

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarrocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# La prueba de testigos: evolución desde el derecho romano a la actualidad. Nuevos paradigmas de la prueba

---

Por Rosa Luz Casen<sup>408</sup>

## Resumen

La prueba de testigos ha tenido caracteres diferentes según las distintas épocas en las que se encontraba del procedimiento civil romano. La importancia de esta prueba fue cambiando, acompañando la evolución histórica y política de Roma. El paso de la oralidad a un sistema escrito influyó en la importancia que esta prueba tenía en el sistema formulario. En el sistema cognitorio cambia la estimación que se tenía de la prueba de testigos, y es superada en credibilidad por otras pruebas más técnicas y que gozaban de mayor crédito. En el sistema procesal civil argentino, también se está produciendo un importante cambio que incide directamente en el modo de producir la prueba, de ofrecerla, etc.

---

<sup>408</sup> Abogada especialista en Derecho de Daños. Profesora Asociada de Derecho Romano en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Cambian los roles del juez y de las partes en relación a esta importante prueba. A pesar de los cambios en las distintas épocas tanto de Roma, como del derecho moderno, nadie puede dudar de la importancia que este medio probatorio tiene. Y plantea el desafío para quienes ejercen la profesión de abogado, de tener que hacer el recorrido por la evolución de la prueba de testigos a fin de ejercer con solvencia el examen de la misma.

**Palabras clave:** prueba; testigos, procedimiento

## I. La prueba de testigos en el proceso formulario. Etapa *in iudicio*

Tal como lo afirma Cuenca,<sup>409</sup> dentro del procedimiento formulario, situándonos en la fase *in iudicio*, la actividad probatoria es intensa. Esta afirmación encuentra su base en que el juez interviene personalmente en todos los actos probatorios. Así, según la naturaleza de la prueba, interroga a las partes, a los testigos, realiza las inspecciones en lugares, sin delegar en otros, más que en raras ocasiones, sus funciones en esta instancia.

Ello, por cuanto la función jurisdiccional en esta instancia del procedimiento formulario, se encuentra totalmente en manos del juez privado, y es él quien apreciará la prueba conforme a su convicción. Es por ello que la inmediación con la prueba resulta esencial.

La etapa de la prueba comienza con la exposición de las partes o sus representantes sobre los hechos controvertidos, y acto seguido, se muestran las pruebas con que cada parte cuenta. De estas pruebas que se presentaban por las partes, las que podían ser de distinta naturaleza, en este trabajo nos referiremos a la de testigos.

---

<sup>409</sup> CUENCA, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 85.

En esta época, la prueba escrita no tenía gran importancia ya que predominaban los contratos verbales y solemnes. Al decir de Cuenca, Cicerón sostenía que era ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable.<sup>410</sup> Contribuía a ello el hecho de que los medios gráficos eran tan frágiles para conservar la escritura que necesariamente el testimonio debía merecerles más fe. A la inversa, en el proceso moderno, el amplio desarrollo de la prueba escrita técnica o documental, se debe a su mayor seguridad y perdurabilidad, y en cambio, se desconfía del testimonio.

En igual sentido, Nelly Louzan Solimano, por su parte, señala que en la época arcaica la prueba de testigos era el medio de prueba más aceptado o el único.<sup>411</sup>

Si bien no era obligatorio en esta época declarar como testigo, señala Cuenca que “Según narra Arangio Ruiz, en la época primitiva, el testigo presencial de un hecho debía declarar y en caso de no hacerlo debía tolerar que el interesado recitase por tres noches consecutivas, delante de su puerta, fórmulas mágicas conjurando genios maléficos; pero la mayoría de los autores están contestes en que no existían sanciones para el testigo contumaz”.<sup>412</sup>

El testigo debía deponer de modo público, siempre delante del juez y previo a haber sido admitido por el magistrado. Correspondía a las partes hacerlos comparecer. Acorde con la inmediatez que el procedimiento implicaba, el juez interrogaba personalmente a los testigos, lo mismo que a las partes y sus representantes. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no se dejaba constancia escrita de las preguntas ni de las respuestas, las que se realizaban de modo oral. Al principio, el número máximo estaba limitado a diez, limitación que luego se dejó de lado ya que el juez podía rechazar los testigos que él considerara. “Dentro de una sociedad jerárquica e imperialista parecía natural que

---

<sup>410</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 87.

