

**La prueba testimonial y el Código Civil y Comercial**

Juan Manuel Converset (h)

**I. Concepto y caracteres** [arriba] -

Etimológicamente el término testigo proviene de testibus, que significa testificar la verdad de un hecho[1]. En cambio Alsina enseña que dicho término deriva de testando, que significa referir, narrar, etc.[2]

Enseña Chiovenda que el testigo es la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito, o bien, es quien depone sobre percepciones sensoriales concretas, relativas a hechos o circunstancias pretéritas.

De esta definición, surgen las siguientes características de la prueba testimonial:

\*El testigo debe responder sobre hechos pasados que han sido percibido por alguno de sus sentidos,

\*Debe tratarse de una persona física, puesto que las personas jurídicas carecen de aptitud para percibir o deducir un hecho,

\*Debe ser hábil, en consideración a los recaudos legales que condicionan su declaración,

\*Debe tratarse de una persona ajena al proceso.-

**II. El testigo y el Código Civil y Comercial** [arriba] -

En el Código Civil y Comercial, aparece mencionado “el testigo”, y ello adquiere trascendencia, teniendo en cuenta la importancia de ese medio probatorio en relación al Derecho Procesal.

**III. El testigo y la edad** [arriba] -

El art. 426 del Código Procesal Civil y Comercial, dice que “Toda persona mayor de CATORCE (14) años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley”.

La edad, se debe tener en cuenta al momento de producirse la declaración, consecuentemente el testigo se encontraría habilitado para declarar en relación a hechos ocurridos cuando el menor no contaba con la mencionada edad.

Ahora, para considerar la edad mínima del testigo, se tuvo en cuenta que más allá de la carga procesal de comparecer, el testimonio en sí mismo, es un acto voluntario lícito que como tal, exige que aquel que lo formule cuente con discernimiento, intención y voluntad (art. 897 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

En este orden de ideas, con el Nuevo Código Civil y Comercial la edad ha variado, pues el art. 25 del mencionado ordenamiento legal, denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años.

Ello así, el discernimiento para los actos voluntarios lícitos ahora se adquiere, en general, a partir de los trece años (arts. 260 y 261 inc. c); en tanto el discernimiento para los actos voluntarios ilícitos se sigue adquiriendo a los diez años (art. 261 inc. b) del Código Civil y Comercial.

La edad que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se estableció en razón de que se consideraba que los 14 años era la entrada en la pubertad, por lo que se puede entender que se ha producido una modificación en este aspecto.

#### **IV. Testigos necesarios en el proceso de familia: Parientes, allegados y menores** [arriba] -

El art. 427[3] del Código Procesal Civil y Comercial dice que “no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas”, pero en algunos casos en particular y en virtud de la apreciación judicial, teniendo en consideración que suelen ser las únicas personas que tienen conocimiento del hecho, se permite su declaración, máxime en procesos de familia.

El art. 711 del Código Civil y Comercial, dice que “los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados”.

En relación a estos artículos, es preciso resaltar que si bien el art. 711 no clarifica a qué tipo de parientes se refiere, se debe entender que son los mencionados en el art. 427 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto a los allegados, no hay inconveniente que se ofrezcan como testigos, ya que su declaración se evaluará conforme las reglas de la sana crítica. En este aspecto, adquiere importancia el interrogatorio preliminar o conocido como “generales de la ley”, pues permite además de identificar al testigo, ser un elemento para la posterior eficacia probatoria.

La norma continúa diciendo que, según las circunstancias del caso, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad. En relación a las circunstancias del caso, la norma propone una pauta de que no pueden adoptarse criterios generales que desatiendan las particularidades del caso debatido.

Así, y en relación a estos menores de edad, la facultad del juez para no admitir su declaración, lo es a los fines de preservar el ambiente familiar.

Sin perjuicio de ello, aunque sean menores de 13 años -o 14 según el art. 426 del Código Procesal-, el juez podría llamar a declarar al menor en virtud de las facultades otorgadas por el art. 36 inc. 2º del mencionado código de forma, no en calidad de testigo, sino como medio probatorio atípico, en los términos del art. 378, párrafo 2º del mismo ordenamiento legal.

Las partes pueden ofrecer los testigos habilitados por el primer párrafo del art. 711 y hasta que el juez no tome la decisión de que la persona no prestará declaración testimonial, éstos, desde que son citados, tienen los deberes de cualquier testigo (comparecer, declarar y decir la verdad).

El bien jurídico tutelado -cuando expresa los motivos fundados- es no obligarlos a optar entre falsear la verdad o declarar en contra del hijo o padre; es decir, se protege a la persona que eventualmente se podría citar a declarar[4], razón por la cual la negativa a declarar se establece en cabeza del testigo y no de las partes, así como también los motivos fundados deben ser brindados por aquél, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 428 Código Procesal Civil y Comercial.

## V. Testigos en el matrimonio [arriba] -

El Código Civil y Comercial establece en este aspecto que si se celebra en la oficina que corresponde al oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a CUATRO (4) si el matrimonio se celebra fuera de la oficina (art. 418). El art. 420 inc h) especifica que el acta debe contener: nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto.

