



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

UNIVERSITAT AUTÒNOMA BARCELONA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET PRIVAT
ÀREA DE DRET PROCESSAL

TESIS DOCTORAL

UNA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA Y UNITARIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Autora: María de los Ángeles González Coulon

Directores: Dr. Manuel Jesús Cachón Cadenas

Dr. Joan Picó i Junoy

2020

PARA BERNARDO Y CLEMENTE, POR EL TIEMPO Y LA ALEGRÍA

PARA EL COTE, POR LA PACIENCIA

AGRADECIMIENTOS

En el momento de finalizar esta tesis y mirar hacia atrás, hay un sinnúmero de personas que de una forma u otra realizaron su aporte desinteresado para que esta tesis pudiera desarrollarse. A todos ellos, muchísimas gracias. De forma especial, y en primer lugar, quiero agradecer a Bernardo por el tiempo que me regaló para escribir en vez de jugar o salir a pasear con él. Algún día, aunque sea aburrido para ti, leeremos juntos este “libro”. De la misma manera al Cote, por su paciencia y apoyo todo este tiempo, por aguantar muchas veces mi mal genio cuando no lograba terminar un apartado, encontrar un libro o simplemente escribir una idea, por acompañarme en cada uno de los viajes y visitas que tuve que realizar y siempre alentarme a seguir. Muchas veces me tuviste más fe que yo misma.

En segundo lugar, a mis papás y la Sofía, por creer en mí y siempre pensar que lo lograría, por estar atentos a la ayuda que necesitara y prestarme una mano con lo que fuese.

Agradecer también a mi grupo de trabajo de la Universidad de Chile, “*Sultans of swing*”, por leer tantas veces las mismas páginas, corregirlas, comentarlas y darme ideas. Por apoyarme y siempre tener una palabra de aliento. Al profesor Cristián Maturana, por estar siempre atento a lo que necesitara, por su ayuda bibliográfica y su ánimo para que terminara luego.

Quiero darles las gracias a mis amigas y amigos de la vida, que siempre han creído en mí, me han apoyado y me incitan a seguir adelante.

Por último, darle las gracias al profesor Manuel Jesús Cachón por creer en mi proyecto desde el inicio, por la paciencia y minuciosidad en las correcciones, leyéndose muchas veces la investigación y por su buena voluntad cada vez que algo necesité. Al profesor Joan Picó i Junoy, por querer embarcarse en este proyecto cuando ya había partido, por las correcciones y consejos y por toda la bibliografía prestada y regalada.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I. PRECISIONES DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA	15
1. CONCEPTO DE PRUEBA	17
2. FINALIDAD DE LA PRUEBA.....	20
3. DERECHO A LA PRUEBA.....	23
4. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.....	25
5. CLASIFICACIONES DE LA PRUEBA.....	26
6. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA	30
6.1. CONFORMACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO	32
6.2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y TOMA DE LA DECISIÓN.....	36
CAPÍTULO II. PRUEBA TESTIMONIAL.....	41
1. PRUEBA TESTIMONIAL.....	42
1.1. UN CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL	42
1.2. UN CONCEPTO DE PRUEBA TESTIFICAL.....	44
1.3. UN CONCEPTO DE TESTIMONIO.....	48
1.4. EL TESTIGO	51
1.5. LAS TACHAS	56
1.6. PRINCIPALES FORMAS DE CLASIFICACIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL TESTIGO DE OÍDAS	59
2. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL CHILENO	61
2.1. CONSIDERACIONES GENERALES	61
2.2. ADMISIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	63
2.3. INHABILIDADES	67
2.4. LAS TACHAS	69
2.5. PROCEDIMIENTO.....	70

2.6.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	72
2.7.	OTRAS NORMAS RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	74
3.	LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL	75
3.1.	CONSIDERACIONES GENERALES	75
3.2.	ADMISIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	77
3.3.	INHABILIDADES	81
3.4.	LAS TACHAS	84
3.5.	PROCEDIMIENTO.....	86
3.6.	VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	88
3.7.	OTRAS NORMAS RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	91
4.	ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL ESTUDIO TRADICIONAL	92
4.1.	MAYOR CANTIDAD DE ANTECEDENTES ES IGUAL A UNA MEJOR DECISIÓN.....	93
4.2.	FALTA DE CONFIANZA EN ESTE MEDIO DE PRUEBA	93
4.3.	CENTRALISMO DEL TESTIGO.....	95
5.	NECESIDAD DE UN NUEVO ANÁLISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL	97
CAPÍTULO III. EL TESTIMONIO COMO PRUEBA		103
1.	LA PRAGMÁTICA DEL TESTIMONIO.....	105
2.	POLISEMIA DEL TÉRMINO TESTIMONIO	108
2.1.	TESTIMONIO COMO FORMA DE COMUNICACIÓN.....	110
2.2.	TESTIMONIO COMO TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO	112
2.3.	CONCEPTO UTILIZADO EN ESTA INVESTIGACIÓN	116
3.	JUSTIFICACIÓN DEL TESTIMONIO.....	118
3.1.	¿CUÁNDO CREER EN UN TESTIMONIO?.....	119
3.2.	REDUCCIONISMO	123
3.3.	ANTIRREDUCCIONISMO	126
3.4.	JUSTIFICACIONES DESDE LA MIRADA DEL DERECHO	127
3.5.	LAS TEORÍAS PLANTEADAS EN ESTA INVESTIGACIÓN	131
4.	ELEMENTOS QUE COMPONEN EL CONCEPTO	132
4.1.	SUJETO Y CONTENIDO.....	132

4.2.	IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN PLANTEADA	137
5.	EL TESTIMONIO EN JUICIO	143
6.	COROLARIO	153
CAPÍTULO IV. LA UNIDAD TESTIMONIAL Y LOS MEDIOS DE PRUEBA: OTRAS PRUEBAS		
	TESTIMONIALES CONFORME AL CONCEPTO PROPUESTO EN ESTE TRABAJO	156
1.	ELEMENTOS DISÍMILES ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LA PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES: PROBLEMAS.....	160
1.1.	DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LA PRUEBA PERICIAL.....	162
1.1.1.	TIPOS DE HECHOS Y CONOCIMIENTO	162
1.1.2.	FUNGIBILIDAD	166
1.1.3.	DERECHOS Y OBLIGACIONES	168
1.2.	LA DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES: QUIEN LO REALIZA Y EL CONOCIMIENTO QUE POSEE.	170
1.3.	DISTINCIÓN ESPECIAL ENTRE EL TESTIGO Y EL TESTIGO-PERITO	175
2.	ELEMENTOS COMUNES ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LA PRUEBA PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES	180
2.1.	PRUEBAS PERSONALES	180
2.2.	ORALIDAD	182
2.3.	HECHOS QUE REPRESENTAN	183
2.4.	DESCONFIANZA E INTERÉS	184
2.5.	PERSONA Y RELACIÓN CON EL PROCESO	187
3.	LOS MEDIOS DE PRUEBA TESTIMONIALES	189
4.	POSIBILIDAD DE REGULACIÓN PROCESAL COMÚN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES	192
	CONCLUSIONES	197
	BIBLIOGRAFÍA	201

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
Et. al.	“y otros”
Ibíd.	<i>Ibidem</i> , “en el mismo lugar”
Nº, N., núm.	Número
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
Op. cit.	<i>Opere citato</i> , “en la obra citada”
p.	Página
pp.	Páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
ss.	Siguientes
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
V., Vol.	Volumen

*“¿Sabías...? Solo podemos escuchar lo que viene después
de esta pregunta si confiamos en quien nos cuenta historias,
ideas, poemas y canciones, ya sean reales o inventadas.
La confianza no aspira a la certidumbre, sino a la posibilidad
de compartir el sentido”.*

Chimamanda Ngozi Adichie, “El peligro de la historia única”.

INTRODUCCIÓN

La prueba testimonial, entendida tradicionalmente como la declaración de un tercero, ha sido abordada a lo largo del tiempo con suma desconfianza. Creemos que esta forma de afrontarla se debe a que su estudio y enfoque se han centrado solamente en la persona que desarrolla el medio de prueba objeto de estudio, sin mirar de la misma manera la declaración que este efectúa. Así, si solo nos guiamos por las características personales de quien depone, difícil resulta para el juzgador extraer los datos necesarios para que el contenido de la declaración sea un real aporte y se logre una mejor resolución del asunto.

Esta disyuntiva que se presenta al otorgarse más jerarquía al testigo o sujeto que a su declaración o testimonio, si bien se expresa con mayor énfasis en materia de prueba testimonial, es también atendible en otros medios de prueba que comparten la naturaleza jurídica de ser testimonios, cuales son la prueba pericial y la declaración de las partes dentro de un proceso.

Las dificultades presentadas derivan de la regulación legal, del tratamiento dogmático que reproduce los errores de la ley y profundiza en la desconfianza y de la práctica judicial en los momentos de conformación y valoración del material probatorio.

En esta tesis observaremos, en principio a través del análisis de la prueba testimonial, que solo de las definiciones que la doctrina presenta, basándose en el tratamiento legal, todo el análisis de dicho medio de prueba gira en torno al testigo o sujeto que tuvo contacto o percibió algún hecho de relevancia para el proceso¹.

La consecuencia de lo esbozado, sobre el hecho de que el centro del análisis siempre ha estado en la persona que desarrolla la actividad y no en el contenido de la declaración de dicha persona, es que los estudios sobre el tema se han basado en que el examen de la prueba testimonial debe estar centrado en quien declara, y si quien lo hace está de alguna manera influenciado por algún tipo de interés o tiene alguna relación con alguno de los intervinientes

¹ Por ejemplo, ver en España RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, España, Atelier Libros Jurídicos, 2008, p. 714.

También es posible revisar esta idea en: CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho procesal civil* (con Ortells Ramos, Manuel y otros). 10ª edición, Madrid, España, Editorial Aranzandi, 2010, p. 417. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* (con Díez – Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime). 32ª Edición, Madrid, España, 2001, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2016, p. 156.

En Chile, solo a modo de ejemplo, CONTRERAS ROJAS, Cristián: *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 219. PALOMO VÉLEZ, Diego: *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (con BORDALÍ SALAMANCA, Andrés; CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo). 2ª edición, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2014, p. 329.

del proceso², dudándose de lo que relata; es decir, derechamente no se cree en lo que dice o se mira con recelo.

En otras palabras, el centralismo en quienes declaran ha provocado que directa o indirectamente se ignore la información relevante que dicha persona puede transmitir, para solo enfocarse en las características personales de la misma y, en base a ellas y sus circunstancias, examinar el medio de prueba. De esta manera, se califica la verdad o falsedad de dicho medio de prueba en relación a los enunciados sobre los hechos, respecto a quien declara y no a lo que se declara³.

Revisaremos en esta investigación que tanto la doctrina como la ley asocian a la prueba testimonial como aquella declaración proveniente de un tercero, muchas veces solo conceptualizando al testigo y abocándose a la institución de las tachas, especialmente en Chile y en España, motivo por el cual nos centraremos en estos dos ordenamientos. Esto ha generado un gran recelo en este medio de prueba siendo tratado en diversas ocasiones como una prueba auxiliar respecto a otros medios de prueba.

Estudiando los conceptos de prueba testimonial y sus falencias será posible que reanalicemos el tratamiento que se ha dado a este medio de prueba y otorguemos una definición más amplia del mismo basándose en la naturaleza jurídica de este, cual es la de testimonio. Además de plantear un nuevo concepto, identificaremos los elementos que lo componen y cómo deben tratarse estos en el mismo nivel.

La naturaleza jurídica de ser testimonio que se identifica como propia de la prueba testimonial, es posible apreciarla también en la declaración de parte y en la prueba pericial, además de que en dichos medios de prueba también se subrayan muchos de los problemas de la testimonial. En el caso de la declaración de parte, se mira con desconfianza su declaración por el interés que se tiene en el juicio. En el caso de la prueba pericial, muchas veces más que desconfianza lo que hay es una mirada enfocada solo en el perito, valorándose dicho medio de prueba en torno a quien es el experto y no sobre lo que dice.

Así, la reformulación del concepto de prueba testimonial a uno amplio y más general de testimonio servirá también para examinar estos otros medios de prueba que podríamos llamar testimoniales. Luego estableceremos un mínimo epistémico entre ellos, cual es su naturaleza jurídica de testimonio, en que las particularidades de cada uno tienen que ver con su grado de participación o conocimiento.

² Un claro ejemplo de esto, en materia testimonial es GORPHE, François: *La crítica al testimonio*. Traducción de Mariano Ruiz-Funes. 5ª edición, Madrid, España, Editorial Reus S.A., 1971, pp. 23 ss.

³ MIRANDA VÁZQUEZ señala que sólo hay estudio de las cuestiones formales de la prueba testimonial. MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: "La valoración de la prueba testifical civil a examen (una revisión crítica del art. 376 LEC)" en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016), p.2.

Entender estos tres medios de prueba como testimonios, permitirá examinarlos de forma correcta porque así otorgaremos la misma relevancia a quien desarrolla la actividad probatoria -testigo o sujeto-, así como a la información que esa persona transmite -declaración o testimonio. Además, podremos dilucidar si al ser los tres medios de prueba que comparten una misma naturaleza jurídica, la de testimonios, es o no posible una regulación procesal común de ellos en materia procesal.

Las ideas planteadas y que buscamos plasmar en esta investigación, serán abordadas a través de la legislación procesal civil de España y Chile, así como principalmente en la doctrina de estos países. Añadiremos, en lo pertinente y sin que se vea entremezclado con la legislación específica del país del autor respectivo, reflexiones de la doctrina italiana, inglesa y latinoamericana, que nos permitirán contextualizar lo que señalaremos y cómo el centralismo en quien desarrolla la actividad o medio de prueba, es un problema propio de las más variadas legislaciones y sistemas.

Podremos revisar que, desde la doctrina, el análisis que se nos presenta es breve y más bien formal, en el sentido de que en la mayoría de los casos los diversos autores solo realizan una definición del medio de prueba en general o del testigo, perito o parte en particular, para luego dar paso a una especie de transcripción de la regulación del país del autor. Solamente en situaciones calificadas se analizan de forma específica ciertas materias que presentan alguna particularidad, para dar paso luego a la manera en que el medio de prueba debe valorarse, siempre en torno a la credibilidad del sujeto.

En materia doctrinal, encontraremos muy poco dedicado de manera específica a la prueba testimonial o al testimonio en materia procesal, en la mayoría se aprecia un análisis como parte de textos generales sobre el proceso civil. Luego, en ninguno se profundiza en su tratamiento y tampoco se analiza ni cuestiona -lo que será un pilar en esta tesis- su naturaleza jurídica y las consecuencias de que sea un testimonio.

El ámbito legislativo no es muy distinto a las críticas esbozadas anteriormente. Así, tanto en Chile como España encontramos el centralismo señalado, lo que trae como consecuencia, en mayor medida en el caso chileno por su sistema probatorio, que se omita un verdadero análisis a la información que es otorgada, es decir al testimonio en sentido amplio, y que será relevante para el juicio.

De esta manera, habiendo establecido la naturaleza jurídica de estos medios de prueba y en especial de la testimonial es que los re-analizaremos, ya que no solo determinaremos la importancia de los mismos y cómo deben revisarse, sino que además identificaremos características comunes de la prueba testimonial con la prueba pericial y la declaración de partes, planteando la opción de una regulación común entre ambas.

Este re-análisis que venimos planteando tendrá como eje principal el permitir al juzgador tomar mejores decisiones al contar con la mayor cantidad de antecedentes disponibles. Es decir, al revisar estos medios de prueba su examen debe dejar de estar protagonizado por el sujeto que desarrolla la actividad probatoria y examinarse también desde el contenido de su declaración porque de esa manera no se excluirá información al juzgador fundada solamente en quien realizó la declaración.

Para un análisis ordenado de todo lo mencionado, en el primer capítulo de la tesis se revisarán ciertos conceptos sobre teoría de la prueba: concepto y finalidad de la prueba, derecho a la prueba, fuentes y medios de prueba, clasificaciones y momentos de la actividad probatoria. Tomaremos posición respecto a algunos de ellos, para que luego nos sirvan para ser desarrollados en los siguientes capítulos, de manera más específica, respecto a los medios de prueba esbozados.

En el segundo capítulo se revisará la prueba testimonial en específico desde la perspectiva de la doctrina chilena y española, junto con alguna italiana y latinoamericana atinente al tema y que no haga mención específica a las legislaciones de sus autores. Así, determinaremos cuáles son las mayores falencias posibles de detectar en el estudio que se le ha dado a este medio de prueba.

Además, examinaremos de manera concreta la legislación procesal civil de Chile y España, verificando las diferencias que presentan y estableciendo las mayores problemáticas en ambas. Así, a través del agotamiento de dicha información, definiremos si el problema del centralismo en el testigo o sujeto, que se traduce en la desconfianza de este medio de prueba, es real en la práctica legislativa o solo propia de la dogmática.

Realizado lo anterior, en el tercer capítulo se analizará, desde la epistemología como ciencia complementaria al derecho procesal, un nuevo concepto de testimonio, que será más amplio y omnicompreensivo que solo la prueba testimonial, y que no solo incluirá, como ha sido de forma tradicional, la figura del testigo, sino que materializará también el contenido de la declaración que este testigo realiza.

Este capítulo tendrá como pilar el conceptualizar de manera amplia el testimonio, entendiendo que esta es la naturaleza jurídica de los tres medios de prueba que hemos mencionado. Analizaremos las definiciones que se han formulado de testimonio tanto solo como forma de comunicación, para luego ampliarlo al testimonio como transmisión de conocimiento.

De la mano de dicho concepto, distinguiremos dos elementos dentro del mismo, que llamaremos testigo o sujeto, y declaración o testimonio, los cuales definiremos debidamente. Creemos deben estar presentes estos elementos en una definición amplia de testimonio y tienen

que considerarse de la misma manera en el análisis que realizará el juez, pero de forma separada en los momentos de conformación y valoración del material probatorio.

Lo mencionado es importante, porque ignorar dicha distinción hace finalmente que el sujeto contamine la declaración, impidiendo disminuir el error y acercarse a la verdad tanto en las etapas de conformación del material probatorio como de valoración del mismo.

Junto con todo lo anterior, en este capítulo también abordaremos la importancia de los testimonios, las dificultades que plantea y las formas en que se ha buscado justificarlo. Esto será fundamental para entender la diferenciación entre los elementos que planteamos, así como la manera en que debe estudiarse.

Por último, en el cuarto capítulo de esta tesis, y a partir del concepto amplio de testimonio establecido en el capítulo anterior, se analizará la posibilidad de plantear una regulación común entre la prueba testimonial, pericial y la declaración de partes, entendiendo que son todos epistémicamente testimonios.

Se examinarán los elementos comunes y los disímiles entre los tres medios de prueba planteados y se determinará si el hecho de que sean epistémicamente testimonios les permite una regulación común o si, solamente, lo común entre los tres deberá situarse en el análisis de la valoración de los mismos, como consecuencia de la distinción entre el testigo o sujeto y la declaración o testimonio.

En definitiva, la propuesta de esta investigación es plantear un nuevo concepto de testimonio para ser utilizado dentro del derecho procesal, que permita aunar, en los aspectos que detallaremos, a los tres medios de prueba que comparten el mínimo epistémico mencionado.

Esta propuesta implica un re-análisis, primero, de la prueba testimonial que es la que tradicionalmente se asocia al testimonio, pero cuyas falencias son claramente aplicables a los medios de prueba que comparten la naturaleza jurídica de testimonio. El centralismo en el sujeto ha implicado una parcialidad en el examen dentro del proceso y ha impedido que el juzgador cuente con antecedentes que se encuentran disponibles para tomar una mejor decisión.

El concepto amplio de testimonio permitirá diferenciar dos elementos en él, como son el testigo o sujeto y la declaración o testimonio. A partir de ahí, y entendiendo que dentro de ese concepto amplio son subsumibles la prueba testimonial, la prueba pericial y la declaración de partes, el trabajo busca contestar la pregunta sobre una posible regulación común de estos tres medios de prueba.

Respecto a esta última pregunta señalaremos que, independientemente de la regulación jurídico-procesal, los tres medios de prueba señalados tienen en común un estudio centrado en quienes desarrollan el medio de prueba, por lo que siempre deberá distinguirse entre dicho

testigo o sujeto y la declaración o testimonio, en los momentos en que se determine la inclusión o exclusión del medio de prueba y en el de valoración del mismo.

CAPÍTULO I. PRECISIONES DESDE LA TEORÍA DE LA PRUEBA

El juez, al enfrentarse a la resolución de un caso, escucha o lee un sinnúmero de argumentos, ideas y principalmente narraciones sobre los hechos controvertidos, que permiten evidenciar que dentro de un juicio los discursos en la etapa de discusión todo lo soportan⁴. Luego, las partes no ganarán el pleito por lo que ahí argumenten, sino por su capacidad para demostrar los enunciados sobre los hechos que ahí expusieron.

De esta manera se puede tener razón, pero el resultado favorable no se alcanzará si no se demuestran los hechos afirmados. Las afirmaciones por sí solas no son suficientes para convencer al juez o para que se puedan fijar los hechos y aplicarse el derecho⁵. En otras palabras, el derecho nacerá, se transformará o extinguirá siempre a consecuencia de un hecho⁶.

No obstante lo anterior, por mucho tiempo el estudio sobre la prueba, siendo de los más interesantes dentro del derecho procesal al constituir la esencia y justificación del proceso, fue uno de los menos profundizados de la ciencia del derecho⁷. Luego, hoy en día este ha surgido y la importancia de los hechos ha impactado de forma significativa en la doctrina del derecho procesal, al hacerse relevante que los juicios se ganan o pierden en la etapa probatoria, ya que como bien nos decía CALAMANDREI, “(...) supone en quien desea juzgar bien, determinar, antes que todo, con fidelidad minuciosa, los hechos discutidos”⁸.

El auge referido no se reflejó solamente en el ámbito procesal⁹, sino que se expandió a otras disciplinas como la epistemología jurídica e incluso a otras áreas de las ciencias sociales como, por ejemplo, la psicología. Luego, la prueba ha surgido como un ámbito multidisciplinario, en el que conjugan diversas ramas de las ciencias sociales y que ha comenzado a tener gran repercusión pública¹⁰.

⁴ Ver, a modo de ejemplo, MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. 2ª edición, Barcelona, España, Editorial Praxis S.A., 1983, pp. 34 ss.

⁵ MONTERO AROCA, Juan: *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y ejecución*. 2ª edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016, p. 606.

⁶ Esta idea esboza MERCEDES, Víctor: “¿Cuándo debo pedir la prueba testifical y cuándo es mejor no hacerlo? Breve excursión sobre la prueba testifical en el proceso civil” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, p. 35.

⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Estudios de derecho probatorio*. Lima, Perú, Communitas, 2009, p. 23.

⁸ CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. 2ª Edición, Madrid, España, Talleres Editoriales Cometa S.A., 2013, p. 116.

⁹ No obstante lo anterior, esto podría discutirse, ya que hay procesalistas que sí hicieron eco de lo señalado. Por nombrar algunos: Michele Taruffo, Joan Picó i Junoy y Jordi Nieva Fenoll.

¹⁰ TWINING, William: De nuevo, los hechos en serio. “DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho”, 32 (2009), p. 334. Da cuenta de este fenómeno, también, PÁEZ PEÑUELA, Andrés: “La epistemología y el derecho” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Páez). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS., 2015, pp. 1 y ss., y en ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William: *Análisis de la prueba*. Traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 80.

En otras palabras, en un proceso no basta con mencionar exhaustivamente toda la jurisprudencia, doctrina existente y normas jurídicas sobre una materia para que el juez falle a favor de una parte. Esto solo será posible si la parte es capaz de probar las afirmaciones alegadas.

Así las cosas, los hechos son los que tienen una mayor relevancia dentro del proceso, lo que fue enunciado ya por TWINING señalando que la argumentación sobre los hechos debe tener la misma importancia y atención que la interpretación y argumentación sobre cuestiones de derecho. El autor defiende que la prueba y determinación de los hechos deben tener un lugar destacado dentro del derecho, argumentando sobre la importancia del estudio sobre estos temas¹¹. En igual sentido lo hizo MUÑOZ SABATÉ, quien señaló que sin estudiar cómo se analizan los hechos en el proceso difícil será poder resolver el caso planteado, o sea, *o provare o soccombere*¹².