<sup>411</sup> LOUZAN SOLIMANO, N. (2000). “Los testigos en el proceso romano.” En La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano, p. 465-470.

<sup>412</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 85.

el testimonio de una persona ilustre pesara más que el de diez libertos aún cuando éstos dijese verdad”.<sup>413</sup>

En cuanto al contenido de las declaraciones del testigo que resultaran contradictorias o que denotaran algún interés en beneficiar a las partes, o fueran prestadas por personas deshonestas o de mala vida, podían ser rechazadas por el juez. En orden a las inhabilidades para declarar, eran inhábiles el impúber y el loco. También se consideraban afectados de parcialidad los testimonios prestados por la mujer a favor del marido, por el liberto a favor del patrono o el del abogado a favor de su cliente. Tal como ocurre en la actualidad, la calidad del testimonio predominaba sobre la cantidad de testigos. “El testigo infiel llevaba aparejadas penas infamantes por haber faltado a la verdad y por haber realizado un acto contra *la fides veritatis*”.<sup>414</sup>

## II. La prueba en el proceso cognitorio

Cuenca señala que en el proceso cognitorio se opera un cambio enorme en el régimen de la prueba, cambios que también le alcanzan a la prueba de testigos, que van en orden a la importancia que tiene en esta etapa en relación a otras pruebas como en el modo de apreciar la prueba que tiene el juez magistrado público.

Los cambios en este orden están en estrecho vínculo con la historia política de Roma. A partir de que Roma comienza a ser una Ciudad-Estado por su expansión territorial, y en mayor medida, desde Constantino hasta Justiniano, Roma ya no es la ciudad privilegiada del quirite, sino que prevalecen los extranjeros de la otra orilla del Tíber, que han puesto en jaque los órdenes sociales del Imperio, lo que queda evidente

---

<sup>413</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>414</sup> LOUZAN SOLIMANO, *op. cit.* p. 465.

cuando Caracalla extiende la ciudadanía a toda la población. Falta ahora ese pueblo modelo, dotado de privilegios. Roma es Roma-Estado. Es entonces cuando las nuevas generaciones consideran como estorbo y de mala fe las fórmulas rígidas y secas, que eran indispensables para poder obrar en justicia. Un sentimiento de libertad se impuso a este respecto.

Los emperadores acogieron un sistema más libre y más humano que surgía en el ámbito del derecho. Las fases *in iure e in iudicio* se funden en una, se identifica en una sola persona el magistrado y el juez, la justicia pasa a ser función del Estado, obligación pública.

Con este procedimiento el hombre abandona definitivamente el sendero de la justicia privada para encaminarse por el de la justicia pública, asemejándose al actual sistema de justicia.

En esta etapa, el derecho romano es más público que privado por la directa intervención del Estado en todas sus instituciones y muy especialmente en la administración de justicia.

Es la investigación la característica de la *cognitio extraordinem*. Este proceso busca averiguar la verdad, la razón por encima de los litigantes. Que no sea el más hábil el que maneje el proceso; éste no dependerá ya de la oratoria exclusivamente. Antes, el pretor se limitaba a dirigir el debate; ahora, el magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y él mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta la sentencia. Hay una real intermediación. En esta búsqueda de la verdad puede verse el origen del proceso de conocimiento actual. Así como en los dos primeros sistemas había predominado el principio dispositivo, en la *cognitio* es el inquisitivo el protagonista.

Al decir de Cuenca, es tan vigente y perdurable la influencia del sistema extraordinario sobre el proceso moderno, que cualquier jurista de nuestra época con una dosis de latín vulgar o griego hubiera podido ejercer la profesión en Bizancio en la época del Bajo Imperio.<sup>415</sup>

No está de más hacer una referencia a las fuentes del derecho en esta etapa. A partir del Edicto Perpetuo, se restringe el *ius edicendi*. Es el

---

<sup>415</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 124.

príncipe a través de sus constituciones el que indica al prefecto las normas conforme a las cuales debe administrar justicia. Las dudas no son resueltas como en el derecho clásico, por las respuestas de los prudentes que tenían el *ius respondendi*, sino por el emperador mediante rescriptos. Es el emperador el que busca imponer su voluntad, para lo cual tiene la potestad de suprimir lo que no le resultaba útil a sus funciones. La función del prefecto en el sistema extraordinario es menos de magistrado, pero más juez. Es la preeminencia del principio dispositivo sobre el inquisitivo.