## **VI. Testigos en los contratos [arriba] -**

El art. 1019 del Código Civil y Comercial dice que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica, y con arreglo a lo que disponen las leyes procesales, excepto disposición legal que establezca un medio especial. Los contratos que sea de uso instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos.

El art. 1020 del Código Civil y Comercial dice, en referencia a los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios que pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución. Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

En este supuesto, la libertad de forma y de la prueba se acomoda a las modernas “formas” en que la voluntad contractual puede manifestarse,

## **7. Testigos en los instrumentos públicos [arriba] -**

El Código Civil y Comercial, se refiere, en este caso en particular, a los testigos preconstituidos en especial referencia a las escrituras, donde dice quienes no pueden ser testigos de instrumentos públicos. En este aspecto dice: “Testigos inhábiles. No pueden ser testigos en instrumentos públicos: a) las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos; b) los que no saben firmar; c) los dependientes del oficial público; d) el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad”.

El art. 304 del Código Civil y Comercial, se refiere a la presencia de testigos cuando el otorgante padece limitaciones en su aptitud para oír y para comunicarse o es analfabeto, estableciendo que tienen que intervenir dos testigos.

El art. 305 inciso f) hace referencia a la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera, relacionado con la escritura.

El art. 309 del Código Civil y Comercial, dice que son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

## **8. Testigos en los testamentos. Incapaz y firma a ruego [arriba] -**

Los testigos en los testamentos, deben ser personas capaces al tiempo de otorgarse el acto, y no pueden ser los mencionados en el art. 295 del Código Civil y Comercial. A estos se le suma los ascendientes, descendientes, cónyuge, el conviviente del testador, ni la albacea, tutores o curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de algunas de las disposiciones.

Dice la norma que el testamento en que interviene un testigo incapaz o inhábil al efecto no es válido si al excluirse este testigo, no quedan otros en número suficiente (2481).

Una novedad a destacar, es que el Código Civil y Comercial ha suprimido la norma que disponía que el testigo debe ser de conocimiento del notario interviniente, y tener el domicilio dentro de su jurisdicción.

El art. 2480 del Código Civil y Comercial, da la posibilidad que cuando uno de los testigos del testamento firme a ruego del testador, el otro también debe saber firmar, dando a entender de manera implícita que no sería necesario que los dos testigos sepan firmar si es que no existe la intervención de uno de ellos como firmante a ruego.

## **IX. Los testigos y el perito en la sucesión testamentaria [arriba] -**

El art. 2339 del Código Civil y Comercial, sostiene que si el causante ha dejado testamento por acto público, debe presentárselo o indicarse el lugar donde se encuentre. Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso.

La mayor novedad es en relación al testamento ológrafo, donde la disposición del Código Civil y Comercial, difiere con el art. 704 del Código Procesal Civil y Comercial. Este artículo dice: “quien presentare testamento ológrafo deberá ofrecer dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador”.

Como se observa, es más rigurosa, pues exime de su reconocimiento por los dos testigos y establece la necesidad de la pericial caligráfica.

Esto provoca que el art. 704 del Código Procesal, termina siendo “derogado” ya sea de manera tácita o implícita, donde se le dará prevalencia a la norma del Código Civil y Comercial.

En relación al procedimiento de la rúbrica por el juez de cada una de las páginas que componen el testamento y su protocolización, está en relación con el art. 705 del Código Procesal Civil y Comercial.

Una vez llevada a cabo la pericia, se deberá sustanciar a los interesados, quienes podrán efectuar las impugnaciones o pedidos de aclaraciones que estimen pertinente. Los interesados podrán designar consultores técnicos.

Una vez que se compruebe la autenticidad de la escritura y la firma del testador, conforme la pericial caligráfica, el juez procederá a rubricar el principio y fin de cada página, para luego ordenar su protocolización.

En estos casos, se aplicará las normas procesales, y el escribano que tendrá a su cargo la protocolización del testamento debe ser designado de oficio por el juez.

La protocolización del testamento por un escribano público, además de garantizar su conservación, es una manera de darle autenticidad[5].

La última parte del artículo, se corresponde al 706 del Código Procesal Civil y Comercial, con alguna diferencia. El art. 706, limita el derecho de oposición a la protocolización del testamento en todo lo relativo a las formalidades que debieran ser cumplidas para la obtención de la misma, que se realizará por el trámite de los incidentes.

El Código Civil y Comercial amplía el derecho de oposición a la validez misma del testamento, el que obviamente, tramitará no ya por vía incidental, sino por proceso contencioso.

#### **Notas** [arriba] -

[1] Castro Máximo, Curso de procedimientos civiles, Buenos Aires, 1931, Ariel, t.I, p. 334.

[2] Alsina, Hugo, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1958, t. III, p. 536.

[3] Códigos Procesales de Buenos Aires (art. 425), Chaco (art. 405), Chubut (art. 427), Córdoba (art. 309), Corrientes (art. 427), Formosa (art. 424), La Pampa (art. 407), Mendoza (art. 194, inc. I), Río Negro (art. 427), Santa Cruz (art. 405), Santa Fe (art. 217) y Salta (art. 427).

[4] Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado, 2ª ed., LA LEY, 2006-IV, 306.

[5] Arazi, Roland y Rojas, Jorge, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pág. 543/544.