Creemos, en todo caso, que lo mencionado con anterioridad no debería sorprendernos ya que no se escapa de lo que sucede en la vida cotidiana, pues nuestras decisiones no están basadas simplemente en creer lo que nos dicen o en esperar escuchar el mejor argumento, sino que, en la mayoría de los casos, buscamos evidencias al respecto, no quedándonos tranquilos solo con lo que nos han señalado¹³.

Por todo lo anterior es que el tema probatorio ha trascendido el ámbito del derecho, ya que en todas las ramas de la ciencia son los hechos el elemento que permite la validación de los procesos; teniendo estas materias, en el ámbito jurídico, ciertas características que permiten su estudio particularizado¹⁴. Así, es posible mencionar que la ciencia jurídica se diferencia de las demás ciencias, porque en esta materia se definen las hipótesis a examinar, las proposiciones que deben probarse y las reglas formales para su desarrollo, exclusión o inclusión y utilización de las pruebas¹⁵.

Entendido lo precedente, y la importancia que hemos destacado de los hechos dentro de un proceso, es necesario realizar la primera precisión en torno a este tema. Haciendo nuestras las palabras de TARUFFO, debemos saber que el juez no podrá percibir los hechos porque estos “(...) ya han ocurrido y pertenecen al pasado”¹⁶, por lo que “(...) los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido

¹¹ TWINING. Op. cit. p. 334.

¹² MUÑOZ SABATÉ. Op. cit. p. 17.

¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomos I, Buenos Aires, Argentina, Víctor P. de Zavallía, 1988, p. 9.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sergio: *La prueba*. Versión electrónica. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, 2015.

¹⁵ ANDERSON et.al. Op. cit. p. 80.

¹⁶ TARUFFO, Michele: *La prueba*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2008, p. 19.

fácticamente¹⁷, o sea, la afirmación es el único objeto de la prueba¹⁸. De esta manera, en la presente tesis, utilizaremos la nomenclatura de enunciados sobre los hechos, ya que no son propiamente los hechos argumentados lo que las partes deberán probar, sino los enunciados respecto a ellos¹⁹.

En definitiva, y como primer aspecto a considerar, lo esencial del proceso debiese estar en los enunciados fácticos y en cómo estos serán probados. Ante el sinnúmero de ideas que pueden surgir en torno a materias relacionadas con el derecho probatorio es que, de forma previa al estudio pormenorizado de la prueba testimonial y, luego, de los medios de prueba que comparten la naturaleza jurídica de testimonios, objeto central de esta tesis, realizaremos una serie de precisiones conceptuales sobre teoría de la prueba para dejar en claro a qué teorías y conceptos adherimos y cuáles serán utilizados en esta investigación.

En el apartado que sigue nos centraremos, de forma general, en la definición de la prueba, su finalidad, el derecho a la prueba, la distinción entre fuentes y medios de prueba y las clasificaciones de estos últimos. Luego finalizaremos con la estructura o etapas del procedimiento probatorio. Todo ello con miras a obtener un marco general para trabajar sobre los medios de prueba que tienen la naturaleza jurídica de testimonio.

1. CONCEPTO DE PRUEBA

Entendiendo que lo que probaremos dentro de un proceso son los enunciados sobre los hechos planteados en el mismo, es que debemos dilucidar qué concepto de prueba utilizaremos en este trabajo.

Al respecto, la doctrina no ha sido unívoca, siendo la temática muy extensa, lo que se ha expresado en una falta de homogeneidad en su concepto y en su finalidad. Luego, hay autores de diversas legislaciones que han conceptualizado la prueba de acuerdo a su finalidad - la cual es variada²⁰; otros, al tipo de actividad que se desarrolla²¹, y un grupo lo ha hecho en torno a las distintas acepciones que esta puede presentar a lo largo del proceso²².

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2001, p. 102.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*. Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2018, pp. 72-73. Ver también GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho*. 3º edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 76.

²⁰ A modo de ejemplo, SERRA DOMÍNGUEZ. *Op. cit.* p. 25 menciona que la finalidad es lograr la convicción de una persona. Así, “una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos, encaminada a formar la convicción de una persona”. Lo mismo que GUASP DELGADO, Jaime: *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*. Textos de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944. Disponible en internet: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5135/1/2073100_039.pdf [Fecha última revisión: 24 de mayo 2020]. p. 25.

A efectos de esta tesis, el concepto que seguiremos sobre la prueba será el desarrollado en un principio por MUÑOZ SABATÉ²³, respecto a que esta puede tener diversas acepciones como son la de resultado, medio y actividad. Esta idea fue luego profundizada por FERRER BELTRÁN, quien menciona que la palabra prueba es polisémica²⁴, identificando “(...) tres tipos de reglas sobre la prueba, en función del objeto sobre el que versan: a) reglas sobre la actividad probatoria; b) reglas sobre los medios de prueba, y c) reglas sobre el resultado probatorio”²⁵, o sea, la prueba es actividad, medios de prueba y resultados²⁶, como ya señalamos.

Otro autor que sigue la misma idea es ASECIO MELLADO, quien menciona que la prueba es “aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso”. ASECIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Civil*. 3° edición, Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2015, p. 174.

Por último, en el mismo sentido MONTERO AROCA, quien ha mencionado que la prueba tiende a buscar la certeza del juzgador en relación a los antecedentes que las partes han aportado, generando dicha certeza un convencimiento psicológico en el juez o derivándose de ciertas normas legales. MONTERO AROCA, Juan: *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, España, Civitas, 2005, p. 55.

En el ámbito latinoamericano, encontramos a ANABALÓN SANDERSON en Chile y MARINONI en Brasil. El primero caracteriza la prueba judicial como “la justificación ante los Tribunales de la exactitud de una cuestión por los medios legales conducentes para el reconocimiento y ejecución del derecho o pretensión correlativos”. ANABALÓN SANDERSON, Carlos, *Tratado de derecho procesal civil*. El juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago, Chile, El Jurista Ediciones Jurídicas, 2015, p. 114.

MARINONI, quien señala que prueba “es todo medio retórico, regulado por la ley, y dirigido, dentro de parámetros fijados por el derecho y de criterios racionales, para convencer al Estado-juez de la validez de las proposiciones, objeto de impugnación, hecha en el proceso” MARINONI, et al., Op. cit.

²¹BENTHAM, por su parte, caracteriza la prueba como una actividad de comprobación sobre si el hecho existió o no, es decir la prueba vendría dada por “un hecho supuesto verdadero, que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no existencia de otro hecho”, y menciona que “la prueba es un medio para un fin”. BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*. Traducción C.M.V. Tomo I, París, Francia, Bossange Frères, 1825, p. 19.

En el mismo sentido Ramos Méndez, quien señala que la prueba es una actividad de comprobación o verificación que trascendería el campo jurídico. RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 587.

²² En este caso podemos encontrar a Devis Echandía, quien señala que la prueba es “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”. DEVIS ECHANDÍA, Tomo I. Op. cit. p. 15.

En la doctrina chilena se ha definido la prueba como proceso de fijación formal de los hechos y una actividad que busca formar la convicción del juzgador. PALOMO VELEZ, et.al. Op. cit. p. 210.

Serra Domínguez y otros autores realizan una definición global del medio de prueba: “Probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación, mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces”. SERRA DOMÍNGUEZ. Op. cit. p. 24.

ALVARADO VELLOSO sigue una línea similar al señalar que probar significaría “examinar las cualidades de una persona o cosa y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa”. ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Prueba judicial*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2007, p. 12; o Taruffo, quien la define de acuerdo al resultado probatorio; así la prueba haría referencia a los resultados positivos de las inferencias lógicas, cuyo objetivo sería dar sustento a los hechos objeto del litigio. TARUFFO. Op. cit. p. 35.

²³ MUÑOZ SABATÉ (2001), p. 25.

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*. 2° edición, Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2005, p. 28. También menciona estas acepciones sobre la prueba, DE LA OLIVA SANTOS, et.al. Op. cit. p. 115; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Civil*. Parte General (con MORENO CATENA, Víctor). 9° edición, Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017, p. 195 y GASCÓN ABELLÁN. Op. cit. p. 76.

²⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*. Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2007, p. 35.

En similar sentido lo ha entendido MUÑOZ SABATÉ, quien distingue entre prueba como resultado, medio y actividad. MUÑOZ SABATÉ (2001), p. 25.

²⁶ Otros, como CAFFERATA, basándose en una idea similar a la utilizada por el autor anterior, se refieren a 4 distintos sentidos que la prueba puede desarrollar, así nos menciona, (i) el término prueba como elemento de prueba; (ii) como “órgano” de prueba que es el sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso²⁶; (iii) como “medio de prueba” que es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso²⁶, y, por último, (iv) como “objeto de la prueba” que es aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. CAFFERATA, Nores: *La prueba en el proceso penal*. 3° Edición, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 24.

Estas acepciones que hemos formulado y que utilizaremos del concepto de prueba no son novedosas y han sido objeto de múltiples análisis, como se puede desprender de la definición de prueba judicial que también entregó CARNELUTTI. Este autor señala que el lenguaje común produce una transposición en el significado del vocablo prueba, ya que no solo sería un acto de comprobación sino también el procedimiento utilizado para dicha comprobación, menciona el autor que “(...) la prueba no es ya la demostración de la exactitud de la operación aritmética obtenida mediante otra operación, sino esta misma operación (...)”²⁷. No obstante lo anterior, advierte que la palabra prueba es la “demostración de la verdad de un hecho”²⁸, para luego especificar sobre las distinciones de verdad formal y verdad material²⁹. De hecho, señala que el proceso mismo no sirve para conocer los hechos, o sea establecer la verdad, sino solamente para fijar formalmente dichos hechos³⁰.

De esta forma, el motivo de seguir el concepto polisémico de la prueba que se ha planteado en esta investigación es que desde nuestra opinión el mismo deriva de la idea general de que probar involucra la demostración o comprobación de los enunciados o afirmaciones sobre unos hechos dentro del proceso, como bien lo señaló RAMOS MÉNDEZ³¹.

Es así como estando esta investigación centrada en la prueba testimonial y en la posibilidad de entregar un concepto amplio de ella basado en su naturaleza jurídica que luego permita plantearse la posibilidad de una regulación común de otros medios de prueba que también son testimonios, la polisemia de la palabra se materializará en el sentido de que utilizaremos “prueba” en la mayoría de los casos como “medio de prueba”. Esto porque el objeto de esta tesis está centrado en ellos, en los medios de prueba, más específicamente en la prueba testimonial y cómo esta ha presentado problemas en su análisis, especialmente en los momentos de conformación y valoración de la prueba.

No obstante lo anterior, y aquí la justificación de utilizar el concepto polisémico, es que para nuestra propuesta de estudio amplio del concepto de testimonio plantearemos la necesidad de distinguir entre dos elementos: testigo o sujeto y la declaración o testimonio. El examen de estos elementos por separado, como desarrollaremos en su momento, deberá realizarse en las etapas de conformación y valoración de la prueba, lo que involucrará dejar de lado la acepción de “prueba” como “medio de prueba”, para centrarnos en la prueba como “resultado”. Luego, antes de ello, deberemos analizar cómo estos medios de prueba -nuevamente volvemos a este significado- se van a desarrollar dentro del proceso. Es decir, hablaremos de la prueba como “actividad”.

²⁷ CARNELUTTI. Op. cit. p. 73.

²⁸ *Ibíd.* p. 77.

²⁹ Este aspecto lo profundizaremos en la sección sobre “Finalidad de la prueba”.

³⁰ CARNELUTTI. Op. cit. p. 84.

³¹ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 587.

Todo lo mencionado en el párrafo precedente subyace entonces que a través de la utilización polisémica de “prueba” estaremos realizando el ejercicio de comprobación o corroboración que tiene como objetivo final la demostración de ciertos hechos en el proceso que en concreto se analiza.

2. FINALIDAD DE LA PRUEBA

El análisis sobre la finalidad de la prueba, ligada a la definición de la misma, debe tener en consideración tres posibles teorías que permiten su análisis y que deben ser apreciadas. Estas, si bien provienen de estudios más ligados a la epistemología jurídica, impactan de lleno en lo que analizaremos.

Siguiendo el planteamiento formulado por GASCÓN ABELLÁN, la primera de las teorías es la “objetivista fuerte o acrítica”. Esta es aquella que “entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un estado de cosas existente en un mundo independiente y, al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras, se confía en la obtención de certeza absoluta”³².

La segunda teoría, denominada “subjetivista o constructivista”, “entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor (...)”³³.

Por último, la tercera de ellas, cual es el “cognoscitivismo crítico”, concibe la finalidad de la prueba como la averiguación de la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos³⁴, entendiendo que lo que se logra conocer dentro del proceso es siempre imperfecto o relativo³⁵.

Entendido lo anterior, y según lo que ya revisamos respecto a los conceptos sobre la “prueba”, es posible apreciar que estos se encuentran permeados por la finalidad que cada autor le otorgue a la misma. Muchas veces, más que definirla, el centro ha estado en solamente dilucidar la finalidad que esta tiene dentro de un proceso judicial.

Así, y como se hace una costumbre dentro del derecho en general, tampoco encontramos homogeneidad respecto a la finalidad de la misma. Algunos estiman que la finalidad de la prueba es alcanzar la verdad; otros simplemente señalan que la prueba es el resultado del juicio, algunos mencionan que se busca llegar a la convicción del tribunal y otros

³² GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 17.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.* p. 25.

³⁵ *Ibíd.*

que simplemente se trata de una actividad de comprobación³⁶, siendo esta última la que utilizaremos en esta tesis, pero como parte del concepto utilizado no así de su finalidad misma. Es decir, si bien estimamos que es una actividad de comprobación, una actividad de este tipo debe tener un objetivo, cuál será el que revisaremos en los próximos párrafos.

Es así como podríamos agrupar, dentro de las funciones de la prueba, un conjunto de autores que vincula la finalidad con la idea de convicción judicial³⁷ y otro, aquel que directamente apunta a la idea de verdad dentro del proceso³⁸. Luego, creemos que los primeros, independiente de los términos que utilicen, llevan aparejadas igualmente la idea de búsqueda de la verdad³⁹, por lo que incluso el convencimiento del juez puede ir de la mano de esta. Es por lo anterior, que en esta tesis seguiremos las ideas vinculadas a que la finalidad de la prueba es la búsqueda de la verdad. Si bien se han entregado diversas clasificaciones del tipo de verdad⁴⁰, la que seguiremos es la verdad en el sentido de correspondencia. Así, establecer que la ligazón entre verdad y prueba se basa en la idea de correspondencia, quiere decir que, un enunciado fáctico es verdadero si corresponde con la realidad y con la descripción de los hechos que formula.

En otras palabras, lo que queremos señalar con lo dicho en precedencia, es que hay una adecuación entre el enunciado y los hechos, y no necesariamente con la coherencia del conjunto de enunciados o si el criterio para aceptar como verdadero el enunciado está justificado⁴¹. Así se ha dicho que “la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad”⁴².

La justificación de que en esta tesis sigamos esta idea de verdad como correspondencia está centrada en diversos factores. Uno de ellos es el entendimiento de que, de todas maneras, propugnar la verdad como propósito no es el único objetivo porque existen otros valores en juego⁴³ y porque como bien expuso MUÑOZ SABATÉ, en su momento, si bien “la prueba tiene

³⁶ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 590-591.

³⁷ GUASP DELGADO. Op. cit. p. 25. Montero Aroca (2005). Op. cit. p. 55. En Chile ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 114. En su libro “El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y ejecución”, MONTERO AROCA descarta la búsqueda de la verdad y señala que la finalidad de la prueba sería fijar hechos, convencer al juez y la certeza. MONTERO AROCA (2016). Op. cit. pp. 611 ss.

³⁸ “(...) comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes”. FERRER BELTRÁN (2007) Op. cit. p. 30.

³⁹ En Chile PALOMO VÉLEZ. et al. Op. cit. p. 209.

⁴⁰ Ver TARUFFO. Op. cit. pp. 23-30. Sobre distintos conceptos de verdad también puede revisarse TARUFFO, Michele: *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2012, pp. 37-50.

⁴¹ GASCÓN ABELLÁN (2012). Op. cit. p. 25. Ver también TARUFFO (2008). Op. cit. p. 28.

⁴² TARSKI, A: “La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica (1944) en *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Traducción de N. Smilg, J. Rodríguez, M.J. Frápolli y J.A. Nicolás. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1997, p. 69.

⁴³ *Ibíd.* p. 32. FERRER BELTRÁN (2005). Op. cit. pp. 81-82.

por objeto la búsqueda de la verdad”⁴⁴, esta es, “(...) una verdad a medias”⁴⁵ porque nunca se podría llegar a algo así como una verdad absoluta.

Determinamos lo anterior, porque como nos ha ilustrado TARUFFO, hay siempre dos conflictos que dilucidar cuando nos refiramos a los fines de la prueba⁴⁶, los cuales creemos son los más simples para introducir en nuestra investigación, estos son qué es verdad y cuál es la relación entre verdad y fines del proceso

El primero de los aspectos anteriores, es determinar qué entenderemos por verdad, y específicamente, si adherimos o no a la ya clásica clasificación entre la idea de verdad “judicial” o “especial” y la de una verdad fuera del proceso⁴⁷. La existencia de estos dos tipos de verdad, también denominados “formal” y “material”⁴⁸, no hace más que, desde nuestra perspectiva, relativizar el concepto de la misma⁴⁹, dejando sin significado a la llamada “verdad formal”, y finalmente entendiendo que podríamos encontrarnos antes distintas “verdades” respecto a iguales hechos. Así, como menciona CARNELUTTI, “(...) en substancia, es fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de modo tal que, o la verdad formal o jurídica coinciden con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad (...)”⁵⁰.

El segundo de los aspectos que atenderemos en esta tesis para seguir una idea de verdad como correspondencia, dice relación con profundizar en cuál es el lugar de la verdad en relación con los fines del proceso⁵¹. Este tema es de especial trascendencia porque algunos han señalado que “(...) el proceso en cuanto tal no tiene nada que ver con la búsqueda de la verdad y la determinación de la verdad de los hechos”⁵². Señalar esto, creemos, siguiendo a TARUFFO, es una contradicción entre la teoría de la prueba y el proceso, ya que “(...) se dice habitualmente, en efecto, que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos; en el ámbito de la segunda se dice a menudo, en cambio, que la función del proceso no consiste en absoluto en determinar la verdad de los hechos”⁵³.

Ahora, no estamos de acuerdo con que la función del proceso -en el ámbito civil principalmente-, sea solamente la de resolver conflictos, y omitiendo el encontrar la verdad de los hechos, porque aunque si bien algunos dicen que encontrar la verdad sería solo un subproducto o un efecto colateral de un proceso cuyo objetivo es resolver la controversia entre

⁴⁴ MUÑOZ SABATÉ (1983). Op. cit. p. 57.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán 2ª Edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2005, p. 24.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ MUÑOZ SABATÉ (1983). Op. cit. p. 57.

⁴⁹ MARINONI, et al. Op. cit.

⁵⁰ CARNELUTTI, p. 54.

⁵¹ TARUFFO (2005). Op. cit. p. 25.

⁵² *Ibíd.* p. 27.

⁵³ *Ibíd.* p. 26.

las partes y solo en el interés particular de ellas⁵⁴, no es posible ignorar que incluso esta resolución de los conflictos va de la mano con la verdad o acuerdo con la realidad, es decir, con la verdad como correspondencia.

Es por todo lo anterior que, como enunciamos, en esta tesis hemos de seguir la idea de que los medios de prueba que analizaremos tendrán como meta lograr establecer si el enunciado fáctico que se ha plantea en cada proceso es o no verdadero en relación a si corresponde con la realidad y la descripción de los hechos que se han expuesto.

3. DERECHO A LA PRUEBA

Al momento de analizar la actividad probatoria y la estructura de su procedimiento, lo que ha sido desarrollado por procesalistas y epistemólogos, también se ha realizado, de la mano de este examen, un gran esfuerzo por dilucidar qué es el derecho a la prueba, que abarcaría todo tipo de procesos⁵⁵.

De acuerdo a lo estudiado sobre la materia, en esta investigación, hemos decidido utilizar el concepto de derecho a la prueba que entrega el profesor PICÓ I JUNOY, quien lo ha conceptualizado como aquel “derecho a que se admita toda aquella prueba que, propuesta por alguna de las partes, respete los límites inherentes a la actividad probatoria y los debidos a los requisitos legales de proposición; (...) supone que el medio probatorio admitido sea practicado; y (...) finalmente, en tercer lugar, el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y probado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se le estaría sustrayendo toda virtualidad y eficacia”⁵⁶.

En otras palabras, el derecho a la prueba, es posible de desglosarlo en cuatro facultades: el derecho a la proposición de los medios de prueba; el derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso, la inadmisión motivada; el derecho a la práctica de la prueba admitida y el derecho a la valoración de la prueba practicada⁵⁷.

Creemos trascendental para la presente tesis el entender el derecho a la prueba como lo postula el profesor PICÓ I JUNOY y examinarlo como piedra angular de nuestros argumentos y

⁵⁴ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 21.

⁵⁵ PICÓ I JUNOY, Joan: “Apartado IX. Los procesos declarativos: disposiciones comunes (arts. 248 a 334) en *Práctica procesal civil. Tomo V* (directores Jesús Eugenio Corbal Fernández, Pablo Izquierdo Blanco, Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editores, 2014, p. 3.717.

⁵⁶ PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor S.A., 1996, pp. 21-25. En el mismo sentido PICÓ I JUNOY, Joan: “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Problemas Actuales de la prueba civil* (coordinadores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2004.

⁵⁷ ABEL LLUCH, Xavier: *Derecho Probatorio*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2012, pp. 35-37.

como forma de iluminación al desarrollo de toda esta tesis. Lo señalado, por la relevancia procesal que tiene la actividad probatoria, la cual debe fijar los hechos respecto a los cuales el juez determinará el derecho⁵⁸, además de que es una manifestación del derecho a defensa⁵⁹. Así, tomándonos del tratamiento constitucional que se le da en España y que claramente podemos hacerlo extensible a Chile -aunque en este país no esté constitucionalmente protegido-, el derecho a la prueba debe entenderse como una garantía esencial y vinculante del ordenamiento jurídico que, además, posee un carácter subjetivo, cual es atribuirle al litigante el poder de ejercitarlos y de reclamar su protección⁶⁰.

Así, específicamente en el ordenamiento jurídico español, el derecho a la prueba conlleva los siguientes enunciados: (i) “la garantía prohíbe un resultado negativo de indefensión, por impedimento de cualquier tipo del uso de la prueba (...); (ii) la garantía encierra en sí un aspecto positivo de defensa, que hace de la prueba su herramienta de primera necesidad, hasta tal punto que prueba y juicio es un binomio que va junto de la mano; (iii) la garantía asegura por lo tanto la apertura de la posibilidad de prueba, cuando la parte lo solicita oportunamente, sin cortapisas”⁶¹.

Siguiendo la línea de lo planteado, creemos que este derecho solo excepcionalmente puede verse limitado y siempre de manera restrictiva de acuerdo a una motivada y razonada proporcionalidad entre la limitación y el fin que se busca alcanzar⁶². Así, dentro de él podemos encontrar la necesidad de efectuar una lectura amplia y flexible de las normas probatorias, y una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia de este derecho. Agregando su irrenunciabilidad⁶³.

En otras palabras, siguiendo la definición planteada y sus implicancias para esta investigación en específico, creemos que lo relevante de este derecho dice relación con la admisión, práctica, valoración y posterior toma de decisión que se realiza con de acuerdo a los elementos probatorios de cada juicio, cuya omisión -nos señala el profesor PICÓ I JUNOY-, traería como consecuencia la falta de eficacia del medio de prueba⁶⁴.

Los elementos a los que nos referimos se encuentran dentro de los aspectos subjetivos de los medios de prueba que estudiaremos, comenzando con la etapa de conformación, ya que, siguiendo los aspectos que involucra el derecho a la prueba, debe admitirse toda la prueba propuesta, en relación al testigo o sujeto, y solo realizar un examen respecto a la declaración o

⁵⁸ PICÓ I JUNOY (2014). Op. cit. p. 3.717.

⁵⁹ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 599. Mismo sentido Picó i Junoy (2004). Op. cit.