La jurisprudencia no decae por completo. Adriano refuerza el valor de la opinión de los jurisconsultos cuando encomienda la redacción del Edicto Perpetuo promulgado en el 130. Este edicto es la ley que debe aplicar el juez y aun cuando posteriormente se le concede la facultad de fijar nuevas normas, ya no tienen, como antes, carácter de ley.

En esta etapa del proceso extraordinario, la fórmula y las dos instancias se dejan de lado. No son las partes las que eligen un juez, éste es el mismo desde el principio hasta el final. Nada es contractual, todo se realiza por imperio de la ley. Todas estas características son consecuencia del carácter público que asume el nuevo sistema procesal.

Sin embargo, se critica la falta de unidad en el proceso ya que en su contenido se mezclan leyes romanas y costumbres bárbaras. Producto de nuevas y viejas leyes, de diferentes costumbres y civilizaciones. Es un proceso menos formalista e impreciso, pero más práctico, rápido y sencillo.

El nuevo proceso es escrito en su mayor parte, con una minoría de actuaciones orales, lo contrario del formulario. La publicidad del proceso también sufre un cambio ya que el acceso del público al recinto judicial no es libre.

A partir del siglo III en que el proceso extraordinario se extiende a todo el Imperio, la Corte es trasladada a Constantinopla. Roma desde entonces es considerada una provincia.

Así como el juez moderno se limita a aplicar la ley en el proceso con los poderes discrecionales, más o menos amplios, según los diversos

tipos de legislación, así el prefecto, vicario, obispo o rector, durante el sistema extraordinario, se limitaba a aplicar la ley ya formulada de antemano en los Códigos y en las disposiciones imperiales e incluso tenía a mano la interpretación exegética recogida por los compiladores bizantinos.

En resumen, los jueces desempeñan una función jurisdiccional estricta y limitada. Ese poder de administrar justicia lo reciben por delegación del príncipe, tal lo que ocurre con el juez moderno que tiene su poder por delegación del Estado. El gran juez es el emperador. Él resuelve las dudas, incluso revisa las sentencias.

Esta caracterización que hacemos del proceso extraordinario viene a cuento para entender la evolución que se da en el régimen de la prueba. En efecto, el juez (prefecto, vicario, etc.), para averiguar la verdad, tenía más amplitud que la que hoy tiene en nuestro proceso. Podía interrogar a las partes cuantas veces creyera conveniente, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad en que el juez solo podría interrogar un testigo no ofrecido por las partes, en virtud de una medida para mejor proveer. En esta etapa los principales medios probatorios son: confesión y juramento; documentos, testigos, experticia y reconocimiento judicial.

Al decir de Cuenca,

no sabemos si la apertura del debate probatorio se verificaba automáticamente después de terminado el acto de la *litis contestatio*, o si era menester una providencia del Juez llamando a pruebas. Pero sí es indudable que se operó un cambio fundamental en el régimen de la prueba. De la libre apreciación, se transurre ahora a una convicción regulada mediante ciertas reglas y hasta con un pequeño sistema de tarifa probatoria. A menudo la reglamentación es tan minuciosa que resulta chocante y arbitraria; pero no siempre ocurre así.<sup>416</sup>

En cuanto a la carga de la prueba, el principio *actori incumbit onus probandi* sufre una profunda transformación que se refleja sobre el derecho probatorio moderno. Esta transformación, al igual que ocurrió

---

<sup>416</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 146.



con la apreciación de la prueba, se corresponde con la transformación histórica política de Roma, que incidió en la evolución del proceso civil.

La carga de la prueba no depende ahora de la posición que se adopte en el litigio, y por tanto, ésta no es exclusiva del actor. El principio se modifica en el sentido de que todo aquel que haga una afirmación o pretenda deducir consecuencias favorables de un hecho, debe demostrar su afirmación, o ese hecho, independientemente de que sea actor o demandado. De la misma manera, todo hecho creador, extintivo o modificativo, debe ser demostrado por el que aspira aprovecharse de la novedad.

