ETTORE DOSI

LA PRUEBA TESTIMONIAL



EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

LA PRUEBA TESTIMONIAL

ETTORE DOSI

LA PRUEBA TESTIMONIAL

EDITORIAL TEMIS, S. A.
Bogotá - Colombia
2021

Título del original italiano:
La prova testimoniale.
Struttura e funzione.

Versión castellana de
ROLANDO ENRIQUE OVIEDO
del Instituto Caro y Cuervo

Revisión técnica de
JORGE GUERRERO

© Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, Milano.
© Editorial Temis, S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68d-46. Bogotá D. C.
www.editorialtemis.com
Correo eléc. gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-604-147-4
ISBN e-book: 978-958-35-1597-2

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

ESTRUCTURA DEL TESTIMONIO

CAPÍTULO I

LOS MOMENTOS DEL TESTIMONIO

PÁG.

1. Actitud de la doctrina frente al testimonio 3
2. La conveniencia de un análisis de las dos fases del testimonio..... 8

CAPÍTULO II

FASE DEL CONOCIMIENTO

1. El conocimiento de tipo histórico 11
2. Conocimiento original y conocimiento derivado 14
3. El conocimiento de tipo testimonial como conocimiento original 16
4. El conocimiento de tipo testimonial como conocimiento adquirido mediante un contacto no necesariamente causal con el dato objetivo 18
5. El conocimiento de tipo testimonial como conocimiento favorecido por un "saber preconstituído" 22
6. Conocimiento de tipo testimonial como conocimiento de orden común o de orden técnico 27

CAPÍTULO III

MOMENTO DE LA DECLARACIÓN

1. El testimonio como declaración..... 30
2. La declaración testimonial como "hecho de lenguaje"..... 33
3. El testimonio como declaración intersubjetiva..... 35
4. El testimonio como declaración de ciencia 40
5. El testimonio como declaración voluntaria y consciente 42

PÁG.
6. El testimonio como declaración de verdad 45
7. El testimonio como declaración irrevocable 49
8. El testimonio como narración de una experiencia vivida por el testigo 51
9. El testimonio como reproducción nemónica de la experiencia vivida por el testigo 56
10. El testimonio como exposición de un juicio histórico-crítico 59

PARTE SEGUNDA

FUNCIÓN DEL TESTIMONIO

CAPÍTULO I

EL JUICIO TESTIMONIAL
EN EL MARCO DEL JUICIO JURISDICCIONAL

1. El testimonio como juicio definitivo en orden al hecho observado por el testigo 73
2. El testimonio como juicio particular en el ámbito del juicio jurisdiccional 78
3. El testimonio como juicio destinado a permitir la formación del juicio jurisdiccional 82
4. El juicio testimonial expresado por un testigo considerado digno de confianza como participación en la formación del juicio jurisdiccional 85
5. Confrontación con el juicio pericial 88

CAPÍTULO II

CONDICIONES PARA LA ACEPTACIÓN
DEL JUICIO TESTIMONIAL

1. El testimonio como "dictum" que deriva su valor del "testis" 94
2. Las consecuencias en materia de testimonio "de relato" 100
3. El encuentro del testigo con el juez 103
4. La "vida pasada" del testigo y la garantía del juramento. 112
5. El principio "unus testis nullus testis" 119
6. La responsabilización del testigo en el plano social 121

Índices 125

PARTE PRIMERA

ESTRUCTURA DEL TESTIMONIO

Capítulo I

LOS MOMENTOS DEL TESTIMONIO

1. Actitud de la doctrina frente al testimonio.—Quien detiene su atención, no solo sobre las normas que el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal suministra en cuanto al procedimiento destinado a recoger el testimonio, sino sobre lo que a propósito de este último consagra la experiencia judicial, pronto se da cuenta de que en el ámbito del moderno proceso penal —como, por otra parte, en el ámbito del moderno proceso civil— el testimonio llamado ordinario (esto es, el testimonio que, común mente distinto del denominado instrumental, se halla encuadrado en el esquema de los "medios de prueba") se agota con la transmisión del *conocimiento de un hecho* adquirido por el testigo[*1].

[*] El original dice *testimone,* palabra que, lo mismo *testimonio,* en la lengua italiana significa 'testigo'; aunque, según el autor, el término *testimonio* algunos lo emplean con el sentido de *testimonianza,* que en italiano significa 'testimonio'. Parece necesaria esta aclaración ante la posibilidad de que el lector pudiera considerar como un retruécano la siguiente nota del autor. (N. del T.).