⁶⁰ PICÓ I JUNOY (2014). Op. cit. p. 3.716.

⁶¹ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 600.

⁶² PICÓ I JUNOY, Joan: “Sección 7º Del interrogatorio de testigos” en *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Tomo II. (director Antonio María Lorca Navarrete). Valladolid, España, Editorial Lex Nova, 2000, p. 2.016.

⁶³ PICÓ I JUNOY (2014). Op. cit. pp. 3.719-3.720.

⁶⁴ *Ibíd.*

testimonio en base a que este sea pertinente, útil y oportuno⁶⁵. Luego, como consecuencia de lo anterior debe poder practicarse la prueba que fue admitida⁶⁶ y luego dicha prueba ser valorada⁶⁷, distinguiendo en este último momento también entre estos mismos elementos: testigo o sujeto y declaración o testimonio.

Así las cosas, el derecho a la prueba viene a cautelar la idea de que al contar con más antecedentes la decisión del tribunal será más correcta y justa, por lo que deberían restringirse las limitaciones a los diversos medios de prueba, especialmente si estas se deben a razones sustentadas en supuestas desconfianzas y criterios basados solo en lo que se ha denominado la fuente del medio de prueba.

4. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

Creemos importante analizar, porque está en concordancia específica a la temática de esta tesis, la distinción referida entre fuentes y medios de prueba, ya que como dijimos este trabajo se refiere a estos últimos. Esta es una de las diferenciaciones más tradicionales que la doctrina ha realizado respecto al estudio de la prueba de manera general, y se justificaría, según CARNELUTTI -quien ha sido de los procesalistas más tradicionales en desarrollarla-, en la necesidad de distinguir entre “(...) la actividad que realiza el juez y el hecho que, por medio de dicha actividad, sirve para procurar el conocimiento del hecho a probar”⁶⁸.

De esta manera, siguiendo al mismo autor, entenderemos en esta investigación que la fuente de prueba es el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad⁶⁹ y como medio de prueba a “la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a aportar”⁷⁰. Para concebirla de mejor manera, algunos autores agregan, aunque en nuestra opinión es solo una formalidad, que con la expresión fuente de prueba nos estaríamos refiriendo a un concepto

⁶⁵ *Ibíd.* p. 3.722.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 3.724.

⁶⁷ *Ibíd.* p. 3.726.

⁶⁸ CARNELUTTI. *Op. cit.* p. 99.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.* p. 102.

Si bien fue CARNELUTTI, dentro de la doctrina más tradicional, fue quien desarrolló los conceptos esbozados, la doctrina en adelante la ha definido de diversas maneras, pero sin alejarse del significado original. Así, serían fuentes de prueba, “aquellas operaciones a través de las cuales se obtiene el resultado que la prueba persigue”. GUASP DELGADO. *Op. cit.* p. 29.

También se conceptualizan como “los hechos percibidos por el juez, de los cuales este obtiene, gracias a una operación mental, el conocimiento de esos mismos hechos o de otros que interesan al proceso”. DEVIS ECHANDÍA, Tomo I *Op. cit.* p. 550, o como “un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso”. MONTERO AROCA, Juan: *Derecho jurisdiccional* (con CALDERÓN CUADRADO, Pía y otros). Tomo II, 27ª Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2019. En Chile PALOMO la ha definido como las fuentes de prueba son “(...) los elementos (objetos o personas) que existen en la realidad y que pueden ser aptos de ser utilizados para los fines de la tarea probatoria de que se nutre la decisión jurisdiccional”. PALOMO VÉLEZ, et al. *Op. cit.* p. 231.

extrajurídico y anterior al proceso, en cambio los medios de prueba serían conceptos jurídicos que nacen y se desarrollan en el proceso⁷¹.

Se justifica en la presente tesis el señalamiento de esta distinción porque si utilizamos el ejemplo de la prueba testimonial, que es nuestro objeto de estudio, “el testigo y su conocimiento (la fuente de prueba) existen, aunque el proceso no llegue ni a plantearse; la prueba testifical (la actividad, el medio de prueba), solo tiene lugar dentro del proceso y en la medida en que se adecue a unas reglas procedimentales concretas”⁷², siendo la fuente de prueba la persona, mientras que el medio es la declaración delante del juez⁷³, o sea, la fuente es el testigo y el medio la declaración, lo que creemos, como revisaremos, debe ser examinado por el juzgador de igual manera, no dando preponderando a uno sobre otro.

A pesar de lo útil que conceptualmente se presenta la distinción planteada, estimamos que esta diferenciación es más teórica que práctica, porque si bien la diferencia entre fuente y medio de prueba “(...) radica en el escenario donde se sitúan, pues mientras las fuentes de prueba se ubican en un plano previo y ajeno al proceso jurisdiccional, los medios de prueba se instalan en el contexto del juicio”⁷⁴, ambos son datos empíricos que sirven de sustento a la actividad y el desarrollo probatorio⁷⁵, y por lo mismo deben ser evaluados al mismo nivel. Así las cosas, lo importante sigue siendo, independiente del nombre que la doctrina le otorgue, el poder contar con todos los antecedentes necesarios para el proceso de toma de decisiones, y entender que en el caso de los medios de prueba considerados como testimonios, tanto el testigo o sujeto que realiza la declaración misma como dicho testimonio deberán examinarse y evaluarse en el mismo nivel al momento de valorar el medio de prueba que servirá para tomar una decisión al respecto.

5. CLASIFICACIONES DE LA PRUEBA

Junto con los aspectos anteriores que hemos revisado, en el estudio de la prueba judicial podemos encontrar un sinnúmero de clasificaciones respecto a la misma⁷⁶ lo que puede generar

⁷¹ MONTERO AROCA et al. (2019) Op. cit. p. 232.

⁷² ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal civil*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2016, p. 188.

⁷³ GUIMARAES RIBEIRO, Darci: “Prueba testifical: protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en Iberoamérica” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 255.

⁷⁴ MENESES PACHECO, Claudio: “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 2 (2008), p. 43. Misma idea en ASENSIO Mellado. Op. cit. p. 187.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 43.

⁷⁶ Solo a modo referencial encontramos como otras clasificaciones aquella referida a las pruebas orales y escritas que han sido vinculadas a las formalidades del proceso. DEVIS ECHANDÍA. Tomo I. Op. cit. pp. 526 ss. En Chile, ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 148.

en variadas oportunidades confusión o superposición de los distintos medios de prueba respecto a ellas. Desde nuestro punto de vista la innumerable cantidad de divisiones que presenta la prueba y en específico, los medios de prueba, tiene fines más bien conceptuales que prácticos ya que en todos los casos de los medios de prueba que son testimonios, lo esencial está dado por miran al mismo nivel el testigo o sujeto y su declaración o testimonio y utilizar estos antecedentes para la realización de las inferencias probatorias que permitan al juzgador llegar a la decisión más justa posible.

Aclarado lo anterior y, en el marco de nuestra investigación, los medios de prueba en los que profundizaremos son obviamente parte de estas diversas clasificaciones que la doctrina ha realizado de la prueba judicial. Ahora, para el objeto de esta tesis doctoral, de estas muchas clasificaciones, nosotros utilizaremos, de forma principal, la referida a pruebas directas e indirectas y aquella que clasifica los medios de prueba en personales y reales.

Respecto a la primera de estas clasificaciones, la cual ha sido de las más tradicionales, pero al mismo tiempo de las más controvertidas, podemos señalar que se la ha definido desde dos perspectivas. La primera, es la que “(...) considera prueba directa a aquella en la que el juzgador entra en contacto personal y directo con dicha realidad de contraste. Mientras que en el caso de la prueba indirecta no se produce tal contacto personal y directo, sino que alguien -una persona- o una cosa -un instrumento o un hecho- se interponen entre el juzgador y el *factumprobandum*”⁷⁷.

En relación con el criterio de distinción entre pruebas directas e indirectas, este estaría dado por “la coincidencia o divergencia del hecho a probar y del hecho percibido por el juez”⁷⁸, respecto al cual las indirectas separarían el objeto de la prueba y el objeto de la percepción⁷⁹, se ha señalado que la diferencia sería más estructural que funcional, por lo complejo que resulta el proceso probatorio indirecto versus el directo siendo siempre la base la percepción de un hecho por parte del juez⁸⁰.

Otra clasificación tiene como criterio su mérito para decidir la contienda de acuerdo a ellas, clasificándose en plenas y semiplenas, como serían la confesión, los instrumentos públicos y las presunciones de derecho. Vinculada principalmente a los sistemas de valoración de la prueba. ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 148.

Otra clasificación está vinculada según si han sido producidas antes del juicio, encontramos las pruebas preconstituidas y, de lo contrario, las pruebas actuales o sobrevinientes. *Ibíd.*

Por último, una tradicional clasificación es entre pruebas históricas, y lógicas o críticas lo que estaría basado en “según que se represente el hecho como en el relato del testigo o la fotografía del suceso, o se deduzca su existencia como en el dictamen pericial y los indicios”. BRISEÑO SIERRA, Humberto: *Derecho Procesal*. Tomo IV, D.F., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969, p. 397.

⁷⁷ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (2015), p. 76.

⁷⁸ CARNELUTTI. Op. cit. p. 86.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.* p. 91.

La segunda perspectiva desde la cual puede revisarse, distingue si la prueba tiene por objeto un hecho que forma parte de la norma jurídica en comento o si es un elemento secundario. En el primer caso sería prueba directa, en el segundo, lo contrario⁸¹.

En otras palabras, se ha entendido clásicamente que las pruebas directas serían aquellas que evidencian el hecho de inmediato y las indirectas, aquellas que lo hacen mediante el conocimiento de otros hechos basándose en deducción o inducción⁸². En el caso de autores del sistema del *common law*, esta clasificación estaría graficaba con el siguiente ejemplo: las pruebas directas serían, “Pablo ha visto a Juan cometer el delito en cuestión”⁸³, en cambio, las pruebas circunstanciales recibirían el nombre de presunciones⁸⁴.

Esta clasificación que ha sido altamente desarrollada, como anunciamos, no ha estado exenta de controversias cuando se ha analizado desde el punto de vista de las inferencias probatorias. Estas últimas han sido caracterizadas como el enlace entre los hechos que se busca probar y las pruebas o indicios de los que disponemos⁸⁵. Así, MIRANDA VÁZQUEZ, plantea la equiparación de los medios de prueba denominados directos e indirectos, señalando que son interdependientes entre sí, sin ser los primeros jerárquicamente superiores que los segundos, otorgándose mutuamente contenido⁸⁶.

En igual sentido se ha ilustrado que, “ahora bien, la diferencia entre prueba directa e indiciaria resulta poco clara. Entre las pruebas consideradas directas encontramos las declaraciones de testigos y las pruebas documentales ¿Qué quiere decir que de ellas “la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato”? Si quiere decir que no es necesaria ninguna inferencia o razonamiento se trata de una falacia”⁸⁷. En otras palabras, es una falacia porque siempre, independiente de si la prueba es clasificable como directa o indirecta, será necesario realizar más o menos inferencias probatorias, por lo que la distinción

⁸¹ *Ibíd.* p. 77

⁸² ANABALÓN SANDERSON. *Op. cit.* p. 148.

Otro autor que también desarrolla este concepto es CORTÉS DOMÍNGUEZ, quien señala que “Hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediarios. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas [STS de 11 de mayo de 2007 (Tol 1116443) y STC 131/1997, de 15 de julio (Tol 81680)]”. CORTÉS DOMÍNGUEZ, et al. *Op. cit.* p.199.

COUTURE, menciona que desde el punto de vista de las partes es un proceso de crear convicción. COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3º Edición, Buenos Aires, Argentina, Roque DePalma Editor, 1958, p. 218.

En relación a esto, DÖHRING menciona que “según, la opinión dominante, la prueba personal debe considerarse directa; la indiciaria, en cambio, indirecta. Estrictamente hablando, sin embargo -y esto ha sido señalado ya repetidas veces por los autores-, las diferentes formas de la prueba personal tampoco son más que una prueba indiciaria”. DÖHRING, Erich: *La prueba. Su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas, 1972, p. 20.

⁸³ BENTHAM. Tomo I. *Op. cit.* p. 31.

⁸⁴ Similar distinción se realiza en la doctrina chilena. Ver PALOMO VÉLEZ et al. *Op. cit.* p. 234.

⁸⁵ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Hechos y conceptos” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, N° 15 (2007), p. 2.

⁸⁶ MIRANDA VÁZQUEZ (2015).*Op. cit.* p. 93.

⁸⁷ GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Hechos y argumentos” en *Jueces para la democracia*, N° 46 (2003), p. 44.

planteada es más bien una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que debemos realizar y de lo evidente de las máximas de la experiencia⁸⁸.

En el marco de esta investigación la distinción entre prueba directa e indirecta tendrá relevancia porque se ha sostenido por la doctrina tradicional que los testigos se encontrarían dentro de la primera de estas categorías y que, además, en variadas ocasiones se ha utilizado la presente clasificación para incluso definir el medio de prueba testimonial por lo que creímos importante referirnos a ella. Luego, insistiendo con nuestro punto inicial entendemos estas clasificaciones como un ejercicio más bien teórico y que su aplicación para el re-análisis que plantearíamos de este medio de prueba ella no tendrá mayor asidero porque a lo que nos referiremos será a la cantidad de inferencias probatorias que utilizaremos.

En otras palabras, este trabajo lo que hará es criticar, desde una perspectiva teórica, el cómo se ha abordado el estudio de la prueba testimonial y el por qué la mera utilización de este tipo de clasificaciones no aporta a la aplicación y examen correcto que debe otorgarse a este medio de prueba. Más aún, mirar la prueba testimonial solo como una prueba directa o no -en su sentido tradicional-, impide entrometerse en su naturaleza jurídica y no permite tampoco dejar de lado el centralismo en el sujeto que tanto daño le ha hecho a este medio de prueba y al que nos abocaremos en más detalle con la próxima clasificación.

Lo antes dicho, como se revisará en el último capítulo, no solo es propio de la prueba testimonial, sino que podremos revisar cómo se hace extensivo a otros medios de prueba que comparten la naturaleza jurídica de testimonios como son la prueba pericial y la declaración de las partes.

Señalado lo anterior, la segunda de las clasificaciones a las que haremos especial mención durante este trabajo, es aquella entre pruebas personales y reales. Esta clasificación se refiere a la estructura⁸⁹ del medio de prueba, es decir, serán pruebas personales, las que “suministra un ente humano” y reales las que son posibles de deducir del estado de las cosas⁹⁰.

En la presente tesis esta clasificación es importante porque cuando analicemos, en el último capítulo, los elementos comunes de la prueba testimonial, pericial y la declaración de las partes, uno de los criterios tomados en consideración será que los tres pueden clasificarse como medios de prueba personales.

Al revisar estos medios de prueba desde la perspectiva de que son aquellos que la doctrina ha definido como personales, revisaremos que ello denota en sí el hecho de que en el caso de la prueba testimonial -después veremos que también sucede en la pericial y declaración

⁸⁸ *Ibíd.* p. 45.

⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA. Tomo I. Op. cit. p. 526.

⁹⁰ BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 30.

de partes- el centro de su análisis se encuentra en el testigo o sujeto. Este centralismo ha traído como consecuencia que su análisis tenga como objetivo principal, más que revisar el contenido de lo que ese testigo, perito o parte aportará, quién es la persona que lo aporta y cómo sus eventuales intereses podrían ser determinantes para introducir la prueba en juicio y luego, especialmente, para valorarla solo examinándose a este sujeto.

En otras palabras, al ser un medio de prueba personal, el sujeto influye de manera sustancial en el análisis de la declaración o testimonio que este presta, contaminándolo. Luego, es claro que la definición de pruebas personales se vincula inmediatamente a un centralismo en el sujeto que desarrolla el medio de prueba respectivo ignorando el contenido de lo que dicho sujeto declarará u otorgándole un menor valor que el debido, siendo que ambos elementos - testigo o sujeto y declaración o testimonio- deben evaluarse de forma equilibrada y en el mismo nivel.

6. ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Dentro del proceso de toma de decisiones, y especialmente para la comprobación del elemento fáctico, se hace necesaria la superación de ciertas etapas propias de un proceso judicial. Estas etapas no siempre se encuentran determinadas en la ley -en la legislación procesal civil española son más claras, no así en la chilena-, así como tampoco la doctrina es unánime en sus denominaciones y contenido.

La estructura probatoria dentro de un proceso, como bien ha señalado CARNELUTTI, corresponde a “(...) un proceso típico o un medio de búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos”⁹¹. Así, es posible distinguir de manera general, un momento de recolección del material probatorio; otro en que el medio probatorio en sí se presenta en juicio y se desarrolla como tal y, por último, aquel momento en que el juzgador debe analizar los medios de prueba que se analizarán y tomar una decisión.

Desde el ámbito procesal más tradicional español ha sido SERRA DOMÍNGUEZ quien ha intentado dividir la actividad probatoria en las fases de conversión y comparación⁹². La primera de ellas estaría compuesta por un período de traslación, es decir, llevar a la presencia del juez los hechos de la realidad a través de sucesivas afirmaciones⁹³, y un período de fijación, que es el referido a lo que entendemos por valoración de la prueba, la cual no solo tiene un aspecto jurídico sino psicológico y humano y que se realiza a través de las máximas de la experiencia⁹⁴.

⁹¹ CARNELUTTI. Op. cit. p. 85.

⁹² SERRA DOMÍNGUEZ (2009). Op. cit. p. 39.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ *Ibíd.* p. 33.

Por último, la fase de comparación que es la que el autor citado relaciona con la carga de la prueba⁹⁵.

Siguiendo el mismo esquema anterior, MONTERO AROCA nos menciona una primera fase esencial que sería la referida a determinar la necesidad de prueba en un proceso, que luego da paso a que las partes propongan dicha prueba y el tribunal determine la admisión de la misma⁹⁶. Realizado lo anterior, se distinguiría una fase de práctica de la prueba⁹⁷, que varía dependiendo del medio de prueba, que tendría como excepciones la posibilidad de anticipación de prueba⁹⁸ y de la práctica de la prueba en la apelación⁹⁹. Por último, y de manera separada el autor analiza el momento de valoración de la prueba¹⁰⁰.

Es necesario señalar que esta última estructura del procedimiento probatorio, no difiere tampoco de la que realiza DEVIS ECHANDÍA quien señala tres grandes etapas¹⁰¹, cuales son la de producción y obtención de la prueba, que involucraría los momentos de obtención, ofrecimiento, admisión y práctica de la misma; una etapa de asunción de la prueba; y una última de valoración.

Por último, una variación que creemos necesario mencionar es la que desarrolla FERRER BELTRÁN¹⁰², quien distingue tres etapas, las cuales, si bien son claramente identificables, se encuentran entrelazadas¹⁰³. Las etapas que este autor plantea son: “a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos, y c) propiamente, la adopción de esa decisión”¹⁰⁴. La diferencia fundamental que dicho autor presenta con la doctrina procesal citada es que no distingue el momento de la práctica de las pruebas admitidas. Creemos que dicha etapa es crucial y debe ser atendida porque de nada sirve que las pruebas hayan sido admitidas, si luego lo presentado por las partes no será escuchado¹⁰⁵. Además, y aunque reconoce que son etapas relacionadas, diferencia el momento de la valoración, con el de adopción de la decisión o aplicación de un estándar probatorio.

Tomando en consideración lo anterior, procesalmente es importante realizar la distinción señalada -entre valoración y aplicación del estándar-, destacando además, respecto a

⁹⁵ *Ibíd.* p. 37.

⁹⁶ MONTERO AROCA (2005) *Op. cit.* pp. 173-183.

⁹⁷ *Ibíd.* pp. 184-202.

⁹⁸ *Ibíd.* pp. 202-206.

⁹⁹ *Ibíd.* pp. 206-219.

¹⁰⁰ *Ibíd.* pp. 543-557.

¹⁰¹ DEVIS ECHANDÍA. Tomo I. *Op. cit.* p. 276.

¹⁰² FERRER BELTRÁN (2007). *Op. cit.* p. 41. Otros autores, como COUTURE, se refieren a los siguientes tres momentos de la prueba: ofrecimiento, petitorio y diligenciamiento. COUTURE. *Op. cit.* pp. 249-253; DÖHRING, se refiere a las fases de colección de probanzas y apreciación de las pruebas. DÖHRING. *Op. cit.* pp. 15-19.

¹⁰³ FERRER BELTRÁN (2007). *Op. cit.* p. 41.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ VÁZQUEZ ROJAS, Carmen: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015, p. 28.

las diversas etapas, una especie de momento intermedio que sería la práctica de los medios de prueba, porque procesalmente se tornan fundamentales las formalidades y el modo de desarrollar los medios de prueba al depender de ella qué información es finalmente introducida y cómo la intervención de los diversos actores al proceso permite una mayor cantidad y precisión de los conocimientos que ingresan.

Ahora, es posible apreciar que, de una u otra forma, tanto desde el ámbito del derecho procesal como desde la epistemología jurídica, las etapas de la actividad probatoria son medianamente similares y corresponden a la forma común en que tomamos decisiones incluso en la vida diaria. Las variaciones se encuentran en el enfoque propuesto por cada autor, como ya revisamos, sumado a que en cada legislación en particular variarán dependiendo de la estructura, principios y formalidades del procedimiento.

Es así como en un procedimiento oral se aprecia con claridad la etapa de conformación del material probatorio en una audiencia previa, y la práctica de las pruebas, la valoración y finalmente la toma de la decisión, en la audiencia de juicio. En cambio, en un procedimiento escrito, la distinción entre las etapas es más confusa o a veces inexistente -ya lo desarrollemos en el procedimiento civil chileno-.

Para efectos de la presente tesis, estableceremos que la estructura de la actividad probatoria está compuesta, en general, por una etapa de conformación del material probatorio; otra de práctica de los medios de prueba; y finalmente, un momento de valoración y toma de la decisión.

Quisiéramos mencionar que en las próximas líneas caracterizaremos de forma breve y general las diferentes etapas que nos servirán de base para el desarrollo específico de la materia que nos convoca en este trabajo doctoral. En el caso de lo que señalamos como fase de práctica del medio de prueba, esta depende de cada legislación y de cada medio de prueba en específico, por lo que nos referiremos a ello según corresponda y, en relación al procedimiento chileno y español, en el epígrafe correspondiente.

6.1. CONFORMACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO

En todos los procesos de toma de decisiones se hace necesario contar con la mayor cantidad de antecedentes que permitan comprobar los enunciados sobre los hechos planteados, como ya señalábamos en el desarrollo del derecho a la prueba. Así, y si bien puede existir una

imposibilidad material de contar con todos ellos, está claro que es mejor tener en un proceso un mayor número de antecedentes, porque de esa manera, en teoría, el error judicial disminuirá¹⁰⁶.

Si miramos en un primer momento el proceso judicial, sin regirse por una legislación específica, es posible observar que este se encuentra compuesto por diversas reglas referidas a la conformación del material probatorio que “nos dicen lo que puede y no puede ser parte de un argumento”¹⁰⁷; siendo los principales y más generales elementos que se toman en consideración para dicha inclusión, la pertinencia y relevancia¹⁰⁸. Para explicarlos, tomaremos como referencia lo señalado por algunos procesalistas tradicionales y complementaremos con pensadores del ámbito de la filosofía quienes, que como bien expone NIEVA FENOLL, han tratado de “(...) ordenar y sistematizar las fases que conducen a una determinada conclusión”¹⁰⁹.

En el caso de la pertinencia, en este trabajo seguiremos la idea de que esta se refiere a la relación entre el hecho que se acreditará mediante un medio de prueba específico y los hechos objeto de la controversia¹¹⁰. De esta manera, entenderemos que no serán admitidos aquellos hechos que no han sido controvertidos dentro del juicio, los hechos denominados como notorios -aunque estos eventualmente igual podrían probarse-, las presunciones legales -solo en lo referido a la presunción legal, no al hecho base que la construye-, y en general, toda aquella prueba que podríamos considerar como irrelevante.

Ahora, el principio de relevancia es aquel que tiene “en todos los sistemas (...) una función negativa o excluyente, y opera como una norma según la cual algunos medios de prueba deben ser directamente rechazados (...).”¹¹¹. Esta ha sido entendida como un principio que debe analizarse de manera hipotética ya que “(...) se basa en una conexión lógica entre el enunciado que expresa el resultado positivo esperado del medio de prueba y un enunciado acerca de la existencia de un hecho litigioso”¹¹².