La prueba corresponde al que afirma y no al que niega.<sup>417</sup> Pero seguidamente Pablo alude a que quien sostiene que su adversario ha sido privado de un derecho, debe probarlo.<sup>418</sup> También Pablo en el *Digesto* dice que cuando el actor presenta dos escrituras, el heredero debe probar ser inútil la posterior, y lo debe ejecutar con aprobación del juez.<sup>419</sup>

La prueba ha dejado de ser elemental o básica –si se nos permite la expresión– para ser más técnica. La prueba de testigos, que antes era la prueba predominante, es sustituida en importancia por la prueba escrita, en papiros y pergaminos. Sin embargo, la prueba documental tenía menos eficacia que la confesión y el juramento.

El magistrado mismo, de oficio o a petición de parte, hacía el reconocimiento de lugares o cosas vinculadas al proceso.

Se ve claro que el juez estaba dotado de amplios poderes de investigación para obtener la verdad, y no debía conformarse con el aporte de hechos suministrados por la actividad probatoria de las partes, sino que estaba autorizado para promover y evacuar, de oficio, sin instancia de parte, todas las pruebas que considerare necesarias.

En relación a la prueba de testigos en esta etapa, Cuenca sostiene la doble función que podía cumplir esta prueba: declarativa e instrumen-

---

<sup>417</sup> Paulo, D. 22, 3, 2.

<sup>418</sup> *Ibidem*, D. 22, 3, 5.

<sup>419</sup> *Ibidem*, D. 22, 3, 12.

tal. “Por la primera considera que se incorpora al proceso los hechos que han caído bajo el dominio de los sentidos... Por la segunda, el testigo ayuda a dar autenticidad a la prueba escrita, como cuando se exige el otorgamiento de los instrumentos privados delante de tres testigos y éstos ayudan a dar fe pública a los actos registrados y notariados”.<sup>420</sup>

Al igual que en etapas anteriores, el testigo debía ser poseedor de una dignidad ilesea. Pero no podía un testigo desvirtuar el contenido de la prueba escrita, siendo ésta la regla, con alguna excepción, como en el caso del testimonio prestado en un caso de extinción de deudas en el que el testigo afirmaba haber visto el pago, haber oído la confesión del acreedor, o lo que conste que efectivamente se verificó la cancelación.

Cuenca nos ilustra acerca de una célebre constitución atribuida a Constantino que negaba “toda fe al testigo único, sin consideración a sus cualidades personales” (C. 4, 20, 9, 1). Se prefiere en el testimonio “al más digno de la fe y mayores en número”; “Se prohíbe presentar por cuarta vez al que no ha comparecido después de tres veces de haber sido ofrecido su testimonio, salvo que la propia parte jure no haber podido antes hacer uso de su declaración (Nov. 90, 2, 4)”.<sup>421</sup>

En el examen del testigo se exige que esté presente el adversario y se le permite la facultad de controlar el interrogatorio mediante repreguntas. El acto de la declaración es público, de manera que si la otra parte no concurre, la prueba será válida.

Pero si bien el testimonio contiene caracteres que podríamos considerar se asemejan a la prueba actual, tenía en esta etapa elementos arcaicos que podían considerarse retrógrados, como por ejemplo, la posibilidad de arrancar la declaración del testigo por medio de torturas, quedando algunas personas exceptuadas de tal acto primitivo, si era menor o viejo, etc.

En orden a la apreciación de la prueba, resulta interesante y por demás claro la ilustración de Cuenca:

---

<sup>420</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 151.

<sup>421</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 152.

Para la apreciación de la prueba testimonial se reproducen en el Digesto sabios fragmentos de Calistrato y en uno de ellos se dice que el Emperador Adriano respondió a Vivio Varo, que le consultaba cómo debía apreciar dicha prueba, lo siguiente: “tú puedes saber mejor la fe que se debe dar a los testigos, a saber, quiénes son, cuál su dignidad y estimación y quiénes aparece que refieren sencillamente lo que dicen: sí por ventura refieren todos una misma cosa, que tienen pensada, y si a los que se les preguntasen respecto del tiempo, responden con verosimilitud” (D. 22, 5, 3, 1).<sup>422</sup>

En el proceso romano existían incapacidades para ser testigos en el caso de personas que tenían alguna incapacidad de derecho en razón de la religión, o por ser enemigos, etc. También existían incapacidades originadas en el parentesco, que están consagradas en su mayoría en los procesos modernos.

