestas. La enunciación general de los vínculos de dependencia está consagrada en dos textos del Digesto:

Idonei non uidentur esse testes, quibus imperari potest ut testes iant

D. 22.5.6.

(*Licinius Rufinus libro segundo regularum*).

*Testes eos, quos accusator de domo produxerit,
interrogari non placuit*

D. 22.5.24.

(Paulus libro quinto sententiarum).

Estos textos se refieren a vínculos de dependencia y que inhabilitarían a estas personas para declarar sobre hechos que conciernen al amo o pater. Expresamente a la patria potestad se refiere el siguiente texto:

*Pater et filius qui in potestate eius est
item duo fratres qui in eiusdem patris
potestate sunt testes*

D. 22.5.17.

(Ulpianus libro singulari regularum).

En especial a la dominica potestas se establece en:

*Servo, qui ultro aliquid de domino confite-
tur fides non accommodatur; neque enim oportet
salutem dominorum servorum arbitrio committi.*

*Servus in caput eius domini, a quo distra-
ctus est, cuique aliquando seruiuit, in memoriam
prioris dominii interrogari non potest.*

*Servus, nec si a domino ad tormenta offeratur
interrogandus est.*

*Sane quoties quaeritur, an servi in caput
domini interrogandi sint, prius de eorum dominio
oportet inquiri.*

D. 48.18.18, 5, 6, 7, 8.

(Paulus libro quinto sententiarum).

Cabe hacer presente que no es causal de prohibición la existencia de vínculo de parentesco de sangre, dado que los textos del Digesto, como por ejemplo D. 22.5.4, se refieren en primer lugar a los juicios públicos y no a los privados y en segundo lugar es causal de excusa legal y no de prohibición:

*Lege Iulia iudiciorum (B. 21, 1, 4) publicorum
cauetur, ne inuito denuntietur, ut testimonium
litis aduersus socerum generum, uiricum priuignum,
sobrinum sobrina natum, eosue qui priore gradu sint,
item ne liberto ipsius, liberorum eius, parentium, uiri
uxoris, item (Ep. 13, 21) patroni patronae: et ut
ne patroni aduersus libertos neque liberti aduersus
patronum cogantur testimonium dicere.*

(Paulus libro secundo ad legem Iuliam et Papiam).

Excusas

Son ciertas causales en virtud de las cuales las personas llamadas a testificar se puedan excepcionar de concurrir a declarar:

*Inuiti testimonium dicere non coguntur senes
ualetudinarii uel qui cum magistratu rei publicae causa*

absunt uel quibus uenire nom licet.

D. 22.5.8.

(Scaevola libro quarto regularum).

En este texto se establece el principio general de la *excusatio* y en las cuales se mencionan causas específicas y otras generales.

Causas específicas se refieren a problemas relacionados con la edad, enfermedad o función que desempeña la persona; en relación con esto último podemos decir que en virtud de la función ejercida no están obligados a declarar los militares e incluso cuando están cumpliendo con su función existe prohibición para apartarlos de sus encargos. Tal regla aparece en el Digesto 22.5.3.6. pr.

Testes non temere euocandi sunt per longum iter et multo milites auocandi sunt a signis uel muneribus perhibendi testimonii causa, idque diuus Hadrianus rescripsit. sed et diui fratres rescripserunt: Quod ad testes euocandos pertinet diligentiae iudicantis est explorare quae consuetudo in ea prouincia, in quam iudicat, fuerit. nam si probabitur saepe in aliam ciuitatem testimonii gratia plerosque euocatos, non esse dubitandum, quin euocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitioneprehenderit qui iudicat.

D. 22.5.3.6 pr.

(Callistratus libro quarto de cognitionibus).

Otro caso de función contemplada en el Digesto es la de los magistrados y se pueden excusar los que están ausentes en viaje oficial o los que no pueden concurrir.

Por regla general los magistrados en razón de su función no daban testimonio, salvo que el asunto así lo exigiera o se tratara de un caso de adulterio; en este último caso estaban obligados, en atención a la trascendencia social que significaba el delito de adulterio.

Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. Illud quoque incunctabile est ut, si res exigat, non tantum priuati, sed etiam magistratus, si in praesenti sint, testimonium dicant. item senatus censuit praetorem testimonium dare debere in iudicio adulterii causa.