El mismo sentido utilizado en el párrafo anterior es al que se refiere PÁEZ PEÑUELA, quien menciona que “es necesario que exista un grado mínimo de probabilidad, un umbral a partir del cual el juzgador puede admitir la evidencia. (...) Un fuerte efecto sobre la probabilidad de una hipótesis indica la alta relevancia de la evidencia, un efecto que otros hechos menos relevantes no tienen”¹¹³.

¹⁰⁶ LAUDAN, Larry: *Verdad, error y proceso penal*. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 22.

¹⁰⁷ ANDERSON, et al. Op. cit. p. 359.

¹⁰⁸ PICÓ I JUNOY (2004). Op. cit. p. 43.

¹⁰⁹ NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 99.

¹¹⁰ PICÓ I JUNOY (2004). Op. cit. p. 45.

¹¹¹ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 41.

¹¹² *Ibíd.* p. 39.

¹¹³ PÁEZ PEÑUELA, Andrés: “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio” en *Isonomía*, 40 (2014), p. 114.

De esta manera, el objetivo de la relevancia es no introducir en juicio elementos que se entienden inútiles o inconexos, ya que esta característica es constitutiva de la prueba, porque solo aquello puede entenderse como tal, o sea, solo será relevante un elemento si es útil para establecer la confirmación de la hipótesis referida ¹¹⁴.

Así, debemos “(...) establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso”¹¹⁵, y luego si esos elementos son relevantes para el juicio. Ergo, “en términos generales, los problemas de admisibilidad serán resueltos por la aplicación de reglas más bien precisas que definen cuando cierta información puede ser presentada en juicio y cuando debe ser excluida de este”¹¹⁶.

Entendidos estos dos criterios -pertinencia y relevancia- como los determinantes para decidir qué será incluido como antecedente para probar los enunciados sobre los hechos, cabe señalar que en general, y aparte del análisis del caso concreto en relación a pertinencia y relevancia, debe también examinarse si el sistema jurídico en el que el proceso se desarrolla tiene normas de exclusión específicas.

Es preciso señalar que el tipo de normas citadas “(...) no favorecen o incluso entorpecen o limitan en algunos casos la averiguación de la verdad: así las reglas de exclusión probatoria, la limitación temporal del proceso, la regla de eficacia de cosa juzgada son ejemplos claros de lo indicado”¹¹⁷, es decir, se han justificado en la protección de otro tipo de valores. En este sentido se ha mencionado que “(...) en la base de estas y otras variaciones se pueden encontrar siempre explicaciones, especialmente de carácter histórico o razones sistemáticas debidas a la exigencia de tutelares valores considerados como prevalecientes”¹¹⁸. Así, simplemente el juez debe analizar si la prueba reúne determinadas condiciones para entrar en el proceso; no obstante, los criterios para examinar dichas condiciones son por regla general juicios de derecho e históricos¹¹⁹.

Como ejemplos de normas que en virtud de valores permitan excluir antecedentes que de todas formas son relevantes, surge aquella que se obtuvo con violación de derechos del acusado, la que tiene su origen en relaciones privilegiadas que el acusado entabló con ciertos

¹¹⁴ TARUFFO (2005). Op. cit. p. 375.

¹¹⁵ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 37.

¹¹⁶ COLOMA CORREA, Rodrigo; PINO YANCOVIC, Mauricio; MONTECINOS SANHUEZA, Carmen. Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal. “*Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*”, XXXIII, 2009, p. 305.

¹¹⁷ DEL RÍO FERRETTI, Carlos: “Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34 (2010), p. 356.

¹¹⁸ TARUFFO (2005). Op. cit. p. 376.

¹¹⁹ MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica procesal*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2012, pp. 22-23.

profesionales o familiares -casos de secreto profesional-, la ilegalmente obtenida, o la de un testimonio autoincriminatorio, estos principalmente en materia penal¹²⁰.

Otros ejemplos específicos que se han dado al respecto, con el objetivo concreto de evitar errores, son la obligación de presentar el documento original o aquel que se encuentre en una escritura pública, excluyéndose la prueba testimonial -como veremos en el caso chileno-, ahora, en el caso del *common law*, revisamos específicamente la del testimonio de oídas, o cualquier elemento que *per se* puede complicar la decisión sobre el hecho litigioso¹²¹. Respecto a la evitación de actuaciones procesales inútiles, se pueden mencionar también aquellas reglas que tienen por objeto evitar el riesgo de demoras excesivas, pérdidas de tiempo o adquirir pruebas innecesarias que solo se acumulen en el proceso¹²², y por último, normas a las que TARUFFO se refiere como privilegios, que son aquellas que buscan protección de ciertos valores, como secretos de Estado, privacidad personal o ciertos motivos personales que, como veremos, permiten que, en el caso de la prueba testimonial, no se declare o se declare de forma especial.

Así, toda prueba relevante deberá incluirse en juicio, a no ser que las partes soliciten actividad probatoria no prevista en la ley; si dicha prueba no se propone y practica en la forma establecida por el legislador, o si la legislación pertinente limitó el número o tipo de medios de prueba en una clase de juicios¹²³.

Por último, creemos necesario mencionar que es de toda lógica que al momento de conformar el material probatorio se excluyan aquellos antecedentes que entendemos como irrelevantes en relación al proceso, siendo este en general el único criterio que debiese considerarse para excluir. Esto, en todo caso, no implica ignorar que dentro de un proceso conviven otros principios o valores, debiendo estos ser considerados, pero también teniendo presente que muchas veces nos encontramos con normas de inadmisibilidad que, creemos, no se justifican, porque solamente “(...) el juez debería excluir aquellas pruebas cuyo eventual efecto perjudicial indebido pesa sustancialmente más que su valor probatorio legítimo”¹²⁴. En otras palabras, “ninguna prueba, ningún testimonio, debe excluirse, por el solo temor de ser engañado”¹²⁵.

¹²⁰ LAUDAN. Op. cit. p. 46.

¹²¹ ZUCKERMAN, Adrian: *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*. Reino Unido, Sweet & Maxwell, 2013, p. 960.

¹²² TARUFFO (2008). Op. cit. p. 50.

¹²³ *Ibíd.* pp. 146-147. En el caso argentino, ALVARADO VELLOSO señala de forma general, que serán criterios de inadmisibilidad los referidos a aquellos medios de prueba “prohibido por la ley, ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo y el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes o sin haberse ordenado regularmente por el juez competente en el pleito o el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada o afecta la libertad, la moral, de los litigantes o terceros. Es medio confirmatorio impertinente el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso”. ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 169.

¹²⁴ ANDERSON (et al.) Op. cit. p. 294.

¹²⁵ BENTHAM, Tomo III, Op. cit. p. 144.

En el próximo capítulo detallaremos en los apartados específicos del procedimiento chileno y español los criterios y normas de exclusión que cada uno de dichos sistemas jurídicos presenta.

6.2. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y TOMA DE LA DECISIÓN

Señalábamos, al inicio de este apartado, que dentro de la estructura probatoria y desarrollada la fase referida a la conformación del material probatorio, venía entonces la práctica de las pruebas que, en el caso de esta investigación, y por su particularidad, será desarrollada en los epígrafes específicos de cada legislación. Consecuencialmente, y luego de que las partes practiquen cada medio de prueba, será labor del juez, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ¹²⁶, realizar la fijación de dichos elementos probatorios.

Lo que el autor mencionado denominó como período de fijación, es equivalente a la etapa de apreciación que nombra MONTERO AROCA y que involucra la interpretación y la valoración¹²⁷, o simplemente la señalada etapa de valoración mencionada por NIEVA FENOLL¹²⁸. Esta última será la terminología que utilizaremos en este trabajo: “etapa de valoración de la prueba”.

De esta forma, se ha entendido por valoración de la prueba a la “actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso”¹²⁹, y más específicamente aquella actividad que “(...) tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio”¹³⁰⁻¹³¹.

En este momento de la actividad probatoria se deberán analizar de manera individual los medios de prueba presentados para establecer si son o no capaces de corroborar la hipótesis propuesta. Este examen se realizará dependiendo del sistema de valoración que siga cada procedimiento, aunque serán las máximas de la experiencia las que determinarán la valoración

¹²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ (2009) Op. cit. p. 39.

¹²⁷ MONTERO AROCA, et al. (2019). Op. cit. pp. 237.

¹²⁸ NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 34.

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 132.

Otros autores españoles como BONET NAVARRO la han definido como “operación intelectual realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos mediante, según los casos, la convicción judicial o la constatación de los presupuestos legalmente previstos”. BONET NAVARRO, José: *La prueba en el proceso civil Cuestiones fundamentales*. Madrid, España, Difusión Jurídica, 2009, p. 237.

DE PAULA PÉREZ: “conjunto de operaciones mentales que el órgano jurisdiccional, poniendo a contribución toda su ciencia jurídica, las normas que el Derecho objetivo le ofrece, y el complejo material instructorio obrante en el proceso emite un juicio estimativo en orden a la eficacia o ineficacia del medio o medios incorporados para acreditar el tema probandi”. DE PAULA PÉREZ, Alfonso: *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*. Madrid, España, Instituto Editorial Reus S.A., 1968, p. 188.

de la prueba. De esta manera, reconoceremos de forma general un sistema de libre valoración y otro de prueba legal o tasada, los cuales se diferenciarán, de manera global, en relación a que en el primero la ley permite que el juez aplique libremente las máximas que ha adquirido en su experiencia de vida, en cambio, en el sistema de prueba legal la ley establece la máxima de la experiencia en la norma y se la impone al juez¹³².

Así las cosas, el sistema de prueba legal o tasada es aquel en que se aplican reglas establecidas por el legislador, estableciendo con anterioridad y de forma general el valor probatorio de los medios de prueba¹³³. En este sistema la ley es la que fija las reglas de sana crítica estableciendo un resultado para cada medio de prueba; así, la ley recopila reglas de sentido común que se vuelven rígidas al quedar legalmente fijadas¹³⁴.

En este sistema de valoración, se le entregan *ex ante* al juzgador todas las pautas para tener en consideración al momento de valorar, pero también abarca más allá de esta etapa como tal, porque enumera los medios de prueba de los cuales las partes pueden hacerse valer, es decir, se “(...) prescinde del convencimiento del juzgador. El legislador, sea por respeto al principio de aportación de parte o en aras de la seguridad jurídica, introduce normas que contemplan medios de prueba mediante los cuales se producirá la fijación fáctica, o al menos la favorecerá, solamente cumpliendo las exigencias que la misma norma establece”¹³⁵.

En otras palabras, cuando nos referimos a un sistema de prueba legal o tasada no solo estamos considerando la valoración de cada medio de prueba, sino que en una etapa previa este sistema enlista cuáles son los medios de prueba que podrán utilizarse por las partes.

Opuesto al sistema anterior nos encontramos con el de libre valoración de la prueba. Este sistema tiene por objetivo determinar el valor probatorio de cada medio de prueba específico mediante una valoración que realizará el juzgador mediante estándares flexibles y razonabilidad¹³⁶. Así, “no se debe confundir la libre valoración de la prueba con la discrecionalidad judicial”¹³⁷, debiendo explicarse el cómo y por qué se llegó a la decisión final dentro de un proceso. Como menciona MIRANDA VÁZQUEZ, “la libre convicción no tiene más alcance que liberar al juzgador de los corsés impuestos desde un sistema tasado de valoración de la prueba. El juez deja de ser un aplicador autómatas de criterios ajenos a su persona. Debe

¹³² MONTERO AROCA et al. (2019). Op. cit. p. 238.

¹³³ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 133. ASECIO Mellado lo define como aquel en que “el legislador establece en la propia ley el valor que el Juez ha de otorgar a los diferentes medios probatorios limitando, pues, las facultades valorativas del juzgador que se ha de ceñir a los resultados objetivos expresos en cada medio practicado” ASECIO MELLADO. Op. cit. p. 179.

¹³⁴ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 652.

¹³⁵ BONET NAVARRO. Op. cit. p. 240.

¹³⁶ DAMASKA, Mirjan: *Derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó I Junoy. Madrid, España, Marcial Pons, 2015, p. 34.

¹³⁷ ABEL LLUCH, Xavier: “Estudio doctrinal. El interrogatorio de testigos” en *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba* (directores Xavier Abel Lluch, Jona Picó i Junoy). Bosch Editores. 2008, p. 103.

confiarse a su razón. En el bien entendido, claro está, de que, ahora más que antes, tiene que dar buena cuenta del ejercicio de su libertad”¹³⁸.

Ahora, la libertad planteada respecto al sistema de libre valoración no es absoluta, y tradicionalmente se ha entendido que esta se encuentra limitada principalmente por las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios de la lógica.

Las máximas de la experiencia no son más que una regularidad empírica¹³⁹, que ha servido para plasmar que la valoración de la prueba se rige por criterios lógicos y no simplemente queda expuesta al arbitrio del tribunal¹⁴⁰. En otras palabras, serán definiciones o juicios hipotéticos generales, que son independientes del caso particular, pero anteriores de la experiencia¹⁴¹. Este sistema de libre de valoración, pero con ciertos límites, se concretiza a través del sistema de sana crítica, que es aquel, según nos ilustra ABEL LLUCH, que se relaciona específicamente con las máximas de la experiencia¹⁴² o también entendido como “(...) las máximas o cánones que condensan regularidades fenomenológicas, comprobadas empíricamente o tan solo experiencialmente”¹⁴³.

Cabe señalar que si bien en el sistema procesal civil chileno sigue rigiendo el sistema de prueba legal o tasada, con excepción de la prueba pericial que se valora conforme a las reglas de la sana crítica y la testimonial que es una especie de prueba legal atenuada, como ya revisaremos, en la mayoría de las legislaciones procesales civiles -España incluida-, el sistema más aceptado es el de la sana crítica porque “(...) es sin duda, el método más eficaz de valoración de la prueba. Sin los excesos de la prueba legal, que llevan muchas veces a consagrar soluciones contrarias a la convicción del juez, pero también sin los excesos a que la arbitrariedad del magistrado podría conducir en el método de la libre convicción tomado en sentido absoluto, reúne las virtudes de ambos, atenuando sus demasías”¹⁴⁴.

Como última etapa, y ya esbozada al inicio de este apartado, habiéndose realizado el proceso de valoración de la prueba, de la manera ya expuesta, hay ciertos autores que plantean que hay un último eslabón de la actividad probatoria que sería la aplicación del estándar de prueba o, como mencionaba FERRER BELTRÁN, la adopción de una decisión¹⁴⁵. Así, para este trabajo entenderemos como estándar de prueba aquel criterio para establecer cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho o, más bien, cuándo se justificaría tener por verdadera una

¹³⁸ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “La intermediación judicial como presupuesto fundamental de la valoración en conciencia de la prueba personal (trece argumentos en contra de esta tesis)” en *Revista Jueces para la Democracia*, 82 (2015), p. 17.

¹³⁹ GONZÁLEZ LAGIER (2003). Op. cit. p. 43.

¹⁴⁰ NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 212.

¹⁴¹ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 650.

¹⁴² ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 102.

¹⁴³ MIRANDA VÁZQUEZ (2016). Op. cit. p.8.

¹⁴⁴ COUTURE. Op. cit. p. 270.

¹⁴⁵ FERRER BELTRÁN (2007). Op. cit. p. 41.

hipótesis¹⁴⁶ y de esa manera tomar la decisión de acoger o rechazar la demanda, en el caso civil, o de absolver o condenar, en materia penal.

Así, al referirnos al estándar probatorio, nos situamos ante la proposición: “está probado que p”, es decir, a través de la regla de estándar se está analizando si el enunciado es verdadero o falso. Será verdadero si hay elementos de juicio suficientes a favor de p y falso cuando estos sean insuficientes, independiente de la verdad o falsedad de la proposición¹⁴⁷.

No obstante lo anterior, en el ámbito del derecho continental, y aunque si bien se han establecido por el legislador ciertas reglas de estándar -a modo de ejemplo el caso chileno en materia penal-, hay autores que precisan que el equivalente a las normas de estándar en nuestro sistema legal serían las reglas de valoración de la prueba y la motivación de la sentencia¹⁴⁸.

Luego, a diferencia del sistema continental “(...) los estándares de prueba del *common law* responden a los principios propios del sistema anglosajón, en el que existen casos, particularmente penales, sometidos a la decisión de un jurado que precisa de instrucciones, mientras que las reglas de valoración de la prueba responden al modelo de decisión de un juez profesional, más característico del *civil law*. En ambos sistemas, y cualesquiera que sean sus principios, es necesario establecer mecanismos de objetivación y control de la decisión judicial y en ambos sistemas el juez debe ser capaz de exteriorizar los motivos racionales de su decisión”¹⁴⁹. De todas maneras, creemos que independiente del sistema en el que nos encontremos, el establecimiento de estándares probatorios debe objetivarse porque ellos permiten racionalizar la decisión y así se podrá controlar no solo por las partes sino también por terceros la misma. A ello se agrega que son una forma de distribuir los errores judiciales.

En definitiva, el último peldaño de la actividad probatoria está íntimamente ligado a la valoración, ya que independiente del nombre que se le otorgue, se realiza de manera simultánea. Demás está decir, como se profundizará en los siguientes capítulos, que en estos momentos de la actividad probatoria no es solamente esencial la aplicación de las normas correspondientes de valoración, sino que aplicadas estas se hace patente la necesidad de determinar cómo se motivará la decisión ya que, como dijimos recientemente, esto permite un fallo objetivo y controlable.

¹⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina: “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” en *Doxa*, n. 28 (2005), p. 129.

¹⁴⁷ FERRER BELTRÁN (2005). Op. cit. p. 36.

¹⁴⁸ ABEL LLUCH, Xavier: “La dosis de prueba: entre el “common law” y el “civil law”” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35 (2012), p. 192.

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 200.

CAPÍTULO II. PRUEBA TESTIMONIAL

Este capítulo tiene como propósito revisar el tratamiento que la doctrina y la legislación han otorgado a la prueba testimonial, desarrollando un análisis de los elementos que se encuentran presentes en las diversas terminologías utilizadas para referirse a este medio de prueba.

La primera de las razones por las que resulta trascendental realizar este análisis es porque nos permitirá revisar y criticar el tratamiento que, tanto en España como en Chile, se le ha dado a este medio de prueba. Así, será posible apreciar solo de los títulos de los apartados correspondientes a la prueba testimonial en la legislación respectiva que, el centro de la misma es siempre el testigo, lo cual tiene importantes consecuencias en relación a la forma en que el juez admitirá y valorará este medio de prueba.

Así, en España la Sección 7ª del Capítulo IV, Título I del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, recibe el nombre “Del interrogatorio de testigos”; y en Chile, el punto 3 del Título XI del Libro Segundo se denomina “De los testigos y de las tachas”.

Por otra parte, será posible observar también cómo la dogmática ha descrito este medio de prueba, refiriéndose al mismo, ya sea como prueba testimonial, prueba testifical, interrogatorio de testigos o testimonio, permitirá examinar los aspectos diferenciadores y lo comunes de estas tres definiciones. Luego, examinaremos en las próximas páginas los problemas aparejados a dichos conceptos, que impactan de lleno en cuál ha sido el énfasis de estudio de este medio de prueba y cuáles elementos han sido obviados.

Además de lo anterior, uno de estos cuatro conceptos, el de testimonio sin más, será la llave para introducirnos en el capítulo siguiente de esta investigación, sobre una definición amplia de testimonio y observar la posible convergencia entre conceptos. Luego, además, permitirá en el último de los capítulos revisar la posibilidad parcial o total de, admitiendo un concepto más amplio de testimonio, regular de forma común los mismos.

De la mano de los conceptos reseñados, revisaremos las definiciones que se han otorgado sobre el testigo y las tachas. Primeramente, y en relación a la definición de testigo, el examen se realizará por dos razones: la primera es que en ciertos casos la prueba testimonial ha sido definida a partir de la idea de dicho sujeto, y en segundo término, porque este medio de prueba ha estado centrado en quien lo realiza -ya profundizaremos al respecto-, y, por lo tanto, los problemas que hemos detectado se deben a dicho centralismo.

En segundo lugar, y ligado claramente al desarrollo del testigo, se encuentra la institución de las tachas. Por lo tanto, revisaremos el concepto desde una mirada más bien general -como será la tónica en este apartado sobre conceptos tradicionales-, para profundizar luego en la legislación española y chilena en torno a las mismas. La institución de las tachas viene también en demostrar el centralismo que desarrollaremos respecto al testigo y las implicancias de ello.

Por último, analizaremos la clasificación que consideramos principal de este medio de prueba, el testimonio de oídas, y sus implicancias en el examen que el juez realiza. La vincularemos al contexto de la legislación correspondiente para luego así poder determinar el impacto que puede tener en un concepto más general de testimonio.

Acabaremos el capítulo estableciendo los aspectos problemáticos que conlleva el tratamiento otorgado a la prueba testimonial y por qué se hace necesario un nuevo análisis.

1. PRUEBA TESTIMONIAL

1.1. UN CONCEPTO DE PRUEBA TESTIMONIAL

Suele ser común referirse a este medio de prueba usando la terminología de prueba testimonial. Señalamos que es la más común porque es la que tradicionalmente fue ocupada en los países latinoamericanos para referirse a este medio de prueba. En España, como revisaremos, se utiliza más comúnmente la de prueba testifical y/o la de interrogatorio de testigos.

Dentro de las definiciones que revisamos de prueba testimonial, la idea más uniforme y general es que es un medio de prueba que proviene de la declaración de un tercero, quien es una persona física que declarará sobre hechos pasados que percibió. Ello, por ejemplo, como la define ANABALÓN SANDERSON, respecto al derecho chileno, quien menciona que la prueba testimonial es aquella que proviene de las declaraciones de los testigos, es decir, de aquellos terceros al juicio que declaran sobre hechos que presenciaron o de los que tienen referencia para de esa forma ilustrar al juez y que pueda dictar su respectivo fallo¹⁵⁰.

En la definición transcrita encontramos un elemento distintivo para caracterizar la prueba testimonial, cual es el haber presenciado o tener referencia sobre el hecho que declararán. Sin embargo, esa referencia podría estar ligada a la percepción con otros sentidos

¹⁵⁰ ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 187.

En Argentina PALACIO formula un concepto similar: “la prueba testimonial o de testigos es aquella que consiste en la declaración, prestada ante un órgano judicial, por personas físicas que no sean sujetos necesarios del proceso, acerca de sus percepciones y deducciones de hechos pasados concernientes al objeto sobre el cual aquel versa”. PALACIO, Lino Enrique: *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot S.A, 2000, p. 83.

que no sean la visión y por tanto encontrarse en un concepto amplio de percepción. Dentro del concepto de este autor no queda clara la posibilidad que tendría el testigo de emitir opiniones.

Siguiendo en el ámbito de la doctrina chilena, quienes utilizan la terminología que examinamos -prueba testimonial-, hay autores que la conceptualizan a partir de la clasificación entre prueba personal y real, y así consistiría fundamentalmente “(...) en la declaración sobre un hecho relevante para el objeto de la prueba, realizada por un sujeto que afirma tener conocimiento de tal hecho. A este sujeto que presta la declaración se le conoce bajo la determinación de testigo”¹⁵¹.

Así, este medio de prueba, es una prueba personal, en que debe ser testigo, un tercero extraño, que declara sobre circunstancias pasadas respecto a ellos que percibió y tiene conocimiento¹⁵², o en otras palabras, “la prueba testimonial constituye un medio probatorio de naturaleza personal que consiste en un relato usualmente oral realizado en presencia del juez y de los litigantes en la audiencia que ha sido fijada para estos efectos, en el que una persona distinta a las partes y sus representantes, a solicitud de ellas o del tribunal, informa sobre el conocimiento que tiene de ciertos hechos pasados, controvertidos, y relevantes para el proceso, ya sea porque los ha presenciado directamente o bien porque los ha conocido a través de la referencia de otras personas”¹⁵³.

La diferencia de estas dos últimas definiciones con la señalada por ANABALÓN SANDERSON, es que se introduce para definirla una de las clasificaciones tradicionales sobre la prueba en la que nos detuvimos, cual es la de prueba personal. Esta clasificación, además, será uno de los criterios comunes que revisaremos entre los medios de prueba que caracterizaremos como testimoniales.