### III. La prueba de testigos en el proceso civil argentino

El maestro Lino Enrique Palacios trata la prueba de testigos de modo acabado apoyándose siempre en los artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), de modo que nos resulta sumamente práctico efectuar la comparación con el sistema romano.

En primer lugar, en orden al número de testigos, existe una limitación tal como lo hubo en algún momento del proceso romano, en el artículo 430 del CPCCN, modificado por la Ley 22.434, en el sentido de que, en principio, serán 8 los testigos, con la posibilidad de que se pudiera disponer la recepción de otros testimonios si se hubieren propuesto más.

Sin perjuicio de los testigos propuestos, el juez puede disponer de

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 153.

oficio la declaración testimonial de otras personas que hubieran sido mencionadas por las partes o de las que el juez tuviera conocimiento, lo que podría hacer en virtud de una medida para mejor proveer, pero no en el período de prueba que llamaremos normal. Pero esto es la excepción, siendo la regla que el juez no puede interrogar a otras personas que no sean las ofrecidas por las partes.

En orden al ofrecimiento de la prueba, tal como ocurría en el procedimiento formulario, el principio es que las partes son las que ofrecen los testigos, presentando una lista de ellos. Ello surge del artículo 429 del CPCCN: “(...) las partes deberán presentar una lista de ellos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio (...)”.

El ofrecimiento del testigo se acompaña con un interrogatorio al que deberá responder en el acto de la audiencia. En principio el interrogatorio en el momento de la audiencia no es libre. Es circunscripto a las preguntas formuladas por las partes, lo que representa una diferencia con el procedimiento cognitorio donde el juez podía preguntar a los testigos de modo discrecional y las veces que creyera necesario, sin encontrarse atado a las preguntas formuladas por partes.

A diferencia de lo que ocurría en el procedimiento formulario, el testigo está obligado a declarar correspondiéndole al funcionario público la citación. No son las partes las que deben hacerlo comparecer, aunque sí les corresponde instar la notificación. Pero es la autoridad pública quien cita al testigo. Esto era igual en el proceso cognitorio donde eran los oficiales públicos los que efectuaban las citaciones.

La recepción de la declaración del testigo en esta etapa del procedimiento de la Nación (arts. 38, inc. 5, y 360, inc. 5, del CPCCN modificado por Ley 25.488) no la efectúa el juez personalmente, a diferencia de lo que ocurría en el proceso civil romano, sino que son secretarios, prosecretarios letrados a los que les incumbe, dirigir las audiencias testimoniales que tomen por delegación del juez, aunque, tal como lo afirma Palacios, “ con la aquiescencia de las partes, aquellas son recibidas generalmente por empleados del juzgado destinados a esa función”.<sup>423</sup>

---

<sup>423</sup> PALACIO, L. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 19ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 481.

En presencia de ambas partes (si no concurren pierden la posibilidad de repreguntar o de solicitar aclaraciones al testigo), se efectúa el examen de los testigos acerca de lo que sabe de los hechos controvertidos, respetando la sustancia de los interrogatorios propuestos (art. 442, párr. 1º, del CPCCN).

Esta sujeción al interrogatorio es tenida en cuenta incluso si las partes piden aclaraciones o ampliaciones, las que deberán tener vinculación con las preguntas formuladas por la parte oferente.

La jurisprudencia se unificó en el sentido de que esta sujeción no rige para el que repregunta, ya que puede formular preguntas que no estén sujetas al cuestionario propuesto con la condición de que versen sobre cualquier hecho conducente al pleito. Ello tiene su justificación en el principio de adquisición procesal en virtud del cual el testigo ya no pertenece a quien lo ofreció sino que se halla al servicio superior de la justicia.

Esta es la posición del CPCCN al establecer que “la parte contraria a la que ofreció el testigo, podrá solicitar que se formulen las preguntas que sean pertinentes, aunque no tengan estricta relación con las indicadas por quien las propuso” (art.442, párr. 2).