[1] *¿Testigo* o *testimonio?* Se observa que, mientras en el Código de Procedimiento Penal se ha adoptado el término *testimonio* (arts. 61, 144, 315, 356, 357, 358, 359, 363, 408, 448, 452, 453, 458, 459, 462), tanto en el contemporáneo Código Penal (arts. 372, 377) como en el posterior Código de Procedimiento Civil (arts. 251, 252, 253, 255, 256) se ha usado el término *testigo.* Ahora, aun reconociendo la conveniencia de dejar a los filólogos la solución del problema, es de notarse que el término *testimonio* se deriva del término latino *testimonium* (cfr. Migliorini y Duro, *Prontuario della lingua italiana,* 1964, voz *Testimonio;* Palazzi, *Noviss. Dizionario della lingua italiana,* 2ª ed., 1962, voz *Testimonio;* Ullmann, *La semántica,* trad. it. de A. Baccarini y L. Rosiello, 2ª ed., 1967, pág. 350) y que, como el término *testimonium,* al menos originariamente, significaba el *testimonio [testimonianza]* (cfr. Alessio y Battisti, *Dizionario etimologico italiano,* 1959, vol. iv, voz *Testimonianza;* Devoto, *Avviamento alla etimologia italiana. Dizionario etimologico,* 1967, voz *Testimonio;* Riposati, *Studio sui "Tópica" di Cicerone,* 1947, pág. 145) —para una equiparación entre *testimonia* y *medios de prueba,* véase Costa,

Partiendo de esa consideración, el observador se ve llevado a pensar en que el testimonio llamado ordinario tiene su principio en el momento del conocimiento de un hecho, y su punto de llegada en el momento de la declaración, y, por ello, es persuadido a concluir que tal testimonio consta de dos fases o actividades a las que el testigo da vida: una actividad cognoscitiva (*actus de praesentia*) y una actividad declarativa (*declaratio de scientia*).

Llegado a esta primera conclusión, y desplazado el punto de vista que con respecto al testimonio habitualmente desarrolla la doctrina del proceso penal —además de la doctrina del proceso civil—, el observador termina por quedar perplejo ante la actitud que la reflexión científica por lo general asume a propósito de este "medio de prueba" y que, mientras deja entrever una concentración de la indagación en la sola fase en que el testigo transmite el conocimiento por él adquirido (es decir, sobre la fase declarativa), acaba por dejar traslucir un descuido casi total omisión del momento o fase en que el testigo ha adquirido tal conocimiento (esto es, del momento que, como se ha señalado, representa el punto de partida del *iter* del testimonio).

En este punto, lo menos que puede hacer el observador es tratar de buscar los motivos que verosímilmente llevan a semejante modo de "ver" el testimonio.

Puesto en el camino de tal pesquisa, el observador termina por encontrarse frente a muchas consideraciones.

Ante todo, es inducido a pensar que la atención prestada al solo momento en que el testigo entra en el proceso adolece de un inconsciente apoyo —a su vez determinado por una falta de atención, harto frecuente en el ámbito de la especulación jurídica, hacia lo

Cicerone giureconsulto, 1927, vol. II, pág. 144; igualmente LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani,* 1938, pág. 541—, así el término *testimonio,* todavía hoy, aun admitido el cambio de la semántica, no raramente se usa para significar el *testimonio [testimonianza]* "lo que se dice testificado" (cfr. DEVOTO, *Avviamento alla etimologia italiana. Dizionario etimologico,* cit., voz *Testimonio,* para quien *testimonio* es a *tesis* como *patrimonio* es a *pater;* MIGLIORINI, *Storia della lingua italiana,* 1963, pág. 71; PALAZZI, *Noviss. Dizionario della lingua italiana,* cit., voz *Testimonio*).

que constituye la historia ideal de las instituciones[2]— a una suerte de testimonio *sui generis:* me refiero sobre todo a la *coniuratio*[3] que, durante mucho tiempo, halló buena acogida en el proceso —a menudo terminando por sobreponerse al verdadero "testimonio del hecho"— y que, terminando generalmente en un juramento des-

[2] Para una crítica a la naturaleza histórica del pensamiento jurídico italiano, véase MERRYMAN, *Lo "stile italiano": la dottrina,* en *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 1966, pág. 1196.

[3] Sobre la *conjuratio*, entendida como confirmación "jurada" de la afirmación de la parte, la literatura es abundante. Cfr. especialmente DEL GIUDICE, *Storia della procedura,* en *Storia del diritto italiano,* al cuidado de Pertile, 2ª ed., vol. VI, parte 1ª, 1900, pág. 323; SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale* en *Storia del diritto italiano,* bajo la dirección de DEL GIUDICE, vol. III, parte 1ª, 1925, págs. 261 y ss.; así como SOLMI, *Contributi alla storia del diritto comune,* 1973, pág. 121. Cfr., además, LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire,* 1964, págs. 44 y 92.