No obstante lo anterior, el comenzar definiendo como prueba personal la prueba testimonial y luego introducir la idea de testigo inmediatamente hace que se levante una de las voces de alerta que hemos enunciado en la introducción de esta investigación y que desarrollaremos al final de este y en los próximos capítulos, cual es el centralismo en el testigo. Dicho foco en el sujeto, que se encuentra de una u otra forma en todos los conceptos ya mencionados, queda plenamente reflejado en la siguiente y simple definición: “la prueba testimonial es la que se basa en el testimonio o declaración de terceros, llamados testigos”¹⁵⁴, es decir lo único que importa, según estas definiciones para encontrarnos en presencia de la prueba testimonial, es la presencia de un tercero que declara.

¹⁵¹ PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 329.

¹⁵² *Ibíd.* p. 330.

¹⁵³ CONTRERAS ROJAS. Op. cit. p. 219.

¹⁵⁴ RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio: *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 163.

Por último, hay que mencionar ciertas definiciones que, si bien prosiguen con el centralismo en el testigo, su mayor característica es que presentan una estructura basada en la formalidad del medio de prueba. Así, para CASARINO VITERBO, “la prueba testimonial consiste en la declaración que hacen personas extrañas al juicio, las cuales reúnen las condiciones exigidas por la ley, y que deponen en la forma que ella establece acerca de los hechos substanciales y pertinentes controvertidos por las partes”¹⁵⁵.

Cabe agregar que dentro del tratamiento que se ha dado a la prueba testimonial, la doctrina chilena, al momento de definirla, ha realzado como características de la misma, que es una prueba circunstancial y no preconstituida, ya que se produce dentro del proceso. Respecto de la inmediación o mediación, se menciona que dependerá de los principios que rijan el proceso -en Chile, por ejemplo, hay inmediación en el proceso penal, no así en el civil-.

Además de categorizarla como una prueba personal, según la estructura tradicional de las clasificaciones, para algunos se ha entendido que es un medio de prueba directo, como ya lo explicamos, pero para otros sería indirecto, en el sentido que el juez no tiene acceso al hecho que se trata de probar y que el testigo declara sobre hechos ya ocurridos.

Por último, y nuevamente dependiendo del proceso, su valor probatorio se determinará según las reglas de prueba legal o tasada o de la sana crítica, siendo un medio de prueba eminentemente formalista, puesto que se encuentra reglamentada al máximo por el legislador¹⁵⁶, debido, estimamos, a su desconfianza en él.

Creemos que las características esbozadas no son más que reflejos del formalismo de los medios de prueba en general dentro del ámbito procedimental y que, además, en el caso de la doctrina principalmente chilena, forman parte del tradicionalismo que envuelve su tratamiento al utilizar, por ejemplo, la clasificación de la prueba que estimamos como obsoleta.

1.2. UN CONCEPTO DE PRUEBA TESTIFICAL

Así como señalamos que parte de la doctrina más tradicional chilena utiliza el término prueba testimonial, en España¹⁵⁷ el término escogido es el de prueba testifical o el de interrogatorio de testigos de acuerdo a la LEC.

Si bien ocurre un cambio de terminología, es posible observar que las características generales que señalamos como propias de la prueba testimonial coinciden con las de prueba

¹⁵⁵ CASARINO VITERBO, Mario: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 73.

¹⁵⁶ MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*. Tomos I – II, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2010, p. 987.

¹⁵⁷ Hay autores que si bien no la definen si se refieren a ella de esa manera, por ejemplo, MUÑOZ SABATÉ (1983). Op. cit. p. 300 y NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 264.

testifical. Luego, se ha entendido por prueba testifical “la actividad procesal que provoca la declaración de un sujeto, distinto de las partes y de sus representantes, sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes”¹⁵⁸, o -y aquí refiriéndose precisamente al proceso español-, “la prueba testifical es un medio concreto de prueba (art. 299.1, 6.9, LEC), en virtud del cual se aporta al proceso, por parte de una persona ajena al mismo, una declaración sobre hechos presenciados (vistos u oídos) por ella o que ha sabido de referencia, sobre los que viene interrogada, siempre que esos hechos sean controvertidos y se refieran al objeto del proceso (art. 360). Es una prueba de naturaleza personal, dado que es una persona, llamada testigo, quien declara sobre aquellos hechos”¹⁵⁹.

En las dos definiciones anteriores se conjugan las ideas de un tercero -centralidad en el sujeto-, que declara o aporta hechos al proceso que percibió con sus sentidos. Se ha afirmado, de acuerdo a la centralidad en el testigo, y siendo CUCARELLA GALIANA claro al respecto, que “la prueba testifical es el acto dirigido a representar ese hecho pasado mediante la declaración del testigo”¹⁶⁰, agregando que es un medio probatorio que exige la presencia y declaración oral del testigo ante el juez; debe ser un tercero y su declaración debe referirse a hechos pasados¹⁶¹. De esta forma, aunque será un concepto que revisaremos en el próximo epígrafe, la idea de representación de un hecho es más propia de la definición de testimonio que realiza CARNELUTTI¹⁶².

Al igual que sucedió con el concepto de prueba testimonial, hay autores que definen la prueba testifical a través de la formalidad de su procedimiento, por ejemplo, cuando se nos señala que “la esencia de la prueba testifical consiste, por tanto, en la aportación de los conocimientos del testigo al proceso, bien mediante declaración pública y contradictoria en el juicio -testigo persona física-, bien mediante la remisión escrita de la información que posea -cuando la información se requiere de persona jurídica-”¹⁶³.

Las notas características de la prueba testifical, acordes a los conceptos citados e incluso a la conceptualización de prueba testimonial, serían que es básicamente representativa, que dicha representación es oral, que es una declaración de ciencia y que proviene de un tercero

¹⁵⁸ DE LA OLIVA SANTOS, et al. Op. cit. p. 152. Es interesante esta definición porque el autor conceptualiza, según sus propias palabras, la “prueba por testigos o prueba testifical”, o sea, centralismo en el sujeto.

¹⁵⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, Juan y otros). Tomos II, 27º Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, p. 288. En un sentido similar Armenta Deu quien señala que la prueba testifical es “(...) un medio de prueba a través del cual un tercero declara sobre las percepciones sensoriales en relación con hechos controvertidos y determinantes del proceso”. Armenta Deu. Op. cit. p. 211.

¹⁶⁰ CUCARELLA GALIANA. et al. Op. cit. p. 417.

¹⁶¹ *Ibíd.* p. 412.

¹⁶² CARNELUTTI. Op. cit. pp. 151-160.

¹⁶³ FLORES PRADA, Ignacio: “La prueba testifical” en *La prueba. La prueba en el proceso civil* (directora María Isabel González Cano), Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017, p. 490.

distinto de las partes, muy similar a las ideas de CARNELUTTI al respecto de este medio de prueba¹⁶⁴.

Por último, es posible agregar que estas declaraciones testificales tendrían como particularidades la “(...) capacidad mental y sensible, originalidad y causa del conocer, integridad circunstanciada, prestación en juicio, desinterés. Estos, bien o mal explicados, originan la variedad de normas y de exclusiones en el modo de testificar, tan frecuentes en la legislación y en la jurisprudencia antiguas y modernas (...)”¹⁶⁵.

Ahora, ¿por qué es interesante examinar los requisitos anteriores? Porque al analizarlos podemos observar que estos se encuentran centrados más en el testigo que en su declaración, ya que quien debe poseer dichas características es la persona del testigo y no tienen relación directa con lo que van a señalar en su deposición.

Esta serie de requisitos confirman lo que hemos señalado hasta el momento - independiente de con qué sentido percibió, el tipo de prueba que sería según la clasificación o sus requisitos formales-, que es la dependencia absoluta de este medio de prueba con la persona de quien la realiza. En otras palabras, poca atención existe en el contenido de la declaración que se realizará o cómo podría evaluarse este, sino que lo central es el sujeto que la realiza, lo que luego se ve reflejado en el examen judicial ya que “se obliga al juez a valorar a los declarantes y no sus declaraciones”¹⁶⁶. Además está agregar que, según la RAE, testifical es un adjetivo entendido como “perteneciente o relativo a los testigos”¹⁶⁷.

Es importante reiterar que la terminología “prueba testifical” es propia de la doctrina española, y ha sido utilizada más que nada a partir de la LEC de 2000 que sustituyó, por parte del legislador, la expresión “prueba de testigos” por la de “interrogatorio de testigos”¹⁶⁸. Esta última expresión aludiría “(...) tanto a uno de los sujetos de la prueba (en este caso la fuente de prueba que representa el testigo interrogado) cuanto al cauce de su declaración (esto es, el medio de prueba que constituye el interrogatorio), mientras que la expresión “prueba de testigos” aludía únicamente a la fuente de prueba”¹⁶⁹.

Es por ello que la mayoría de la doctrina no define interrogatorio de testigos, sino que utiliza el término prueba testifical para su análisis. Luego, utilizaremos el término prueba

¹⁶⁴ SERRA DOMÍNGUEZ (2009). Op. cit. p. 427.

¹⁶⁵ ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires, Argentina, Librería El Foro S.A., 1994, p. 141.

¹⁶⁶ NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 265.

¹⁶⁷ Real Academia Española. Definición de testifical. Disponible en internet <http://www.rae.es> [Última revisión 14 de junio 2019].

¹⁶⁸ Utilizan esta terminología, por ejemplo, DÍAZ FUENTES, Antonio: *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*. Barcelona, España, Bosch, 2002, p. 301. MONTERO AROCA (2005). Op. cit. p. 305.

¹⁶⁹ ABEL LLUCH, Xavier: “Valoración de los medios de prueba en el proceso civil” en *Realismo jurídico y experiencia procesal*: (Manuel Serra Domínguez), Liber amicorum, Barcelona, España, Atelier, 2009. Misma idea desarrolla en ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 29.

testifical y no el de interrogatorio de testigos en este apartado. El único autor que, si bien utiliza indistintamente interrogatorio de testigos o testifical, esboza una definición del primero es ABEL LLUCH, señalando que:

“es un medio de prueba indirecto consistente en una declaración oral que presta un tercero, con uso de razón suficiente, a instancia de cualesquiera de las partes y en el curso de un proceso, sobre hechos controvertidos y generalmente pasados de los que ha tenido noticia, bien directa, por haberlos presenciado, bien indirecta, por habérselos referido otra persona”¹⁷⁰.

Este autor menciona que la expresión “interrogatorio de testigos” resalta que la declaración del testigo accede al proceso a través de un cauce, cual es el interrogatorio, otorgando relevancia al medio de prueba o, cuando menos, equiparando el medio (interrogatorio) con la fuente (testigo)”¹⁷¹, plasmando de mejor manera, aunque no completamente, la igual consideración que debe tenerse al examinar este medio de prueba de acuerdo a sus dos elementos: el testigo y su testimonio.

Se ha mencionado que el interrogatorio de testigos está compuesto por elementos subjetivos, objetivos y presupone los formales. El elemento subjetivo sería la persona, que siempre es física; el elemento objetivo, la declaración que versa sobre hechos conocidos por el tercero y sobre hechos discutidos. Por último, como elementos formales encontramos los propios de cada proceso¹⁷².

En el mismo sentido el mismo autor, tomando estos elementos y realizando una definición más sintética, señala que es “una declaración oral de conocimiento sobre hechos controvertidos prestada, durante el proceso, por un tercero con uso de razón suficiente a instancia de cualquiera de las partes”¹⁷³.

La conceptualización otorgada por ABEL LLUCH es relevante porque si bien mantiene ciertas ideas de los conceptos más tradicionales vinculados a la clasificación de la prueba y a la forma en que este percibió los hechos que relatará, trata de equiparar, como dos elementos, al testigo y su declaración.

Cabe destacar que otros autores, han definido el interrogatorio de testigos conforme a los conceptos tradicionales, es decir, como “(...) aquella en virtud de la cual terceras personas ajenas al proceso introducen en él sus conocimientos sobre hechos con trascendencia procesal”¹⁷⁴, lo que no presenta novedad y es un reflejo del mantenimiento de los conceptos tradicionales, lo que no hace sino destacar la necesidad de insistir sobre la distinción entre el

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 29. Mismo concepto en ABEL LLUCH (2008). *Op. cit.* p. 26.

¹⁷¹ *Ibíd.* p. 16.

¹⁷² *Ibíd.* pp. 29-30.

¹⁷³ ABEL LLUCH, Xavier: *La valoración de la credibilidad del testimonio*. Madrid, España, Wolter Kluwer, 2020, p. 15.

¹⁷⁴ PICÓ I JUNOY (2014). *Op. cit.* p. 4.176.

testigo y su declaración y el tratamiento igualitario que debe tenerse respecto a estos dos elementos al analizar el medio de prueba.

1.3. UN CONCEPTO DE TESTIMONIO

Si bien no es uno de los conceptos más utilizados al referirse a la prueba testimonial, porque conlleva una mayor amplitud del mismo, hay ciertos autores que utilizan el término testimonio para referirse al medio de prueba en estudio. La complejidad que trae aparejada esta amplitud es que, quieranlo o no, utilizar este término hace que se extienda el concepto principalmente en lo referido a quienes pueden declarar.

DEVIS ECHANDÍA, por ejemplo, señala dos definiciones respecto al testimonio, de las cuales podemos extraer ciertas ideas. Así, el testimonio específicamente como medio de prueba “(...) consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza”¹⁷⁵, luego, lo amplía a las partes si este testimonio no las perjudica. En un segundo lugar, y de manera más extensa, señala que el testimonio sería un acto procesal mediante el cual una persona informa al juez sobre ciertos hechos, forma parte del proceso o de diligencias anteriores, siempre dirigido al juez. Agrega que no es inconveniente que provenga de terceros al juicio¹⁷⁶.

Podemos concluir de las dos definiciones anteriores que si bien el autor comienza esbozando que solo podrían declarar como testigos personas ajenas al juicio, luego menciona que también pueden entenderse como tales aquellas partes que declaren sobre hechos que no las

¹⁷⁵ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. p. 33.

¹⁷⁶ *Ibíd.* p. 25. El mismo autor menciona como requisitos para la validez del testimonio: su admisión en forma legal; legitimidad para presentar, ordenar, admitir y rendir el testimonio; recepción por funcionario habilitado, capacidad del testigo, habilidad o aptitud física, moral e intelectual en el caso concreto; juramento, formalidades legales, no existan motivos de nulidad del proceso. Además, para su eficacia se necesita: que la prueba testimonial sea conducente para probar los hechos de la causa, es decir, que la ley lo contemple, que no esté prohibido para la prueba de algún hecho en particular; que sea pertinente, es decir, que tenga relación directa o indirecta con la cuestión debatida; que sea útil, es decir, que preste algún servicio para ayudar a la convicción del juez, que en el momento de percepción de los hechos tenga plena capacidad mental; que no tenga perturbaciones psicológicas que afecten el testimonio, que no adolezca de problemas totales o parciales en el órgano de percepción; capacidad memorativa normal; que no existan circunstancias subjetivas u objetivas que puedan afectar la fidelidad de su memoria; ausencia de interés personal o familiar en ese litigio; ausencia de antecedentes de perjuicio, deshonestidad o falsedad del testigo; que el testimonio contenga el fundamento de la ciencia del testigo; que el hecho no parezca improbable y que el conocimiento del testigo esté de acuerdo con esa razón de su dicho; que no se contradigan las declaraciones del mismo testigo, que exista seguridad en sus conclusiones, que el hecho narrado no se contradiga a otro notorio, ni máximas de la experiencia, que no exista presunción de derecho ni cosa juzgada en contrario ni contradicciones graves con otros testimonios, que no se contradiga con otras pruebas de mayor valor legal, que la narración del hecho no aparezca inverosímil ni imposible y si excede el objeto del testimonio; que no se haya probado dolo o falsedad del testigo; que se haya ratificado o abonado de forma correcta; que se hayan cumplido las formalidades; que no se trate de una persona que habitualmente es llamada a declarar en justicia; que no se haya violado el secreto profesional o la reserva legal. *Ibíd.* pp. 223-228.

perjudiquen¹⁷⁷. Otro elemento interesante de ambos conceptos, y que serán analizados en detalle en el próximo capítulo de esta investigación, es que se introduce la idea de declaración representativa o medio de representación respecto al testimonio¹⁷⁸, y a que -como se extrae de la segunda definición-, el propósito es informar lo que se sabe de ciertos hechos. Esto último es de vital importancia, porque independiente de quienes estimemos pueden atestiguar, lo relevante del testimonio será la transferencia de conocimientos.

El sentido de testimonio como medio de representación que utiliza DEVIS ECHANDÍA fue, sin embargo, realmente otorgado por CARNELUTTI. Así, este autor define el testimonio como “(...) un acto humano destinado a representar un hecho no presente” y que el testigo es “quien narra a otros hechos por él percibidos”¹⁷⁹ o, en otras palabras, también lo señala como una “manifestación de la idea que tiene de hecho mismo”¹⁸⁰. Es decir, siempre vuelve a la idea de que el testimonio sería un medio de representación¹⁸¹.

CARNELUTTI, si bien otorga en principio un concepto más amplio de lo que entendemos por testimonio, al ir detallando sus elementos lo comienza a diferenciarlo del perito estableciendo como nota característica que el testigo tiene una relación histórica con el hecho que le faltaría al perito, siendo entonces la clave del testimonio procesal la representación de un hecho pasado¹⁸².

Aparte de la doctrina anterior, hay ciertos autores, aunque menos representativos de las legislaciones que analizaremos en detalle que, si bien utilizan el término testimonio para referirse a la prueba testimonial o testifical, lo hacen sin mediar explicación de por qué dicho término es usado y siguen centrando sus características en el testigo. Así, sería testimonio “el instrumento capaz de hacer canalizar la prueba de testigos dentro del proceso”¹⁸³, o “la declaración, afirmación o explicación que da una persona llamada testigo en el acto de atestiguar o testimoniar en juicio que le es ajeno respecto: a) de hechos ajenos que ha conocido o percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato), o b) de hechos que ha realizado personalmente, o c) del conocimiento que tiene de alguna persona, o d) de lo que ha oído acerca de la fama que ostenta alguien”¹⁸⁴, aunque en esta última se vuelve a la idea de ajenez de quien declara con el juicio.

¹⁷⁷ Citando a Carnelutti, DEVIS ECHANDÍA señala que “el sujeto del testimonio, entendido en sentido estricto, es el tercero declarante o narrador, y genéricamente, la parte o el tercero que declara”. DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 63.

¹⁷⁸ *Ibíd.* p. 31.

¹⁷⁹ CARNELUTTI. Op. cit. p. 151.

¹⁸⁰ *Ibíd.* p. 130.

¹⁸¹ Ver para el mayor desarrollo de esta idea por el autor, CARNELUTTI. Op. cit. pp. 140-160.

¹⁸² *Ibíd.* p. 159.

¹⁸³ ALEMÁN CANO, Jaime: *La prueba de testigos en el proceso penal*. Murcia, España, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002, p. 46.

¹⁸⁴ ALVARADO. Op. cit. p. 91. Agrega este mismo autor, como requisitos de existencia del testimonio: “debe ser una declaración personal de un tercero (no parte) en un proceso; que tenga significación confirmatoria y que verse

Hay, por último, otra parte de la doctrina que, si bien desarrolla un concepto propio, de igual manera realiza una enumeración de sus características. Un ejemplo de ello es GUASP DELGADO, quien menciona que la definición de testimonio integra tres elementos: “ser una declaración procedente de un tercero, recaer sobre datos que no eran procesales para el declarante en el momento de su observación y emitirse con la finalidad, común a todas las pruebas, de influir en la convicción judicial”¹⁸⁵.

De los conceptos anteriores, podemos concluir que en el momento que la doctrina utiliza el término testimonio para referirse al medio de prueba estudiado, lo hace de dos maneras. Para algunos, es una forma más de referirse al mismo, por lo que las características descritas en los apartados anteriores -prueba testimonial y testifical- no presentan mayores cambios. Sin embargo, para otra parte de la doctrina, es posible observar un atisbo de amplitud en lo que se refiere a quién puede declarar, permitiendo que las partes -siempre que nos las perjudique- puedan hacerlo.

Además, otra idea interesante, que es posible extraer de las primeras dos definiciones de testimonio esbozadas por CARNELUTTI, de la cual luego se hace eco DEVIS ECHANDÍA, es que el declarante viene a representar los hechos percibidos por él. Lo que es muy interesante (y abordaremos con más detalle en el apartado sobre problemas del testimonio y luego en el próximo capítulo), es cómo percibió los hechos el declarante y la forma en que traspassa lo que percibió al proceso, o más bien qué hechos y con qué características lo hace.

Así, siguiendo nuestra crítica de los apartados anteriores respecto a los conceptos señalados, igualmente estas ideas sobre testimonio siguen centrándose, ya sea en la definición misma, ya sea en sus características, en la persona que realiza la declaración.

acerca de hechos acaecidos con antelación o comenzados a acaecer antes de la declaración, aunque sigan ocurriendo el tiempo de realizarse ella y que hayan sido percibidos o conocidos por el declarante a través de sus sentidos”. Como requisitos de validez, que el medio de prueba lo ofrezca la parte legitimada para ello y se admita y ordene por el juez de forma legal; que su recepción sea realizada por funcionario hábil; que el testigo sea capaz, que tenga habilidad o aptitud física, moral o intelectual para el caso concreto; que sea un acto consciente, libre de coacción; que sea precedido del juramento y que cumpla con las formalidades de cada ley. Además, obviamente, que no existan motivos de nulidad del proceso, prohibición legal para recibir el testimonio y que se cuente con un adecuado control de la parte contraria. Por último, que este debe tener plena capacidad mental al momento de percibir los hechos, capacidad memorativa, que no existan circunstancias que puedan haber alterado la fidelidad de su percepción o memoria; que no padezca falta total o parcial o de defecto del órgano de percepción que debió utilizar para tomar conocimiento del hecho; los hechos deben ser verosímiles y posibles y que no contradigan las reglas de la experiencia, además las respuestas deben ser claras, seguras y precisas, deben dar razón de sus dichos, no exceder el objeto del testimonio, ni violar reserva o secreto profesional, no aparecer improbable la ocurrencia del hecho, debe haber ausencia de interés personal o familiar en el litigio y no existir efecto de caso juzgado ni presunción de derecho contraria a la declaración. Agrega que, si son varios, no deben contradecirse los testigos, si es declaración de otro proceso debe ratificarse, que se hayan cumplido formalidad de modo, tiempo y lugar y que no sea una persona que habitualmente es llamada a declarar en Justicia”. ALVARADO VELLOSO. Op. cit. pp. 142-146.

¹⁸⁵ GUASP DELGADO, Jaime: *Derecho Procesal Civil. Parte general*. 4º edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1998, p. 337. Ver También en el ámbito latinoamericano Briseño Sierra, quien señala como características: “(i) declaraciones de personas extrañas a la controversia como tal, y emitidas en juicio; y ii) la necesidad de que esas declaraciones vengan al juicio, generalmente a instancia de parte, de manera que no pasa de ser un medio de convicción judicial.” BRISEÑO SIERRA. Volumen I. Op. cit. p. 469.

1.4. EL TESTIGO

Muchas veces el concepto de prueba testimonial, testifical o testimonio, se define en torno al concepto de testigo, como ya lo hemos criticado. Luego, y como consecuencia de lo anterior, en ciertas ocasiones solo se formula dicha definición -la de testigo-; en otras, si bien se define el medio de prueba, dicha denominación está tan ligada a la de testigo que se ha hecho preciso definir este último.

Creemos que los conceptos esbozados con anterioridad junto con aquellos que solo definen al testigo, tienen como fundamento las pautas que las legislaciones de los diversos países han otorgado al respecto. Si solo nos situamos en el caso español y chileno, esto queda en evidencia.

El legislador español utiliza en la LEC el título de “interrogatorio de testigos”, mostrando un avance en relación a que dicha expresión resalta que la declaración del testigo accede al proceso a través de un cauce, cual es el interrogatorio, otorgando relevancia al medio de prueba o, cuando menos, equiparando el medio (interrogatorio) con la fuente (testigo)¹⁸⁶. Sin embargo, el centro sigue estando en el sujeto que realiza la declaración. Quizás podríamos interpretar que el cambio en la expresión se debe solo a una armonía con la oralidad que inspira el procedimiento civil español.