A diferencia de lo ocurría en el derecho romano, las declaraciones del testigo deben documentarse por escrito, salvo que el juez disponga que fuera grabada en la forma prescripta en el artículo 125, inc. 6 (modificado por la Ley 25.488).

Como en el derecho romano, las declaraciones no veraces o contradictorias pueden acarrear las sanciones que disponga el juez.

Las inhabilidades para declarar también están previstas en el proceso civil, derivadas de enfermedades o incapacidades físicas y mentales, o con causa en el parentesco con las partes o de una especial relación con alguna de ellas. El encontrarse dentro de alguna de estas especiales situaciones puede hacer pasible al testigo de ser “tachado” por alguna de las partes en pos de invalidar o disminuir el valor de la declaración.

En la apreciación de la prueba de testigos, el juez goza de amplias facultades para valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, la ap-

titud probatoria de las declaraciones de los testigos. En ese sentido, el artículo 456 del CPCCN así lo consagra: “El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan las fuerzas de sus declaraciones”.

El juez no está, en consecuencia, sujeto a reglas predeterminadas en la valoración de las declaraciones testimoniales, sino que debe efectuar esta tarea de conformidad a las reglas de la lógica, los principios científicos y las máximas de la experiencia.

Este principio de la sana crítica impide que se aplique aquel principio que, conforme Cuenca, se atribuye a Constantino,<sup>424</sup> *testum unus testis nullus*, y que pasó a las Leyes de Partidas. Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la declaración de un testigo único puede fundar válidamente una sentencia, si es conforme a la lógica y a las reglas de la sana crítica. Palacios considera que ello sin perjuicio de que la valoración de la prueba se efectúe en tal caso, con mayor estrictez.

#### **IV. Los nuevos paradigmas en el proceso civil argentino en orden a la prueba de testigos**

En los Códigos más modernos que se van adoptando en algunas provincias de Argentina (Tucumán, por ejemplo) se produjo un cambio sustancial en orden al ofrecimiento de la prueba, en cuanto a la oralidad en la mayoría de los actos procesales, en cuanto a la producción de la prueba, en la recepción de las declaraciones testimoniales y en orden a la tarea judicial de apreciación de la misma.

Los ejes fundamentales de estos nuevos Códigos, algunos en proyecto aún, son el nuevo rol de los jueces y las partes, la mediación y la uti-

---

<sup>423</sup> CUENCA, *op. cit.*, p. 152.

lización de nuevas tecnologías. A diferencia de lo que ocurría en los Códigos ahora derogados –en el caso de la provincia de Tucumán– los intervinientes en las causas deberán tener una actitud proactiva, ya que el juez está a cargo de la dirección del proceso para una pronta y justa solución del proceso.

Y en esto encontramos una familiaridad con el proceso romano, todas las audiencias y las pruebas se realizarán ante la presencia del juez, quien no puede delegarlas en otros funcionarios. Esto es absolutamente nuevo.

Esto refuerza y torna protagonista al principio de inmediación. Podría considerarse que hay una “humanización de la Justicia”, ya que el juez deja de dictar fallos viendo un expediente, para ver a las partes en persona. Juez y partes se ven las caras sin la intermediación del papel. La mayor parte del juicio va a ser oral.

Capítulo aparte que se consagra es la prestación virtual del servicio de justicia, pasando del viejo expediente en papel al expediente digital. La firma del juez y de las partes es electrónica, al igual que el domicilio de notificación, y se utilizarán las videograbaciones y las videoconferencias. Las nuevas tecnologías deben ser usadas para hacer más fácil y rápido el servicio. Pero esto no es lo relevante en nuestro trabajo.

El nuevo proceso contiene una audiencia, que nos recuerda a aquella audiencia del proceso romano en el que las partes concurrían con las pruebas de que intentaban valerse, en presencia del juez.

Esta presencia indelegable del juez es señalada en el artículo 449: “La Primera Audiencia deberá celebrarse con la presencia y bajo la dirección del juez de la causa, o el juez que lo subrogue, en forma indelegable, y bajo pena de nulidad absoluta”.