D. 22.5.21.1 pr.

(Arcadius Charisius libro singulari de testibus).

Curent magistratus cuiusque loci testari uolentibus et se ipsos et alios testes uel signatores praebere, quo facilius negotia explicentur et probatio rerum salua sit.

D. 22.5.22.

(Venuleius libro secundo de officio proconsulis).

Asimismo, por la función que desempeñan, los publicanos no están obligados a dar testimonio y se pueden excusar; la misma regla se aplica también a los proveedores del ejército.

La causa general que se aplica a los particulares se refiere a una ausencia por causa justificada y no con el objeto de rehuir de concurrir a testificar.

Valor probatorio

En el procedimiento formulario en materia de prueba rige el principio de la libre apreciación de la prueba; el iudex gozaba de plena libertad para la apreciación de los elementos probatorios; no obstante, el sistema de la prueba reglada es el que durante la época clásica comienza por abrirse camino a través de la *cognitio extraordinem* y termina por imponerse.

El principio que rige en la época clásica y en relación a la prueba testimonial se encuentra enunciado en un texto de Callistrato ubicado en D. 22.5.3.2. y 2 pr.:

“Eiusdem quoque principis existat rescriptum ad Ualerium Uerum, de excutienda fide testium in haec uerba: Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest. sicut non semper ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei ueritas deprehenditur. alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias ueluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fides. hoc ergo solum tibi rescribere possum summam non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.”

Este principio se encuentra ratificado en varios textos del Digesto como por ejemplo en uno de Modestino que dice:

“In testimoniis autem dignitas fides mores grauitas examinanda est: et ideo testes, qui aduersus fidem suae testationis uacillant, audiendi non sunt.”
D. 22.5.2.

Aquí, además de hacer mención al criterio con que el juez debe valorar la declaración de testigos, se determina cómo éste debe formar su criterio.

Para ello debe nutrirse, dice el texto, de una serie de circunstancias y cualidades que son dadas por la comunidad al iudex. En D. 22.5.3 nos encontramos nuevamente con la idea rectora. Se dice allí que debe examinarse diligentemente la veracidad de los testigos y por ello el juez debe indagar las cualidades de cada uno, esto es, y repitiendo las palabras de Aulo Gelio en las Noches Aticas: “No pueden esclarecerse y comprenderse las causas si el que tiene que juzgar no va abriendo sus propios sentidos y comprendiendo el sentir de los litigantes”⁴.

El juez romano debe, pues, de hacer cuanto le sea posible para formar su criterio y llegar posteriormente a un convencimiento sobre la realidad de los hechos y sobre el derecho del actor o del demandado, de lo contrario deberá recurrir al juramento *sibi non liquere*, esto es, que no ha logrado formarse una segura opinión sobre la causa.

⁴ AULO GELIO, *Noctium Atticarum*, Lib. XIV, II.

Estas normas o principios que son dados por la comunidad van con el transcurso del tiempo a transformarse en reglas obligatorias que comienzan primero como simples recomendaciones que los emperadores dan a los encargados de administrar justicia sobre la forma de valorar la prueba testimonial, como se menciona en D. 22.5.3 y D. 22.5.1, para después configurar lo que serán las normas reguladoras de la prueba.

Negativa para deponer como testigo

En términos generales y siguiendo en este sentido la opinión de la mayoría de los romanistas como Alvarez, Wenger, Bertolini y otros, que han estudiado este tema, en las causas civiles durante la época arcaica y clásica no era obligatorio actuar como testigo, a menos que hubiera la persona actuado ya de testigo en un negocio jurídico sobre el que deba deponer en la litis; en este caso, si se negara a hacerlo, la Ley de las XII Tablas le declara afecto en una clase especial de infamia, la *intestabilis* (Tabla 8.22), que trae consigo la incapacidad para servir de testigo y la incapacidad para solicitar la cooperación de testigos⁵. Pero en general la negativa a prestar testimonio, según otro texto de las XII Tablas (2.3), trae, además de la infamia antes indicada, la *obvagulatio*, que en época antigua se reducía en esencia a hacer lícita y jurídica una actitud que primitivamente no sería más que una airada e insultante protesta y que en la época clásica tiene por objeto dar a conocer públicamente la infamia o la *intestabilitas* antes mencionada.

⁵ ARIAS, obra citada, p. 293 y ss.