En el caso chileno, que como revisaremos más adelante no presenta cambios desde el año 1902, la centralidad en el testigo es más evidente todavía, al utilizar la expresión “De los testigos y de las tachas”, para referirse a la regulación de este medio de prueba.

Además, tanto en el caso español -aunque en menor medida-, como en el chileno, parte importante de la regulación de la prueba testimonial está centrada en el testigo y en la influencia que este podría ejercer o el interés que puede tener y así se determina incluso su valoración. En España, a modo de ejemplo, podemos señalar que “el legislador de 2000, al igual que sucedió en 1881 (ALEC) y 1889 (CC), no ofrece una definición legal de testigo, o si prefiere, vuelve a dar por supuesto su concepto y aborda directamente la regulación de la actividad procesal provocada por la actuación de dicho sujeto”¹⁸⁷.

Es por todo lo anterior que se hace necesario revisar algunos conceptos que se han otorgado acerca del testigo porque este nos permitirá, al mismo tiempo, conocer entonces las características del medio de prueba estudiado¹⁸⁸, profundizar sobre el mismo y consecuentemente criticar e introducir ideas propuestas.

¹⁸⁶ ABEL LLUCH. (2008). Op. cit. p. 18.

¹⁸⁷ CHOZAS ALONSO, José Manuel: *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid, España, Editorial LA LEY, 2010, p.16.

¹⁸⁸ Ver ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 29.

Al igual que en las definiciones que esbozamos sobre el medio de prueba de manera específica, hay ciertos autores que, utilizando la nomenclatura más tradicional de todas, lo definen a partir de la idea de tercero.

Quienes entienden entonces que la característica definitoria del testigo es su ajenidad al pleito en que se encuentra¹⁸⁹, mencionan que un testigo será siempre un tercero al proceso, o sea quien no es parte. Se agrega que podrán ser testigos los coadyuvantes, sustitutos, el litisconsorte en lo no referido al proceso, y en los supuestos de cambio de partes ya que el testimonio del sucesor queda como tal una vez producida la sucesión. En este sentido, GÓMEZ COLOMER, quien lo define como “un tercero, es decir, una persona ajena al proceso, que aporta al mismo, declarando sobre ello, unos hechos que ha presenciado (visto u oído), o que le han contado”¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Luego, una persona que intervino en la controversia puede ser testigo si no fue demandado, pero no será imparcial¹⁹².

¹⁸⁹ Así, por ejemplo, se nos ha dicho que “el testigo es, por definición, un tercero (*nullus testis in re sua*). Se trata de una persona física, no necesariamente dotada de capacidad de obrar, aunque sí de capacidad para percibir y dar razón de su percepción”. ARMENTA DEU. Op. cit. p. 211.

“El testigo, por definición, no puede ser quien es parte ni quien a la parte represente, con cualquier tipo de representación procesal (legal, necesaria o técnica). DE LA OLIVA SANTOS et al. Op. cit. p. 152.

En el mismo sentido, “El testigo es, en consecuencia, una persona física (el interrogatorio a personas jurídicas del artículo 381 LEC no es propiamente una prueba testifical) ajena al litigio, que conoce ciertos hechos relacionados con el núcleo de la controversia planteada en el proceso y que expone al tribunal cuáles son aquellos hechos y cuál es la fuente de su conocimiento” MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio, et al: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2015, p. 1600.

En el mismo sentido COUTURE quien se refiere a ellos como terceros. (COUTURE. Op. cit. p. 209) KIELMANOVICH señala que “la declaración proviene de terceros, pero de terceros ajenos a la relación procesal” KIELMANOVICH, Jorge: *Medios de prueba*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1993, p. 35.

¹⁹⁰ GÓMEZ COLOMER. Et al. (2019). Op. cit. p. 289.

¹⁹¹ También es posible encontrar la idea de testigo como un tercero, en las siguientes definiciones que esbozaremos en orden alfabético:

“la persona física no acusada en el proceso, la cual presta auxilio al juez y emite -con intermediación- declaraciones representativas sobre hechos pasados que no habían adquirido naturaleza procesal en el momento de su observación, con la finalidad de inclinar el convencimiento del juez en un sentido determinado” ALEMAÑ CANO. Op. cit. p. 27;

“son las personas ajenas a los interesados en probar un hecho y que pueden declarar sobre ese hecho por haberlo presenciado o tomado conocimiento de él por referencias o de oídas” ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HACLICKA, Antonio: *Tratado de derecho de derecho civil. Partes preliminar y general*. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998, p. 475. “Tercero ajeno al proceso que es llamado al mismo con el fin que aporte su conocimiento sobre hechos relevantes para la decisión del litigio y de los que tiene noticia bien directa, o bien indirectamente por referencia” ASENSIO MELLADO. Op. cit. p. 214.

Otras definiciones son señaladas como “los terceros o extraños llamados a esclarecer por medio de sus dichos los hechos controvertidos en el juicio. Según otros, testigos son aquellas personas extrañas a pleito que deponen acerca de los hechos controvertidos. Y, para otros, testigos son personas ajenas al juicio que declaran, bajo juramento y demás formalidades legales, acerca de la verdad o falsedad de los hechos que en él se controvierten” CASARINO VITERBO. Op. cit. p.74; También el concepto se ha elaborado a través de su caracterización, por ejemplo CHOZAS ALONSO ha señalado que el testigo tiene que “ser una persona física dotada de capacidad de percepción”, es un tercero, declara sobre lo que percibió respecto a hechos relevantes del proceso, de lo contrario este testimonio debería excluirse por impertinente, hechos que deben ser extraprocesales y ahí se diferencia del perito, quien realiza un relato histórico CHOZAS ALONSO, José Manuel: *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*. Madrid, España, Editorial LA LEY, 2001, p.16; “Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia”, CHOZAS ALONSO. Op. cit. p.73, nos menciona que el testigo debe ser una “persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de dicha percepción”; “es procesalmente un tercero”; “declara sobre el conocimiento que posee sobre hechos relevantes para el proceso” y “deben cumplirse las previsiones que la legislación establece sobre la recepción judicial de dicho testimonio”.

Otros autores, en cambio, definen al testigo desde las clasificaciones de la prueba o desde la idea de fuentes y medios de prueba, es decir, se entiende al testigo bajo la clasificación de fuente de la prueba: “el testigo es la fuente de la prueba testifical, siendo la persona que declara en el proceso ante el juez sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas”¹⁹³, agregando al medio de prueba en sí, suponemos el desarrollo de su declaración, la clasificación entre prueba personal o real. A nuestro juicio, la distinción entre fuente y medio de prueba, como ya mencionamos, es más bien teórica que práctica por lo que no tendría mayor trasfondo definirlo a partir de dicha idea.

Si tomamos en consideración las diversas definiciones que podemos encontrar, existe un tercer grupo, que creemos es dentro de las existentes el que más se acerca a la corrección, que define los testigos en torno al conocimiento que una persona tiene sobre determinados hechos. Creemos que un concepto basado en dicha idea es de los más apropiados porque, como ya desarrollamos, para que el tribunal pueda tomar mejores decisiones lo principal está en

“El testigo puede ser definido como un tercero ajeno al proceso cuya declaración es traída al mismo por las partes con la finalidad de lograr el convencimiento del juez sobre la verdad de los hechos que estas afirman como ciertos”. COROMINAS MEJÍAS, Genoveva: “Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos” en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2006.

Para CORTÉS DOMÍNGUEZ “Testigo es siempre un tercero al proceso, por tanto, quien no es parte o quien no representa a la parte en el proceso”. CORTÉS DOMÍNGUEZ et al. Op. cit. p. 285.

DUCCI CLARO señala que “Son testigos aquellos que, sin ser partes en el proceso, declaran sobre hechos de que tienen conocimiento. Lo que caracteriza a los testigos y los diferencia de otros medios de prueba, como la confesión, es la circunstancia de ser, procesalmente, personas extrañas al pleito”. DUCCI CLARO, Carlos: *Derecho civil. Parte general*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 424.

Entre otras definiciones podemos entrar aquellas que lo describen como “(...) aquel tercero -persona distinta del juez y de las partes- que ha tenido conocimiento de hechos que posteriormente resultan controvertidos en un proceso” FLORES PRADA. Op. cit. p. 490.

GARBERÍ LLOBREGAT menciona “(...) la declaración en el proceso, bajo la intermediación judicial, de personas que, no ostentando la condición formal de partes procesales, tienen noticia o conocen de algún modo, directa o indirectamente, los hechos jurídicamente relevantes que conforman el objeto del pleito, a las cuales se llama a comparecer y a declarar en el momento procesal oportuno cuanto sepan sobre los hechos controvertidos con el fin de proporcionar al juzgador nuevos elementos en orden a formar su convicción sobre la existencia y realidad de los referidos hechos”, p. 78. GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 469 y GUASP DELGADO menciona que “testigo como aquella persona que, sin ser parte, emite declaraciones sobre datos que no eran procesales (para el testigo) en el momento de la observación” GUASP DELGADO (1944) Op. cit. p. 56.

MATURANA Y MONTERO lo describen como “la persona que, habiendo tenido presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración enjuicio acerca del mismo”, agregando como características que debe ser un tercero indiferente, que declare sobre hechos precisos y que conozca de sus dichos por haberlos percibido por sus sentidos o los dichos de otro MATURANA, MONTERO. Op. cit. p. 985.

GÓMEZ COLOMER, et al. (2019) Op. cit. pp. 289-290; CUCARELLA GALIANA. et al., Op. cit. p. 417; PALACIO Op. cit. p. 83 y RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 163 describen al testigo como una persona física, tercero en juicio y que aporta al proceso su percepción individual de los mismos, explicando su razón de ciencia.

Por último, también se ha descrito como “La persona llamada al proceso como testigo ha de ser un tercero ajeno al mismo, como buena parte de la doctrina coincide en destacar. La clave de esta nota se halla en fijar el significado con que se utiliza el término tercero en la determinación de quién pueda ser testigo” RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María: *El interrogatorio de testigos*. Madrid, España, Editorial Dykinson S.A., 2003, p. 32.

¹⁹² PICÓ I JUNOY, Joan: “Sección 7. Del interrogatorio de testigos” en *Todas las preguntas y respuestas sobre la ley de enjuiciamiento civil* (directores Pablo Izquierdo Blanco, Joan Picó i Junoy; Federico Adán Doménech). Madrid, España, Wolters Kluwer, 2019, p. 823.

¹⁹³ CUCARELLA GALIANA. et al. Op. cit. p. 417.

contar con la mayor cantidad de antecedentes disponibles, y estos antecedentes serán allegados al juicio a través del conocimiento que las distintas personas que intervienen van a aportar.

Así, DEVIS ECHANDÍA establece, de manera muy adecuada, que la palabra testigo “viene de la latina *testis* que designa a la persona que da fe, o de testando que quiere decir narrar o referir”¹⁹⁴, en el mismo sentido, la Real Academia Española define testigo como la “persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo”¹⁹⁵.

Siguiendo la misma orientación de centrarse en el conocimiento que la persona posee y de acuerdo a lo que declarará, más que en su situación respecto al juicio, se ha entendido que “un testigo es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos”¹⁹⁶.

Incluso, hay ciertos autores que explícitamente señalan lo innecesario de que sea un tercero, aunque esta idea la desarrollan desde el proceso penal, así, “testigo es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos o subsiguientes al acontecimiento delictivo. No se requiere que el testigo sea un tercero ajeno al procedimiento, como se ha afirmado”¹⁹⁷.

En relación a esta última idea sobre que el centro del asunto debe ser el conocimiento que esa persona tiene de los hechos, es importante señalar que en algún momento se entendió que quienes depusieran como testigos solo podían hacerlo sobre hechos que percibieron con su vista y sus oídos -en la ya tan conocida clasificación entre testigos presenciales y de oídas-. Sin embargo, el testigo puede deponer sobre hechos percibidos con cualquiera de sus sentidos, siempre que dé razón de sus dichos y de cómo tomó conocimientos de estos¹⁹⁸.

Por último, otra discusión que adquiere relevancia es la referente a la posibilidad de que los testigos emitan opiniones. Así, quienes postulan una diferencia absoluta entre los diversos medios de prueba, estiman que ello no es posible porque las opiniones serían propias del perito. Así, CHIOVENDA no solo menciona la necesidad de ajenidad, “el testigo es la persona distinta de

¹⁹⁴ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 42.

¹⁹⁵ Real Academia Española. Definición de testigo. Disponible en internet <http://www.rae.es> [Última revisión 14 de junio 2019].

¹⁹⁶ TARUFFO (2008) Op. cit. p. 62. Misma idea desarrolla MITTERMAIER, respecto a la definición de testigo, “se designa al individuo llamado a declarar, según su experiencia personal (1), acerca de la existencia y naturaleza de un hecho. Propiamente hablando, el testigo es la persona que se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza (2)”. MITTERMAIER, C.J.A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*. Traducción de Primitivo González del Alba. 3ª Edición, Madrid, España, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877, p. 249.

¹⁹⁷ HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 273. Cabe precisar que estos autores desarrollan la idea de testigos en el proceso penal chileno, reformado el año 2000.

¹⁹⁸ ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 92. En un sentido similar, ya que no especifica que sentidos, MATURANA Y MONTERO: “En consecuencia, al deponer el testigo deberá señalar al tribunal la forma como pudo llegar a tomar conocimiento de los hechos acerca de los cuales declara, los cuales solo podrán consistir en haber tomado personalmente conocimiento de ellos por haberlos presenciado o por el dicho de terceros o de las partes” MATURANA, MONTERO. Op. cit. p. 986.

los sujetos procesales llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito. Esta exposición puede alcanzar ya al efecto inmediato, producido en los sentidos del testigo, por el hecho verificado en presencia suya, ya a las ilaciones lógicas que han derivado de aquella impresión pero, en todo caso, las observaciones del testigo requieran como hechos subjetivos, esto es personales suyos, no como expresión de lo que objetivamente debe estimarse como consecuencia de determinados hechos, según las enseñanzas de una ciencia o de un arte, lo cual es misión propia del perito”¹⁹⁹.

El testigo tendría como misión “efectuar declaraciones sobre hechos concretos o sobre particularidades o detalles históricos concretos, basadas siempre en la propia percepción, bien directa y ocular (testes visu), bien indirecta (por relato de otros, testigos presenciales o asimismo indirectos) (testes de auditu)”²⁰⁰.

A mayor abundamiento, cabe señalar que se ha entendido por la doctrina que para ser testigo se necesita “suficiente edad, plena capacidad de conocimiento, absoluta probidad y cabal imparcialidad”²⁰¹, otros señalan que dichos criterios son para determinar su fiabilidad, señalando la edad, capacidad mental e interés²⁰². Junto con ello, aunque creemos que son conceptos que debiesen ir en retirada, se incluye la fama, entendida como “el concepto generalizado que, a partir de un hecho de origen conocido, un medio social determinado tiene respecto de una persona o acontecimiento”²⁰³, y el rumor público que sería “un hecho indeterminado y vago, de origen habitualmente desconocido, que versa no sobre la existencia sino sobre la posibilidad de que haya existido”²⁰⁴.

Como mención adicional, pero sin ser parte de la definición de testigo, sino solo como complemento a la forma en que la dogmática trata al testigo, es preciso mencionar los deberes generales de todo testigo, y que se refieren a ellos cada vez que se define al mismo, se señalan los deberes de comparecer, porque es una carga pública²⁰⁵; declarar o atestiguar de acuerdo a las preguntas de las partes²⁰⁶ y decir la verdad, para lo cual se presta juramento²⁰⁷⁻²⁰⁸.

En relación al deber de comparecer y declarar, esto debe realizarse en forma expresa y no evasiva, existiendo sanciones para su incumplimiento. Luego, lo que el testigo declare debe

¹⁹⁹ CHIOVENDA, José: *Principios de derecho procesal*. Traducción de José Casais y Santaló. Tomos I-II. Madrid, España, 1922, Editorial Reus S.A., 1922, p. 306.

²⁰⁰ DE LA OLIVA SANTOS, et al. Op. cit. p. 153.

²⁰¹ ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 134-35.

²⁰² TARUFFO (2008). Op. cit. p. 63.

²⁰³ ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 96.

²⁰⁴ *Ibíd.*

²⁰⁵ *Ibíd.* p. 135, y DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 51.

²⁰⁶ ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 138-39.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 140.

²⁰⁸ Ver también, DEVIS ECHANDÍA: “Los deberes del testigo son comparecer, prestar juramento, someterse a cualquier formalidad adicional, responder el interrogatorio, decir la verdad, deber de comunicarle al juez todo lo que sabe, prestar la persona física del testigo y los documentos y cosas que tenga en su poder”. DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 54, o GUIMARAES. Op. cit. p. 257 o KIELMANOVICH. Op. cit. p. 55.

ser totalmente libre²⁰⁹. Como razones para excusarse de comparecer, las legislaciones han establecido una serie de criterios relacionados principalmente -ya lo veremos en detalle en España y Chile- a la dignidad del cargo, sexo, enfermedad o impedimento físico, lugar de residencia del testigo, incapacidad, perjuicio propio de la declaración, secreto profesional²¹⁰.

Respecto a la obligación de decir la verdad, esta está ligada expresamente a la institución del juramento, que pasó de ser sumamente significativa a un mero formalismo²¹¹, o como se nos indica es un requisito que busca reforzar la veracidad, la cual surge fácilmente cuando no hay un móvil concordante con la mentira y eso es suficiente para generar por necesidad moral la²¹²⁻²¹³, de esta manera, es un llamado a la conciencia para hacer una deposición más o menos verídica²¹⁴.

Además, la doctrina está conteste en que el testigo no solo tiene obligaciones, sino también los derechos de previa comunicación, excepción testimonial, reembolso de sus gastos y tratamiento digno²¹⁵⁻²¹⁶.

1.5. LAS TACHAS

En el caso del tratamiento del testigo, se hace imposible ignorar el centralismo que se otorga al sujeto que realiza la declaración -lo que ya hemos desarrollado y seguiremos tratando con mayor profundidad aun en los próximos capítulos-, desconociendo de esa forma por completo el contenido que esta última tendrá ni los antecedentes que ella puede aportar para una mejor resolución del conflicto.

La centralidad señalada deviene de la desconfianza que se tiene de las personas en general, y en especial de quienes depondrán en un proceso, y se materializa principalmente en la institución de las tachas, ignorando que por mucho tiempo la única prueba admitida fue la prueba testimonial, hasta el auge de la prueba documental²¹⁷.

Los primeros atisbos de la desconfianza en los testigos aparecen ya en el siglo II d.C. cuando Venuleyo, jurisconsulto romano, estableció que no podrían declarar los que habían sido

²⁰⁹ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 52.

²¹⁰ *Ibíd.* pp. 58-62.

²¹¹ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 155.

²¹² ELLERO. Op. cit. p. 148.

²¹³ Igual sentido DEVIS ECHANDÍA “La efectividad del juramento se basa en la sanción penal por el perjurio y, en forma muy secundaria, en la fuerza moral del acto y las creencias religiosas del testigo j ese segundo aspecto ha perdido importancia, debido al relajamiento de las costumbres y a la disminución del fervor religioso”, decir una mentira es distinto a equivocarse. DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p.55.

²¹⁴ GORPHE. Op. cit. p. 275.

²¹⁵ GUIMARAES RIBEIRO. Op. cit. pp. 255.

²¹⁶ El derecho a ser indemnizado es el que más se repite, ver también ALVARADO Velloso. Op. cit. p. 141, o KIELMANOVICH. Op. cit. p. 55.

²¹⁷ Ver DE PAULA PÉREZ. Op. cit. pp. 10-14.

condenados en juicio público, los menores de 20 años y quien haya testificado por el mismo anteriormente²¹⁸. En el mismo sentido, luego se empezó a limitar este medio de prueba por razones sociales, vida honesta, motivos económicos, amistad o enemistad²¹⁹, motivos similares a los que hoy encontramos en nuestras legislaciones, y otros que afortunadamente han sido eliminados. Luego, la institución de las tachas como tal tendría su origen, según nos relata PINO ABAD, en la época de Justiniano, quien dirigió a sus jueces el mandato de examinar “(...) con especial escrupulosidad a los testigos presentados por las partes, a efectos de comprobar si eran personas de bien o un malvado, la clase social a la que pertenecían para juzgar su credibilidad, así como el oficio que desempeñaba y los bienes que tenía”²²⁰.

Hoy en día, podemos definir las tachas como “la facultad procesal que se ofrece a las partes de imputar a un testigo parcialidad, porque en él concurre una causa que le hace objetivamente sospechoso”²²¹, en otras palabras, son la manera de hacer efectivas las inhabilidades que el legislador ha establecido²²², o la opción que tienen las partes de manifestarle al tribunal ciertas circunstancias de los testigos de la contraria que podrían disminuir el valor de su testimonio²²³. Sin embargo, en algún momento fueron definidas de forma más drástica, como “notas, defectos, medios o razones que se alegan contra los testigos para impedir que el juez dé crédito a sus deposiciones”²²⁴.

En el caso del derecho procesal civil español actual estas deben ser entendidas como un “mecanismo dirigido al juez mediante el cual se le pone en precaución o advertencia de las declaraciones testificales de aquellas personas que pueden estar afectadas de parcialidad y, por ello, no ser veraces, sin que por ello impidan su valoración judicial”²²⁵, no siendo motivo de inhabilidad sino de valoración²²⁶, aunque esto último también ha sido criticado, señalándose que esta visión atentaría contra el derecho a la prueba porque “los medios de prueba son los que son, sin que en su valoración quepa admitir gradaciones de análisis crítico (para los tachados, sumamente rigurosa; para los no tachados, más laxa)”²²⁷.

La generalidad de las inhabilidades que se han desarrollado a lo largo del tiempo, para justificar la existencia de las tachas, hoy no tiene razón, como por ejemplo las diferencias entre

²¹⁸ PINO ABAD, Miguel: *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico-jurídico de la tacha*. Madrid, España, Editorial Dykinson S.A., 2014, p. 31.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ *Ibíd.* p. 38. Podemos encontrar, por el mismo autor, el desarrollo y afianzamiento de las tachas en el derecho visigodo, por el realce principalmente de la documental. *Ibíd.* p.45.

²²¹ QUINTANA FERREIRA, Francisco: “La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo - perito” en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). España, Bosch Procesal, 2008, p. 97.

²²² RODRÍGUEZ PAPIC. *Op. cit.* p. 183.

²²³ DE LA OLIVA SANTOS et al. *Op. cit.* 156.

²²⁴ RISOPATRÓN, Carlos: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile*. Santiago, Chile, Imprenta Cervantes, 1904, p. 266.

²²⁵ PICÓ I JUNOY (2014) *Op. cit.* p. 4209.

²²⁶ ABEL LLUCH (2020) *Op. cit.* p. 22.

²²⁷ MIRANDA VÁZQUEZ (2016). *Op.cit.* p. 25.

hombres y mujeres²²⁸, o el tener o no una profesión²²⁹. Respecto a los ancianos, nos dice GORPHE, que aquí lo que importa es su capacidad psíquica²³⁰. Sin embargo, la inhabilidad que persiste es la relacionada con los niños, porque se ha dicho que el niño “es incapaz de decir la verdad porque es incapaz de comprenderla”²³¹.

De esta manera, entonces, las tachas vienen en general a cuestionar la imparcialidad de los testigos presentados en juicio, centrándose en la persona del testigo, y no en su declaración²³². Luego, y si bien dependerá de cada legislación -y lo veremos en los casos concretos de España y Chile- los motivos que justificarían negarle a una persona declarar como testigo o disminuir su credibilidad, se podrían agrupar en (i) inhabilidades por incapacidad natural, donde típicamente caben los locos o dementes, en su minuto se incluyó a los sordos y mudos -esto debiese descartarse totalmente hoy ya que la percepción del testigo puede darse por cualquier sentido-, y las razones ligadas a la edad; (ii) inhabilidades por disposición de la ley, relacionadas con el interés del testigo, parentesco o secreto, y (iii) otras circunstancias, como la dependencia, la condena por falso testimonio, la amistad o enemistad²³³. Para NIEVA FENOLL, más que una posible clasificación, este autor entiende que simplemente las tachas buscan “(...) evocarnos perjuicios de cada época para simplificar la labor judicial”²³⁴.