No hay duda de que es éste el juez y no el del procedimiento derogado, el que nos recuerda al juez del proceso romano que tenía contacto personal con la prueba, en una rigurosa aplicación del principio de inmediación entre la prueba y el juez. En este nuevo procedimiento, las partes ofrecen las pruebas por escrito antes de la audiencia de prueba.

Y aquí vemos otra sustancial diferencia con el anterior Código de Procedimientos en orden al modo de ofrecer la prueba testimonial.

El artículo 368 del Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán en sus partes pertinentes reza:

(...) Al ofrecer la prueba de testigos, se indicará nombre, datos personales que se conozcan y domicilio de cada uno de ellos con la especificación de todos los detalles para su debida identificación. Se justificará sumariamente la necesidad de su declaración, y se señalará el hecho que se intenta acreditar con ella. Si se desconociere alguno de estos datos, se proporcionarán los necesarios para individualizar al testigo y hacer posible su citación. El número de testigos ofrecidos por los litigantes no podrá exceder de cinco (5) por cada parte y se podrá admitir mayor número prudencialmente por el tribunal si fueren imprescindibles para la causa. En la misma oportunidad, podrá ofrecer también hasta dos (2) testigos para reemplazar a los ofrecidos, cuando no puedan declarar por causa de muerte, incapacidad, enfermedad o ausencia (...). Será carga de quien los ofrece asegurar su presencia en la Segunda Audiencia, en la cual deberán declarar, salvo que su citación hubiere sido efectuada por el Tribunal.

De este texto rápidamente podemos ver que el interrogatorio del testigo será libre, ya que no exige que se presente un interrogatorio al momento del ofrecimiento, sino solamente que se justifique sumariamente la necesidad de su declaración y que se señale el hecho que se intenta acreditar con la declaración del testigo.

El artículo 375 refuerza esta circunstancia diciendo expresamente que “los testigos serán examinados libremente” (art. 375, 3). Este mismo artículo indica el modo de examinar al testigo: “Comenzará el examen al testigo la parte que lo haya ofrecido, luego podrá contra examinar la otra parte y finalmente el tribunal”.

Existe también una limitación en el número de testigos que la parte puede ofrecer, que en este caso es de 5.

La carga de hacer que el testigo comparezca también nos remite al proceso romano, ya que en principio es carga de la parte hacer que el testigo comparezca, siendo la excepción que la citación se haga por el tribunal. En el anterior procedimiento, siempre el testigo debía ser citado por el tribunal.



Siguen existiendo en el nuevo procedimiento las incapacidades e inhabilidades que ya estaban previstas.

En este nuevo proceso, como ya lo dijimos, como consecuencia de ser reiterativo, aparecen cambios sustanciales que ya tienen que ver con las técnicas de litigación oral.

Aquí la prueba de testigos alcanza otros ribetes de importancia. Ello tiene incidencia en la tarea del abogado, que no se limita a ofrecer un testigo y hacer preguntas por escrito que se van a leer textualmente. El abogado se convierte en investigador. Va a investigar realmente quién es el testigo que puede aportar información relevante para los hechos que quiere probar.

Para eso el abogado va a escuchar a cada testigo antes, en la privacidad de su estudio, y así podrá seleccionar testigos de calidad, más que cantidad. El abogado en este caso, para llevar a buen puerto sus pretensiones, va a tener que reunirse con el testigo, pero no para prepararlo como se hacía antes, dándole el pliego de preguntas y las respuestas y diciéndole: “Usted no se mueva de estas respuestas”. Ahora el abogado tiene que escuchar bien al testigo. Escucharlo para saber si le conviene o no presentarlo. Aquel escenario que antes se hacía casi en secreto, en que el abogado se reunía en su estudio con los testigos ya no es algo mal visto, pecaminoso, falto de ética. Ahora es síntoma de profesionalismo. El abogado está haciendo la tarea investigativa necesaria para llegar a probar lo que sostiene. Esto es propio de los sistemas de litigación oral que se están imponiendo y que en Tucumán ya entró en vigencia.