Vale la pena agregar que de la *conjuratio* se hallan huellas en el ámbito del antiguo proceso de más de un país: con respecto a Francia, cfr. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé,* t. I, 1904, pág. 574; ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France,* 1882, pág. 46; GANSHOF, *La preuve dans le droit française,* en *Recueils de la société Jean Bodin,* vol. XVII, 1965, pág. 78; HELIE, *Traité de l'instruction criminelle,* 2ª ed., 1866, vol. I, pág. 149; en relación con Alemania, cfr. MORPURGO, *Sui coniuratores del diritto germanico,* en Arch. giur., vol. XVII, 1874, págs. 190 y ss.; tocante a la Gran Bretaña, cfr. JOUÖN DES LONGRAIS, *Le droit criminal anglais au moyen âge (1066-1485),* en *Rev. hist. droit française et étranger,* 1956, pág. 418; concerniente a Rusia, cfr. GITERMANN, *Storia della Russia,* trad. it. de G. Sanna, 1963, vol. I, pág. 70.

Sobre relaciones entre *conjuratio y testimonio* y, particularmente, sobre el problema de si el juramento prestado por los *conjuradores* fuera *de veritate o de credulitate,* cfr. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale,* cit., págs. 265 y 275. Cfr., también, LÉVY-BRUHL, *Aspects sociologiques du droit,* 1955, pág. 122; MANZINI, *Contributo alle ricerche sulla genesi del diritto e della procedura penale,* en *Scelta di scritti minori,* 1959, pág. 46; MESSINA, *La prova per testimoni nel processo penale del medio evo,* en *Riv. pen.,* 1912, vol. LXXVI, pág. 513; POST, *Giurisprudenza etnologica,* vol. II, 1908, pág. 402; PREAUX, *La preuve à l'époque hellénistique principalement dans l'Egypte grecque,* en *Recueils de la société Jean Bodin,* vol. XVI, 1965, pág. 206; SAUTEL, *Les preuves dans le droit grec archaique, ivi,* vol. XVI, 1965, pág. 141.

Para una comparación entre la *conjuratio y* el *testimonio "de credulitate"* acogido en el actual proceso canónico, véase recientemente, MORONI, voz *Prueba, der. proc. canon.,* en *Noviss. Dig. it.,* vol. XIV, 1967, pág. 326.

tinado a ratificar en conjunto la afirmación de la parte, además de representar un acto de parcialidad[4], acabó también por manifestarse como un "testimonio" de mera fe y, por ello, como una simple *declaratio* no necesariamente vinculada a un conocimiento propiamente dicho.

En segundo lugar, es conducido a imaginar que la concentración de la indagación en la sola fase declarativa del testimonio tiene por fondo el erróneo convencimiento de que, mediante la declaración testimonial, el hecho, del cual el testigo ha adquirido el conocimiento, termina por "representarse" sobre el escenario del proceso y que, por ello, el testigo no es sino un simple instrumento de transmisión de aquel hecho.

En tercer lugar, es llevado a creer que al "salto" del momento cognoscitivo contribuye una distinción, entre testimonio llamado *instrumental* y testimonio denominado *ordinario* (el primero, referido a la *asistencia al hecho*; el segundo, referido a la *representación del hecho*), que se aplica desde hace largo tiempo y de cuya utilidad es lícito dudar si se considera que a la *asistencia al hecho* puede seguir la *representación del hecho* y que, en todo caso, esta última presupone la primera.

Finalmente, es dado pensar que en la "superación" del momento cognoscitivo se oculta algo más grave, esto es, la intención de no salir de aquella *turriseburnea* dentro de la cual las doctrinas así llamadas "intelectualísticas"[5] han aprisionado la ciencia jurídica

[4] Se discute si, bajo este aspecto, el *cojurador* podría asemejarse al testigo del proceso arcaico: quien entrevé en este último un garante de la declaración de la parte, no tiene dificultad para considerar que el testimonio, originariamente, recordaría un acto de parcialidad (en este sentido, ver ya sea Pringsheim, *Le témoignage dans la Grece el Rome archäique,* en *Rev. intern. droit de l'antiquité,* 1951, pág. 162; ya sea Publiese, *La prova nel processo romano classico,* in *Jus,* 1960, pág. 398).

Por otro lado, al menos haciendo referencia a la indicación del testigo al cuidado de la parte, podría entreverse un acto de parcialidad también en el testimonio acogido en el proceso moderno (en este sentido, véase, Cordero, *Procedura penale,* 2ª ed., 1971, pág. 5).

[5] Sobre la derrota de las doctrinas "practicísticas" en virtud de las doctrinas