Definidas que han sido las tachas, la primera pregunta que surge es su utilidad para el objetivo de la prueba, en concordancia a que el tribunal cuente con todos los antecedentes para poder decidir de la mejor manera. Esta pregunta se realiza principalmente porque las tachas otorgan un protagonismo inusitado a la figura del testigo y sus circunstancias, perdiendo el foco de la relevancia y utilidad de su declaración, y luego de la valoración de la misma.

Ahora, y relacionado con lo recién señalado, lo cual trataremos de resolver en nuestra investigación, se suscita otra pregunta, cual es si el incidente de tachas forma parte de una etapa de conformación del material probatorio o de valoración. Dicha confusión se debe a que han sido descritas, por una parte, como “(...) el medio de impugnación de la prueba testimonial”²³⁵, y por tanto ligadas a la idea de exclusión, pero por otra, como “(...) un procedimiento probatorio, aunque de segundo grado, en el que se persigue la convicción judicial acerca de la existencia de motivos de sospecha en un testigo, convicción para la que se exige que el ofrecimiento de esa prueba se haga precisamente en el escrito en que la tacha se alegue (...)”²³⁶, más bien vinculado a la valoración de la prueba.

²²⁸ GORPHE. Op. cit. p. 122.

²²⁹ *Ibíd.* p. 125.

²³⁰ *Ibíd.* p. 117.

²³¹ *Ibíd.* p. 92.

²³² NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 265.

²³³ Esta clasificación la realiza DE PAULA PÉREZ. Op. cit. pp. 47-83.

²³⁴ NIEVA FENOLL. Op. cit. p. 267.

²³⁵ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 180.

²³⁶ *Ibíd.* p. 184.

No obstante las críticas anteriores, hay una interesante clasificación de las tachas entre tachas subjetivas u objetivas, que serían a nuestro modo de ver un intento por distinguir entre el sujeto y su declaración, aunque de forma muy novata y relativa. Así, la tacha subjetiva es aquella que sucede con la recusación del testigo “en quien concurra cualquiera de las causas determinadas al efecto por el legislador”²³⁷; y la objetiva sería la “crítica al testimonio rendido”, siempre que “resulte inexacto, falso o sospechoso, a fin de poner en relieve sus fallas”²³⁸. La primera carece de justificación porque ese declarante podría decir toda la verdad, en cambio en el otro sentido no²³⁹. Si bien es una idea que desarrollaremos en la última parte de este capítulo, creemos que lo novedoso de esta diferenciación es analizar, como señalamos, de forma separada al testigo y su testimonio y, por otra parte, que se descartan las tachas como tradicionalmente las hemos estudiado.

1.6. PRINCIPALES FORMAS DE CLASIFICACIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN AL TESTIGO DE OÍDAS

Tanto la prueba testimonial -testifical o testimonio- como los testigos, han sido objeto de múltiples clasificaciones. El medio de prueba en sí, más que ser clasificado ha sido caracterizado de acuerdo a las categorizaciones que se ofrecen de la prueba en general. De esta manera, se ha entendido como una prueba directa o indirecta -según desde la perspectiva que se estudie, ya que para algunos sería directa si se trata de un testimonio oral y presencial²⁴⁰-, personal e histórica²⁴¹.

Sin embargo, hay ciertas clasificaciones propias del testimonio que obviamente están determinadas por quién es la persona que depone. Así, encontramos, por ejemplo, el testimonio perfecto o imperfecto, siendo el primero aquel con “ausencia de imperfecciones”, dichas imperfecciones pueden estar en el origen mismo del testimonio, “cuando el ánimo del testigo está mal dispuesto para la verdad” por temas intelectuales o morales. La imperfección sería de forma “cuando esta forma excluye una u otra de las pruebas o ensayos por medio de los cuales se comprueba su mérito, asegurándonos que es completo y exacto”²⁴².

Ahora, los testigos en sí también han admitido una serie de sistematizaciones. Pueden ser presenciales, de oídas o instrumentales; contestes o singulares, y hábiles e inhábiles²⁴³. Otros autores los categorizan en instrumentales y judiciales, según asistan a un acto instrumental o

²³⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Cuestiones de terminología procesal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 178.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.* pp.178-179.

²⁴⁰ BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 39.

²⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. p. 32.

²⁴² *Ibíd.* pp. 36-37.

²⁴³ MATORANA, MONTERO. Op. cit. p. 987. Ver también CASARINO VITERBO. Op. cit. p.75, y RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 164.

sean personas totalmente ajenas al juicio, siendo la característica común de los testigos, para la doctrina más tradicional, que el que son personas totalmente ajenas al juicio²⁴⁴.

DEVIS ECHANDÍA, por su parte, realiza una extensa clasificación de los mismos, entre los que se encuentran, testigos procesales o judiciales y extrajudiciales, extraprocesales o privados; de parte o de terceros; escrito u oral; original o de oídas e indirecto; jurado e injurado; ordinario o actuario; instrumentales o judiciales; comunes o técnicos; de hechos o de relaciones jurídicas; hábiles o inhábiles; abonado o ratificado; corriente o de abono; único o plural; el plural puede ser contestes o concordantes y contradictorios o discordantes; conducentes o inconducentes; pertinentes o impertinentes; útiles e inútiles²⁴⁵.

Sin embargo, y aunque cierta doctrina se refiere a una clasificación del testimonio, y otra de los testigos, que para el caso da lo mismo porque vuelve a denotar la centralidad del sujeto, la clasificación más común y que ha tenido gran influencia tanto en etapas de conformación del material probatorio como de valoración, es entre testimonio o testigo presencial y de oídas, al que también algunos se refieren como indirecto.

La diferencia entre el testigo presencial e indirecto o de oídas, “radica en el grado de credibilidad que pueda atribuirse a la declaración del testigo y a la mayor o menor necesidad de corroborar sus dichos con otros medios de prueba, según el nivel de intermediación del declarante con la fuente de su conocimiento”²⁴⁶. El de oídas o indirecto ha sido denominado por BENTHAM como “no original”²⁴⁷, y daremos paso a un breve análisis del mismo por su importancia.

El testimonio de oídas se ha definido como “aquel que el testigo relata el conocimiento indirecto que tiene de oídas acerca de hechos que han realizado otras personas o de su fama pública o de un rumor sobre ella”²⁴⁸. En otras palabras, en este tipo de testimonio se relata la narración sobre el hecho que han realizado otras personas. Puede ser *auditio proprio* o *auditio auditus*²⁴⁹.

Este tipo de testimonio no ha estado exento de críticas, por lo que se ha tratado de excluir ya sea en etapas preliminares de un proceso -como en el caso del *common law*- o en la etapa de valoración -como revisaremos en el caso chileno-. Lo anterior se debe, como GORPHE señala, a que este tipo de testimonio tiene un punto intermedio entre el resto de los sentidos y el de la vista, los primeros serían totalmente subjetivos y el segundo objetivo²⁵⁰.

²⁴⁴ ALESSANDRI et.al. Op. cit. p. 475.

²⁴⁵ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. pp. 80-82.

²⁴⁶ HORVITZ LENNON, LÓPEZ MASLE. Op. cit. p. 274.

²⁴⁷ BENTHAM, Tomo III. Op. cit. p. 237.

²⁴⁸ ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 96.

²⁴⁹ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. p. 76. En el mismo sentido BORDALÍ, “es aquel respecto al que se declara “(...) en relación a hechos que conocieron a través del dicho de una de las partes o de terceros”. BORDALÍ, CORTÉS, PALOMO. Op. cit. p. 332.

²⁵⁰ GORPHE. Op. cit. p. 187.

BENTHAM, en cambio, es más radical aun y señala que solo debiese admitirse cuando el supuesto testigo inmediato falleció; si no se puede interrogar por enfermedad o ausencia; si su objeto es infirmar su propio testimonio en la causa pendiente y si su objeto es confirmarlo si se contradice²⁵¹, lo llega a comparar con pruebas relacionados con copias de copias de otras²⁵², demostrando la influencia del sistema al que adhiere este autor.

Como mencionamos, tanto han sido los cuestionamientos a este tipo de testimonio que, en el *common law*, en principio, este tipo de testimonio fue excluido, principalmente para que el jurado no cometiera errores escuchando a una persona que no ha tenido contacto directo con los hechos, su justificación es rechazar información basándose en la convicción de que la precisión sobre los hechos mejorará²⁵³. Hoy en Estados Unidos, si bien se mantiene la regla de exclusión (802 *Federal Rules of Evidence*), esta admite excepciones. En Inglaterra, solo se admiten los testimonios de oídas de primera mano y los de segunda si es que se encuentran grabados²⁵⁴. En los sistemas de *civil law*, se han admitido y su eventual cuestionamiento se encuentra en la etapa de valoración (podríamos decir que un ejemplo de ello sería el artículo 383 del CPC chileno, que ya revisaremos).

Ahora, si entendemos que el conocimiento del testigo puede provenir de la percepción de los hechos por cualquiera de sus sentidos, y de la representación que este otorgará, el testimonio de oídas sería completamente admisible si es relevante para el asunto en cuestión. Además, sin lugar a dudas, presentaría un antecedente adicional al tribunal para decidir de mejor manera. Por lo anterior, lo correcto sería examinarlo en la etapa de valoración, analizando cómo el testigo da razón de sus dichos más que establecer reglas formales, como, por ejemplo, determinar por cuántos intermediarios ha pasado, y de eso depender los grados de confirmación de un enunciado²⁵⁵.

2. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El CPC chileno fue publicado el año 1902 y desde ese momento los cambios que ha experimentado han sido mínimos en relación a las renovaciones sociales y a las reformas experimentadas por otros cuerpos legales en el país. Luego, la paradoja que se presenta es que el

²⁵¹ BENTHAM, Tomo III. Op. cit. p. 2.

²⁵² BENTHAM, Tomo III. Op. cit. p. 39. Agrega este mismo autor que “el testimonio debería excluirse cuando no es conducente, es decir extraño o sin relación con la causa, y cuando es superfluo, no añade nada adicional”. BENTHAM, Tomo III. Op. cit. p.76.

²⁵³ DAMASKA. Op. cit. p. 31.

²⁵⁴ Ver TARUFFO (2008) Op. cit. pp. 43-45.

²⁵⁵ BENTHAM, Tomo III. Op. cit. p. 10.

CPC es utilizado supletoriamente en el resto de las materias reformadas²⁵⁶, pero este no ha sido modificado²⁵⁷.

De esta manera, el procedimiento civil chileno, específicamente el juicio ordinario de mayor cuantía regulado en el Libro II del CPC -en el que se regulan los medios de prueba-, es un procedimiento esencialmente escrito, de lato conocimiento, que se estructura en etapas de discusión, conciliación, prueba y sentencia, y en que prima la doble instancia²⁵⁸. Así la etapa probatoria, que es la que nos interesa en esta investigación, hace eco de las características mencionadas.

La regulación de la prueba civil comienza en el Título IX del Libro II del Código de Enjuiciamiento Civil -artículos 318 y siguientes-, iniciándose por la normativa respecto a la etapa de prueba en sí²⁵⁹, para luego dar paso a la especificidad de los distintos términos probatorios -Título X-²⁶⁰, y terminar con el Título XI “De los medios de prueba en particular”.

Junto con lo anterior, Chile tiene la antigua particularidad de que el Código Civil, en el Título XXI de su Libro IV, regula la prueba de las obligaciones estableciendo las normas sobre carga de la prueba, enumerando los medios de prueba, reglamentando el instrumento público y las presunciones, así como limitando ciertos medios de prueba, como ya revisaremos.

En el caso de los medios de prueba en particular, y producto de que en el sistema chileno de enjuiciamiento civil rige el sistema de prueba legal o tasada²⁶¹, es el artículo 341 del

²⁵⁶ A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 32 del CPP que señala “Normas aplicables a las notificaciones. En lo no previsto en este párrafo, las notificaciones que hubieren de practicarse a los intervinientes en el procedimiento penal se regirán por las normas contempladas en el Título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil”; el artículo 52 del mismo cuerpo legal: “Aplicación de normas comunes a todo procedimiento. Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil”; el artículo 432 del Código del Trabajo: “En todo lo no regulado en este Código o en leyes especiales, serán aplicables supletoriamente las normas contenidas en los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas sean contrarias a los principios que informan este procedimiento. En tal caso, el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva” y el artículo 22 inciso tercero de la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia “En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil” y el artículo 27 de la misma ley: “Normas supletorias. En todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación”.

²⁵⁷ Se han reformado, por ejemplo, el procedimiento penal, el laboral, de familia, el tributario y aduanero, en torno a las ideas de oralidad, concentración e inmediación.

²⁵⁸ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p.12.

²⁵⁹ El Título IX “De la Prueba en General”, menciona a grandes rasgos que, concluida la etapa de conciliación, el tribunal deberá recibir la causa a prueba y fijar en la misma resolución, los hechos substanciales controvertidos sobre los cuáles deberá recaer (artículo 318 del CPC). Contra la resolución que recibe la causa a prueba procede el recurso de reposición dentro de tres días con apelación en subsidio (artículo 319). Además, se regula la posibilidad de ampliación de prueba en los artículos 321 y siguientes.

²⁶⁰ En Chile, se pueden clasificar en tres los términos probatorios: (i) ordinario, que se refiere a la rendición de prueba dentro del territorio jurisdiccional del tribunal en que se sigue el juicio y que es de 20 días en el juicio ordinario de mayor cuantía (artículo 328); (ii) extraordinario dentro o fuera del territorio de la República, en que se aumentará el término ordinario de acuerdo a la tabla de emplazamiento (artículos 329 y siguientes), y (iii) especial, que es el término que se otorgará en el caso de que ocurran entorpecimientos (artículo 339).

²⁶¹ Específicamente, el informe de peritos (artículo 425) y el caso de prueba testimonial que invalide escritura pública del artículo 429 del CPC, se valorarán de acuerdo a la sana crítica.

CPC quien los enumera. Así, “Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informes de peritos; y presunciones”, en igual sentido el artículo 1698 inciso 2º del Código Civil que aparte de los ya señalados, agrega el juramento diferido²⁶².

En la regulación de cada medio de prueba, el legislador principalmente establece los procedimientos de los que se valdrán las partes para el desarrollo del medio de prueba específico y la valoración que se le otorga al mismo.

En último lugar, y al finalizar la regulación de los medios de prueba, el CPC tiene un apartado especial sobre la apreciación comparativa de los medios de prueba, así el artículo 428 señala que: “Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad”. Luego, en el artículo siguiente plantea el caso que una prueba testimonial pueda invalidar una escritura pública, que revisaremos más adelante.

De esta manera es posible apreciar cómo en Chile, producto de la estructura de su procedimiento, no se cuenta con una etapa de admisibilidad de la prueba propiamente tal “(...) sensible al compromiso epistémico de conocer el caso en sus propios términos”²⁶³. Luego, si bien es cierto, y como luego revisaremos respecto a la prueba testimonial, solo podríamos interpretar ciertas normas como de exclusión, pero no con miras a mejorar la información en juicio.

En el mismo sentido que lo anterior, se hace urgente la reforma del sistema de prueba legal o tasada porque la libertad probatoria es una norma básica en un sistema de enjuiciamiento civil²⁶⁴, así como su libre valoración.

2.2. ADMISIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Respecto a la prueba testimonial, y siguiendo una posible estructura respecto a las etapas de la actividad probatoria, en Chile no existe una etapa de conformación del material probatorio que determine propiamente la inclusión o exclusión de este medio de prueba. No obstante ello, sí es posible encontrar ciertas normas, que si bien podríamos calificar como de exclusión han sido introducidas, ya sea como parte de un sistema general de prueba legal o

²⁶² PEÑAILILLO ARÉVALO, Javier: *La prueba en materia sustantiva civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 28-40.

²⁶³ LARROUCAU TORRES, Jorge: “Por un estándar amplio de admisibilidad de pruebas en la justicia civil” en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, Tomo IV, Valparaíso, Chile, 2012, Editorial Edeval, p. 186.

²⁶⁴ *Ibíd.* p. 185.

tasada, como reglas meramente procedimentales o como antecedentes propios de la valoración de este medio de prueba.

En esta materia, podríamos señalar que la primera norma de exclusión general del procedimiento civil, pero que se relaciona con la estructura del sistema de prueba legal o tasada, es que el medio de prueba esté incluido en el artículo 341 del CPC ya citado. Luego, la prueba testimonial sí se encuentra dentro de dicho listado, por lo que el problema sobre inclusión o no en este artículo se podría presentar principalmente con los medios modernos de prueba, que no tienen regulación expresa ni encontramos una norma amplia que los admita.

De esta manera, es posible mencionar que “en principio, la prueba testimonial es admisible para probar cualquier hecho, sea de orden físico o moral, sea de aquellos que producen o no consecuencias de orden jurídico”²⁶⁵. Luego, en el desarrollo procedimental de este medio de prueba, las formas de excluirlo dicen relación con permitir la no comparecencia del testigo, la excusa de no declarar por ciertos motivos, y otros relacionados ya con la desconfianza que se tiene en el mismo, impidiendo que ciertos actos puedan probarse mediante testigos, o con la normativa de las tachas, -que revisaremos en un epígrafe especial-, pero que suscita la discusión sobre si es propiamente una norma de exclusión o de valoración.

Respecto a lo que TARUFFO señala como privilegios, es decir, “reglas o principios que atribuyen a ciertas personas específicas la libertad de no aportar algunos medios de prueba, de no revelar algunos materiales o información en su poder o, incluso, el derecho a excluir la posibilidad de obtener información vinculada con una causa”²⁶⁶, podemos encontrar el artículo 360 del CPC, que establece el listado de las personas no obligadas a declarar, cuáles serían, “1° los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio; 2° las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358; y 3° los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas”. Las personas señaladas en el número 2° se vinculan a relaciones de familia. Junto con el listado anterior, hay cierto grupo de personas que tiene el privilegio de no comparecer, pero sí declarar en su domicilio²⁶⁷, y otros, tanto chilenos como extranjeros -que gozan de inmunidad diplomática-, de hacerlo a través de informe²⁶⁸.

²⁶⁵ CASARINO VITERBO. Op. cit. p. 73.

²⁶⁶ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 51.

²⁶⁷ Artículo 361 CPC: “Podrán declarar en el domicilio que fijen dentro del territorio jurisdiccional del tribunal: 1°. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Subsecretarios; los Delegados Presidenciales Regionales, Delegados Presidenciales Provinciales y los Alcaldes, dentro del territorio de su jurisdicción; los jefes superiores de Servicios, los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos Tribunales, los Jueces Letrados, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales; los Oficiales Generales en servicio activo o en retiro, los Oficiales Superiores y los Oficiales Jefes; el Arzobispo y los

Si analizamos estas normas, estas no pueden calificarse propiamente como de exclusión, sino más bien como excepciones generales a los deberes de comparecer y declarar de los testigos. Por ello, más que encontrarnos antes un examen de admisibilidad y relevancia, estamos ante meras normas procedimentales que vienen a cautelar ciertos valores.

Sin perjuicio de lo señalado, hay reglas que no son meramente procedimentales y que sí buscan impedir que se ofrezca y rinda prueba testimonial en ciertos casos y respecto a determinados actos. Lo anterior, por la desconfianza que se tiene en este medio de prueba como hemos observado de su tratamiento doctrinal y de la legislación pertinente. En el caso chileno, nos referimos a los artículos 1708, 1709 y 1710 del Código Civil.

El artículo 1708 menciona que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, luego, el artículo 1709 señala que “deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la referida suma. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida”. Por último, el artículo siguiente aclara que: “Al que demanda una cosa de más de dos unidades tributarias de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda. Tampoco es admisible la prueba de testigos en las demandas de menos de dos unidades tributarias, cuando se declara que lo que se demanda es parte o resto de un crédito que debió ser consignado por escrito y no lo fue”.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ menciona, a *contrario sensu* de estas dos normas, que entonces pueden probarse por testigos, los delitos y cuasidelitos, por ser hechos jurídicos; los hechos naturales y hechos humanos; el hecho mismo de la entrega. Aunque, y si bien es una

Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores, los Vicarios y Provicarios Capitulares; y los Párrocos, dentro del territorio de la Parroquia a su cargo;

2º. Derogado;

3º. Los religiosos, incluso los novicios;

4º. Las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia, y

5º. Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo. Para este efecto, dentro del tercer día hábil siguiente a su notificación, las personas mencionadas propondrán al tribunal el lugar y la fecha, comprendida dentro del término probatorio, de realización de la audiencia respectiva. El juez los fijará sin más trámite si el interesado así no lo hiciere ni comunicare su renuncia al derecho que le confiere este artículo. Con todo, los miembros y fiscales judiciales de las Cortes y los jueces letrados que ejerzan sus funciones en el asiento de estas, no declararán sin previo permiso de la Corte Suprema, tratándose de algún miembro o fiscal judicial de este tribunal, o de la respectiva Corte de Apelaciones en los demás casos. Este permiso se concederá siempre que no parezca que solo se trata de establecer, respecto del juez o fiscal judicial presentado como testigo, una causa de recusación”.

²⁶⁸ Artículo 362 CPC: “No están obligados a declarar ni a concurrir a la audiencia judicial los chilenos o extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia. Estas personas declararán por informe, si consintieran a ello voluntariamente. Al efecto, se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del Ministerio respectivo”.

discusión del texto del artículo, este autor incluye las obligaciones de hacer y no hacer²⁶⁹. La doctrina aclara, y agrega, que la limitación que establece el artículo 1709 respecto a las obligaciones de más de dos unidades tributarias mensuales, debe determinarse “en el momento de cumplir con la obligación de consignar ese acto o contrato por escrito”²⁷⁰, y que rige solo respecto a los otorgantes y en materia civil, en virtud del artículo 129 del Código de Comercio²⁷¹⁻²⁷².

En relación con estas limitaciones a la prueba testimonial, el mismo Código Civil admite excepciones que establece en su artículo 1711²⁷³, estas serían: (i) si hay un principio de prueba por escrito, señalándose que debe ser un documento escrito firmado o no; que emane de la parte contraria contra quien se invoca o de su representante y que haga verosímil el hecho litigioso²⁷⁴; (ii) si existe imposibilidad de prueba escrita, ya sea física moral, y (iii) otros casos señalados en la ley, como por ejemplo, los negocios mercantiles²⁷⁵ y el comodato²⁷⁶.

Por último, hay autores como ANABALÓN SANDERSON, que agregan que el hecho de que la prueba de ciertos actos solemnes debe ser por escrito, no siempre constituyen limitaciones, sino prohibiciones legales que no siempre tienen aparejada la nulidad²⁷⁷.

Es así como podemos señalar que la exclusión de la prueba testimonial en pro de la documental, como en el caso de Chile, se debe principalmente a dos factores. A que nos encontramos ante un procedimiento escrito en que la confianza se encuentra en los medios de prueba que consten de dicha manera, y por ello, al contrario, a que a través de estas mismas normas observamos la desconfianza en las personas y testigos.

Ahora, en segundo término, el sistema de prueba legal o tasada que prima en Chile también influye en la normativa anterior citada porque se ha mencionado que en un sistema donde prime la sana crítica, “(...) las escrituras públicas perderían toda su eficacia legal para pasar a constituir uno de los varios elementos probatorios que debe sopesar el tribunal”²⁷⁸,

²⁶⁹ ALESSANDRI et.al. Op. cit. p.478; misma idea en ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p.189; PALOMO VÉLEZ, et al. Op. cit. p. 330 y RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 168.

²⁷⁰ ALESSANDRI et.al. Op. cit. p. 479.

²⁷¹ Artículo 129 Código de Comercio: “Los juzgados de comercio podrán, atendidas las circunstancias de la causa, admitir prueba testimonial aun cuando altere o adicione el contenido de las escrituras públicas”.

²⁷² DUCCI CLARO. Op. cit. p. 426-427 se refiere a las excepciones.

²⁷³ Artículo 1.711 Código Civil: “Exceptúanse de lo dispuesto en los tres artículos precedentes los casos en que haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Así un pagaré de más de dos unidades tributarias en que se ha comprado una cosa que ha de entregarse al deudor, no hará plena prueba de la deuda porque no certifica la entrega; pero es un principio de prueba para que por medio de testigos se supla esta circunstancia. Exceptúanse también los casos en que haya sido imposible obtener una prueba escrita, y los demás expresamente exceptuados en este Código y en los Códigos especiales”.