Este sistema de litigación oral está impregnado del principio adversarial de litigación. Y ello impone al abogado un nuevo desafío. Entrenarse en la oralidad, en plantear y resolver todo en el momento. En examinar a los testigos oralmente y no sujeto a un interrogatorio. Ahora el abogado debe estar presto para intervenir, oponerse ante la pregunta o ante el contraexamen. Ya no hablamos de repreguntas. Ahora se habla de un contraexamen, tal lo que ya venía ocurriendo en el proceso penal. Es un cambio de paradigma en el examen de la prueba de testigos que en mucho nos recuerda a la etapa del procedimiento romano oral.

Por ello, es fundamental que el abogado tenga elaborada ya su teoría

del caso, propia del proceso adversarial. En base a esta teoría del caso previamente clara, el abogado seleccionará a sus testigos que abonarán o no esta teoría, tratando de incorporar a través de los testigos elementos que la abonen.

En cuanto a la carga de llevar al testigo, el nuevo paradigma es que la carga de que el testigo vaya a declarar le corresponde a la parte que lo ofrece. No es que debe hacerlo notificar por el juzgado. Debe llevarlo o asegurarse por medios privados de que el testigo vaya, esa es la regla. Es la excepción que el testigo deba ser notificado por el juzgado. Nótese el cambio rotundo. Antes había que notificarlo aun cuando ya le hubiéramos avisado para que no vayan a decir que uno se había comunicado con el testigo. Y se le avisaba que le iba a llegar la notificación. Ahora la regla es que la parte que ofrece lo lleve al testigo. Ya no está mal visto que la parte misma le avise al testigo. Antes era un pecado, y se le decía al testigo que no vaya a decir que el abogado le avisaba. Era secreto. Ahora no, todo ha cambiado. Es necesario borrar el prejuicio de que las partes porque tenían contacto previo con el testigo, ya ese testigo no era creíble. Antes cuanto más distancia había con el testigo, más creíble era. Hasta había testigos que querían saludar al abogado a la entrada de las audiencias para que no lo cuestionen. Este nuevo sistema presume que el abogado se reunió con el testigo, mal haría si así no lo hiciera. No para prepararlo, sino para investigar. El testigo ofrecido por la parte recibe el nombre, conforme a las técnicas de litigación oral, de “testigo amigable”. No porque sea amigo, sino porque es testigo elegido para abonar la teoría del caso.

Está la posibilidad de continuar con el sistema de que el juzgado siga notificando al testigo, pero la idea es que eso cambie. Y que sea la parte la que se ocupe y asegure. Habrá casos en que la parte no puede asegurar la comparecencia del testigo.

Estos cambios en el examen de los testigos, el que se realiza con libertad, sin sujeción a un cuestionario, nos ponen en la necesidad de prepararnos en ello. La parte oferente es la que comienza con el examen directo, nombre que le corresponde según las técnicas de litigación oral. Al interrogatorio lo hace la parte directamente. No el empleado o el

juez. Es la parte la que formula preguntas libres, se supone, relacionadas con lo que quiere probar.

## V. Conclusiones

Hemos hecho una reseña de la evolución de la prueba de testigos siempre tratando de confrontar con el proceso civil romano, desde las primeras épocas. Hemos visto como fue variando la prueba y la apreciación de la misma en aquel proceso y en el procedimiento civil argentino.

Hemos hecho referencia a los nuevos aires que soplan en el ofrecimiento y producción de la prueba de testigos. Y vimos que a veces se alejó y otras se acercó a la misma prueba en el derecho romano. Siempre me es grato ver Roma y después la actualidad.

Para terminar, como lo sostuvo un autor que alguna vez leí, pero que siendo honesta en este momento no recuerdo, me resulta grato citar porque me parece totalmente actual:

Esta visión del antiguo derecho romano, de la antigüedad jurídica, quedaría incompleta si no lográramos proyectar, sobre la borrosa pantalla de las ideas, la vieja imagen del proceso romano. Esa vieja imagen, como sombra tras el cristal, palpita en el fondo de las instituciones jurídicas actuales y es siempre grato levantar, por un momento, su opresor polvo de siglos. Al hacerlo descubrimos de inmediato que un poderoso fermento espiritual la mantiene en perpetua vivacidad.

## Bibliografía consultada

- CUENCA, H. (1957). *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- LOUZAN SOLIMANO, N. (2000). “Los testigos en el proceso romano”. En *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, pp. 465-470.

- PALACIO, L. (2009). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 19ª edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 399.