²⁷⁴ ALESSANDRI et.al. Op. cit. p. 480; misma idea en ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 189.

²⁷⁵ Artículo 128 Código de Comercio: “La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura pública”.

²⁷⁶ Artículo 2.175 Código Civil: “El contrato de comodato podrá probarse por testigos, cualquiera que sea el valor de la cosa prestada”.

²⁷⁷ ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 188.

²⁷⁸ MENESES PACHECO, Claudio: *El documento Público como Medio de Prueba en el Proceso Civil Chileno*, en Thomson online, 2017.

aunque, como nos señala el mismo autor, hay quienes establecen que la confianza en lo escrito prevalecerá y que, por lo menos, en el caso de la prueba documental pública, esta conservará toda su configuración con independencia de tales opciones procesales y probatorias, así “las características de los documentos públicos no están determinadas por el modelo judicial, sino ante todo por las funciones extrajudiciales que están llamados a cumplir en el campo de las relaciones y situaciones jurídicas de derecho sustantivo”²⁷⁹.

Lo recién expuesto, en relación a un eventual examen de admisibilidad de la prueba testimonial, permite concluir que muchas de las normas que podrían interpretarse como de exclusión no son más que formalidades, y que realmente es la reglamentación contenida en el Código Civil la que puede entenderse como de conformación o de exclusión. Luego, las inhabilidades y, por ende, las tachas también podríamos interpretarlas de dicha manera, pero por sus particularidades y porque creemos que no es correcto analizarlas como norma de exclusión, nos abocaremos a su tratamiento específico en Chile en los siguientes apartados.

2.3. INHABILIDADES

Como fue posible concluir del apartado anterior, en Chile no existe propiamente una etapa de conformación del material probatorio. Sin embargo, de igual manera pudimos observar que hay normas meramente procedimentales que por ser “privilegios” -utilizando la terminología de TARUFFO- podrían entenderse como tales, además de ciertas normas contenidas en el Código Civil que impiden que, para probar ciertos actos, se utilice la prueba testimonial. Luego, dejamos para un estudio separado las inhabilidades y consecencialmente las tachas, porque no existe claridad respecto a si su función es o no de exclusión como tal.

En el caso del derecho procesal civil chileno, las inhabilidades o incapacidades son aquellas que “(...) impiden que una persona que se encuentra en determinadas circunstancias o condiciones pueda declarar en cualquier juicio; y, en otras, ese impedimento solo dice relación con determinados juicios. En el primer caso, las inhabilidades reciben el nombre de absolutas y, en el segundo, de relativas”²⁸⁰, y se encuentran establecidas en los artículos 357 y 358 del CPC²⁸¹⁻²⁸². El legislador justificó la existencia de estas disposiciones en que se buscaba que el

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ CASARINO VITERBO. *Op. cit.* p.75.

²⁸¹ Artículo 357 CPC: “No son hábiles para declarar como testigos: 1°. Los menores de catorce años. Podrán, sin embargo, aceptarse las declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente; 2°. Los que se hallen en interdicción por causa de demencia; 3°. Los que, al tiempo de declarar, o al de verificarse los hechos sobre que declaran, se hallen privados de la razón, por ebriedad u otra causa; 4°. Los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse estos; 5°. Los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente; 6°. Los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros, aun cuando no se les haya procesado

testimonio mereciera fe y perdurara como un medio de prueba válido y eficiente, de esta manera se aseguraría el conocimiento del hecho sobre el que se declara; la probidad y decencia del testigo y su imparcialidad²⁸³.

El primer caso es el referido a las denominadas inhabilidades absolutas, que “son aquellas que impiden que una persona que se encuentra en determinadas circunstancias o condiciones pueda declarar en cualquier juicio; se fundan en la falta de capacidad del testigo para percibir los hechos sobre los que depone o en su falta de probidad; y las enumera taxativamente el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil”²⁸⁴. En cambio, las del artículo 358 del mismo cuerpo legal se refieren a “aquellas personas que adolecen o pueden adolecer de parcialidad, defecto o vicio que consiste en un estado de ánimo pasional que impide a las personas el emitir un juicio recto y sincero respecto a otras”²⁸⁵.

La diferencia entre estos dos artículos que enlistan inhabilidades se centra en que las absolutas pueden ser declaradas de oficio por el juez²⁸⁶, a diferencia de las relativas que solo pueden hacerse valer por las partes a través de las tachas -institución que ya analizaremos-, esto según el artículo 375 del CPC²⁸⁷. Además, las inhabilidades relativas son posibles de purgar cuando ambas partes presentan testigos afectos a iguales inhabilidades -artículo 358 del CPC-, y son posibles de renunciar expresa o tácitamente.

Las razones que explicarían el listado de personas que se encuentran inhabilitadas serían principalmente tres: a) la falta de capacidad para percibir los hechos sobre los que declara el testigo, siendo estas las comprendidas en el artículo 357 en los números 1 al 5, siendo

criminallymente; 7º. Los vagos sin ocupación u oficio conocido; 8º. Los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito; y 9º. Los que hagan profesión de testificar en juicio”.

²⁸² Artículo 358 CPC: “Son también inhábiles para declarar: 1º. El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos; 2º. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración; 3º. Los pupilos por sus guardadores y viceversa; 4º. Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa; 5º. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio; 6º. Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7º. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias. Las inhabilidades que menciona este artículo no podrán hacerse valer cuando la parte a cuyo favor se hallan establecidas, presente como testigos a las mismas personas a quienes podrían aplicarse dichas tachas”. Como nos ilustra ANABALÓN, el número 4 “se refiere a personas dependientes, subordinados, de forma habitual de personas natural o jurídica, el número 5 se refiere a los inquilinos, peones o gañanes de los fundos respecto a sus patrones, es decir trabajadores agrícolas, pero también operarios de fábricas, talleres o industrias en general” y que “respecto al número 6 del artículo 358 el interés debe ser pecuniario, estimable en dinero o material en el juicio y directo”. Por último, que “Respecto de la amistad, esta debe ser entre personas naturales, inmediata y directa y la enemistad se refiere a un sentimiento permanente de aversión, no un simple disgusto”. ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. pp. 195-196.

²⁸³ *Ibíd.* p. 191.

²⁸⁴ CASARINO VITERBO. Op. cit. p. 76.

²⁸⁵ ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 194.

²⁸⁶ PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 334.

²⁸⁷ Artículo 375 CPC: “Las tachas opuestas por las partes no obstan al examen de los testigos tachados; pero podrán los tribunales repeler de oficio a los que notoriamente aparezcan comprendidos en alguna de las que señala el artículo 357. La apelación que se interponga en este caso se concederá solo en el efecto devolutivo”.

inhabilidades absolutas; b) sería la falta de probidad para declarar, dentro de las que estarían los numerales 6 al 9 del mismo artículo anterior, y c) sería la falta de imparcialidad para apreciar los hechos sobre los cuales declara el testigo, donde se encontraría el artículo 358 completo²⁸⁸. En el mismo sentido ANABALÓN SANDERSON, quien señala que las tres razones respectivamente serían: falta de conocimiento, falta de probidad y decencia y, por último, falta de imparcialidad²⁸⁹.

Las inhabilidades que se mencionan en los listados anteriores dan lugar al “derecho de la parte en cuyo favor aparecen aquellas establecidas para tachar a los testigos presentados por el contendor, que se consideren no aptos para declarar por afectarle una o más de dichas causales, únicas que admite la ley”²⁹⁰.

Cabe recordar que, si bien este listado tendría como fundamento excluir por razones de enfermedades intelectuales, falta de probidad o algún tipo de interés, teniendo como propósito el disminuir el error en la decisión, muchas veces es mejor, conociendo alguna de estas razones, incluir la declaración de un cierto testigo supuestamente inhábil porque este nos proporcionará de todas maneras información útil y más antecedentes para tomar una mejor decisión.

En definitiva, este listado de inhabilidades revela lo que hemos señalado a lo largo de todo este capítulo, cual es el centralismo que existe en la persona o agente que ejecuta la prueba testimonial, dependiendo de ella finalmente si esta prueba se llevará a cabo y cómo será valorada.

2.4. LAS TACHAS

Como hemos tenido ocasión de exponer, las tachas son finalmente el medio procesal para hacer valer las inhabilidades de los testigos cuyo listado ha establecido el legislador procesal civil²⁹¹.

El procedimiento para el desarrollo de las tachas en el CPC chileno está regulado entre sus artículos 373 y 378. De manera general, es posible mencionar que las tachas deben oponerse antes de la declaración del testigo -excepto en el caso de que se incluyan testigos que no se encontraban en el listado original por razones excepcionales, donde la tacha puede oponerse dentro de tercero día-, debiendo indicarse de forma precisa y específica cuál es la inhabilidad que se hace valer²⁹².

²⁸⁸ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 165.

²⁸⁹ ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p.192.

²⁹⁰ *Ibíd.* p. 196.

²⁹¹ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p.183.

²⁹² ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p.196.

Solo pueden ser opuestas las tachas por la parte contraria a la que presenta al testigo, y luego de opuesta esta, la parte que lo presentó puede solicitar que sea reemplazado por otro testigo hábil. Luego, la oposición de la tacha no obsta a que el testigo declare, con la excepción de las inhabilidades absolutas que pueden repelerse de oficio.

La oposición de una tacha se tramitará como un incidente, por lo anterior pueden recibirse a prueba, con la particularidad de que no se puede presentar como medio de prueba de una tacha prueba testimonial.

En la legislación civil chilena, como podemos observar, la regulación breve pero central en este medio de prueba sobre las tachas, nos permite obtener algunas importantes conclusiones.

La primera de ellas es sobre el tema que reiterativamente volvemos a mencionar, cual es el centralismo en el testigo. Nos encontramos con que este centralismo se debe en gran parte a la desconfianza que se tiene en las personas, porque si no se desconfiara nos daría igual quien declare.

Es tal la desconfianza en el testigo, y aquí la segunda conclusión, que incluso no se admite prueba testimonial para la prueba de las tachas, lo que podríamos incluir en el apartado sobre admisibilidad, como un caso de examen de admisibilidad y consecuentemente de exclusión de este medio de prueba.

En tercer término, y vinculado con el apartado anterior sobre admisibilidad, la reglamentación de las tachas nos permite concluir que las inhabilidades son finalmente un examen de admisibilidad, porque si el testigo se entiende como inhábil deberíamos descartar su testimonio.

Cabe señalar que si bien en Chile el trasfondo de las tachas es el esbozado, igualmente el testigo declara y la tacha se resuelve en la sentencia definitiva, por lo tanto, la pregunta que surge es si las tachas, más que un examen para una exclusión, son parte de la valoración de la prueba testimonial. Responder lo anterior es complejo porque si bien se resuelve en la sentencia definitiva, lo primero que el juez realiza es el examen de tacha y no valora, sino que descarta el testimonio, si estima que la tacha debe ser acogida.

2.5. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para la rendición de la prueba testimonial está reglamentado a partir del artículo 363 del CPC. Los artículos anteriores a este, a partir del 356, señalan el listado de inhabilidades y de excepcionados de declarar o comparecer.

Precisado lo anterior, y como primera consideración, debe estarse al artículo 320 inciso segundo CPC, que menciona que, dentro de los primeros cinco días del término probatorio, la parte que quiera rendir prueba testimonial deberá presentar “(...) una nómina de los testigos de que piensa valerse, con expresión del nombre y apellido, domicilio, profesión u oficio”, de no acompañar este listado, no podrá valerse de este medio de prueba. Además, señala el inciso primero de la misma norma, que deberá acompañarse una minuta con los puntos sobre los que piensa rendir esta prueba de testigos, aunque su omisión carece de sanción expresa.

Presentada la lista de testigos, en el plazo establecido, y llegado el día de la declaración del testigo, la cual debe practicarse dentro del término probatorio, se examinará a los testigos de manera separada y sucesiva, comenzando por los testigos del demandante. Quien interrogará a los testigos será el juez, según menciona el artículo 365 del CPC, aunque en la práctica dirige la audiencia un ministro de fe²⁹³ que será un auxiliar de la administración de justicia.

Comenzado el interrogatorio del testigo este deberá prestar juramento, de lo contrario la declaración será nula²⁹⁴⁻²⁹⁵. Prestado que sea el juramento, al testigo se le dirigirán, siempre por conducto del tribunal, las interrogaciones conducentes para, en primer término, establecer inhabilidades -artículo 366 del CPC- y luego de ello, si lo estima la parte contraria a quien lo presentó, oponer la tacha.

Opuesta o no la tacha, el testigo igualmente prestará declaración sobre los puntos de prueba que respecto a la resolución que recibe la causa a prueba la parte que lo presentó estime debe declarar, pudiendo, terminada su declaración, hacerles preguntas y conainterrogaciones solo al tenor de lo declarado.

Como normas formales adicionales, se debe señalar que según el artículo 367 del CPC, los testigos deben responder de forma clara y precisa, debiendo dar razón de sus afirmaciones. Además, se entiende que la declaración es un acto continuo que no puede interrumpirse si no existen motivos graves y urgentes -artículo 368 CPC-.

Por último, lo que también podríamos interpretar como una especie de inadmisibilidad por limitar este medio de prueba, es que el artículo 372 del CPC admite “(...) a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse”.

²⁹³ COFRÉ PÉREZ, Leonardo: *Ante quien se presta la declaración testimonial*. Santiago, Chile, Puntotext, 2009. Cita online: CL/DOC/484/2010.

²⁹⁴ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 177.

²⁹⁵ Ver artículo 363 CPC: “Antes de examinar a cada testigo, se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: “¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?”. El interrogado responderá: “Sí juro”, conforme a lo dispuesto en el artículo 62”.

2.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

En el sistema procesal civil chileno la valoración de la prueba se rige por las normas de la prueba legal o tasada, por lo que es el legislador quien nos señala las reglas de acuerdo a las cuales deberá valorarse la prueba testimonial. Estas reglas se encuentran en los artículos 383 y 384 del CPC.

El primero de estos artículos está referido exclusivamente a los testimonios de oídas, señalando que estos solo podrán estimarse como base de presunción judicial. Así, “para que el juez pueda darles ese valor es necesario que las palabras oídas se refieran directamente a aseverar los hechos que se trata de probar y, además, es esencial que individualicen a las personas que los han ilustrado sobre los hechos que no percibieron con sus propios sentidos, a objeto de que el juez conozca el origen de tales especies y esté en situación de valorarlas”²⁹⁶.

El artículo 384, por su parte, presenta seis numerales en que se detallan las reglas para otorgarle fuerza a este medio de prueba; así nos menciona que:

“Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes:

1a. La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426;

2a. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario;

3a. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso;

4a. Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número;

5a. Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho, y

²⁹⁶ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 192.

6a. Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por esta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes”.

Es posible apreciar que la declaración de un solo testigo jamás constituirá plena prueba, debiendo valorarse según las reglas de las presunciones judiciales. Este numeral ha causado ciertas dudas, llegándose a cuestionar, y demostrando la desconfianza en las personas, respecto a si “¿bastará para alejar toda posibilidad de equivocación, de error, de preocupación, en persona alguna humana, de suyo falible, si no por el testimonio de sus sentidos, al menos por la manera de apreciarlos su inteligencia? Parece, pues, que en un solo testimonio más que difícil es que exista otro carácter que dé fuerza a la presunción que la gravedad”²⁹⁷.

Si, en cambio, nos encontramos ante dos testigos contestes, es decir, conformes con el hecho y en sus circunstancias esenciales²⁹⁸⁻²⁹⁹; que no hayan sido tachados, cumplido el procedimiento legal y que den razón de sus dichos, podemos obtener plena prueba.

El dar razón de sus dichos se vincula con el artículo 367 CPC -que citamos en precedencia-, y que se ha entendido como “(...) la causa de por qué afirman los testigos los hechos aseverados, es importantísima para el juez, porque si este no conociera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que conocieron el hecho por el cual deponen, carecería de un elemento fundamental para valorar el testimonio. Ello le permitirá determinar si se trata de un testigo presencial o de oídas, si su testimonio importa solo una opinión o es en realidad la relación del hecho visto u oído, etc.”³⁰⁰.

Cabe señalar que el dar valor a los testigos presenciales, de la forma expuesta, es una facultad exclusiva del juzgador, ya que ellos deberán apreciar si los testigos se encuentran contestes en el hecho, sus circunstancias esenciales y dan razón de sus dichos, para de esa manera constituir plena prueba según la legislación. Esta circunstancia es privativa de los jueces y dependerá de su criterio, no siendo posible interponer casación en el fondo por esta circunstancia³⁰¹.

El número tres del artículo 384 CPC nos recuerda lo que hemos revisado en lo que va de esta investigación, sobre cómo se evalúa al tipo de testigo, ya que si bien hace primar la calidad por sobre la cantidad de los testigos³⁰², es decir, “el principio consagrado por la ley referente al valor probatorio de la prueba testimonial es que las declaraciones de los testigos deben ser pesadas y no contadas; vale decir, el tribunal para dar o no por establecido un hecho no debe

²⁹⁷ RISOPATRÓN. Op. cit. p. 269.

²⁹⁸ ANABALÓN SANDERSON. Op.cit. p. 211.

²⁹⁹ En el mismo sentido, PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 332.

³⁰⁰ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 179.

³⁰¹ *Ibíd.* p. 196.

³⁰² ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 213.

tomar en cuenta el número o la cantidad de los testigos, sino la calidad de ellos³⁰³; esta calidad no solo se vincula a que estén mejor instruidos sino también a su fama, lo que en doctrina se ha conocido como testigos abonados, es decir, “los que por su buena fama y crédito, en una palabra, por su prestancia, son de fiar sin mayores análisis o recuento”³⁰⁴.

Los numerales del 4 al 6, respecto a la valoración de la prueba testimonial, no hacen más que señalar que si los testigos de ambas partes tienen iguales condiciones, primará el mayor número y si el número es igual, no pudiendo la “sana razón” dar mayor crédito a uno que a otros, se tendrá por no probado el hecho. El número 6 es aplicación del llamado principio de adquisición procesal.

2.7. OTRAS NORMAS RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Para terminar la revisión del tratamiento que en Chile se le ha otorgado a la prueba testimonial, dentro del contexto de un juicio ordinario de mayor cuantía, es preciso revisar tres normas que se refieren a la rendición de este medio de prueba.

La primera de ellas es la referida a que es posible solicitar, como una medida prejudicial probatoria, la rendición de prueba testimonial. Así, el artículo 286 del CPC señala que “se podrá, asimismo, solicitar antes de la demanda el examen de aquellos testigos cuyas declaraciones, por razón de impedimentos graves, haya fundado temor de que no puedan recibirse oportunamente. Las declaraciones versarán sobre los puntos que indique el actor, calificados de conducentes por el tribunal”.

La segunda regla interesante de tener en consideración es la del artículo 159 del CPC, referido a las medidas para mejor resolver, que “son aquellas diligencias probatorias establecidas en la ley y que puede decretar de oficio el tribunal, luego de dictada la resolución citación para oír sentencia, con el fin de acreditar o esclarecer alguno de los hechos que configuran el conflicto, para la adecuada y justa decisión de este”³⁰⁵. En este mismo sentido, la norma citada en su número 5 establece como este tipo de medidas “la comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios”.

En relación a la prueba testimonial la medida es muy restringida, porque no se trata de nuevos testigos ni de antiguos que declaren sobre nuevos hechos, sino que son los mismos que se busca que aclaren ciertos puntos de su declaración. Además, en relación a esto, el artículo 207 del CPC, permite que en segunda instancia se ordene la rendición de este medio de prueba

³⁰³ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 191.

³⁰⁴ ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 211.

³⁰⁵ RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 268.

como medida para mejor resolver, y sobre hechos que no figuren en la prueba ya rendida, “(...) siempre que la testimonial no se haya podido rendir en primera instancia y que tales hechos sean considerados por el tribunal como estrictamente necesarios para la acertada resolución del juicio. En este caso, el tribunal deberá señalar determinadamente los hechos sobre que deba recaer y abrir un término especial de prueba por el número de días que fije prudencialmente y que no podrá exceder de ocho días (...)”.

Por último, queda recordar la norma excepcional del artículo 429 que ya fue mencionada en precedencia, la cual permite que una escritura pública sea invalidada -siempre que se trate de impugnar la autenticidad de la escritura misma, no las declaraciones consignadas en una escritura pública auténtica-, por prueba testimonial, siempre que concurren cinco testigos que tengan las características que permiten otorgarles valor de plena prueba según el artículo 384, y que se acredite que parte que asistió personalmente al otorgamiento, el escribano o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad o ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes. Esta norma es doblemente excepcional para el sistema probatorio chileno, porque se apreciará esta prueba conforme a las normas de la sana crítica.

3. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Al realizar un breve análisis de la ley de enjuiciamiento civil chilena fue posible observar la falta de actualidad del sistema, lo que trae consecuencias importantes a nivel práctico en el proceso. Sin embargo, en el caso español, en que sí existe un nuevo sistema procesal, no todos los problemas expuestos han sido resueltos, aunque se destaca que se buscó respetar “(...) principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común”³⁰⁶.

En el procedimiento civil español la prueba civil se encuentra regulada en el Libro II, y de manera específica, en los Capítulos V “De la prueba: disposiciones generales” y VI “De los medios de prueba y las presunciones” de la LEC. De todas formas, hay regulación sobre la introducción de antecedentes necesarios para poder tomar una decisión en los Capítulos III y IV del mismo libro.

³⁰⁶ Exposición de Motivos LEC/2000, epígrafe III.

La regulación específica de los medios de prueba comienza en el artículo 299 en el que se realiza una enumeración no taxativa de ellos. Por último, se agrega que el tribunal adoptará las medidas necesarias para incluir cualquier otro medio de prueba no incluido, pero del que pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes”. Además, si bien no se mencionan en este listado, sí se encuentran reguladas en la Sección 9ª de este Capítulo, las presunciones que, como se señala en la Exposición de Motivos, se introducen como “método de fijar la certeza de ciertos hechos”³⁰⁷.

La prueba testimonial se encuentra normada en la Sección 7º del Capítulo VI ya mencionado, y “(...) es de aplicación a todos los procesos declarativos, tanto en la primera instancia como en vía de recurso, y también a los procesos especiales, quedando a salvo, por tanto, las peculiaridades que se establezcan en normas especiales”³⁰⁸.

Este medio de prueba ha tenido una evolución importante si la comparamos con la antigua Ley española de 1881. Así, en esta última, la prueba de testigos, “(...) aparecía con un carácter residual o subsidiario, tanto desde la perspectiva de su regulación legal, como desde el punto de vista del modo de su práctica”³⁰⁹, es por ello que ante la tradicional desconfianza que ha mostrado el legislador con ella, “(...) la LEC intentó revalorizarla, reforzando la contradicción y la inmediación en su práctica (EM XI, 18)”³¹⁰, estableciendo además que el interrogatorio fuese libre desde el inicio³¹¹.

Fruto de esta revalorización es que una de las novedades más importantes es la derogación total de los preceptos referidos a ella contenidos en el Código Civil. Así “se pone fin a la dispersión normativa de dos cuerpos legales distintos y a la denostada ubicación y sistemática dentro de la propia norma procesal de 1881 (dentro de las normas reguladoras del procedimiento ordinario de mayor cuantía). El sistema construido por la Ley de 1881 y por los artículos correspondientes del Código Civil (artículos 1244 a 1248) queda derogado con la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición derogatoria única), así como alguna especialidad recogida en otras disposiciones (...)”³¹².

Cabe mencionar -a diferencia de la regulación chilena- que en esta materia se hacen patentes los principios de oralidad (arts. 368 y ss.), inmediación (289 y 137) y contradicción (art. 372)³¹³.

³⁰⁷ Exposición de motivos LEC/2000, Motivo XI.

³⁰⁸ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 22.

³⁰⁹ QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 96.

³¹⁰ GÓMEZ COLOMER (2019). Op. cit. p. 288.

³¹¹ Exposición de motivos LEC/2000, motivo XI.

³¹² RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. pp. 20-22.

³¹³ Ver también CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p.53.

3.2. ADMISIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Respecto a la etapa de conformación del material probatorio, y a diferencia del sistema chileno en que esta no está determinada como tal, en la LEC sí nos encontramos con un momento de ofrecimiento y un análisis acerca de la admisión de las mismas, como bien consigna el artículo 285 LEC³¹⁴.

El análisis de admisión se realizará, en el caso del juicio ordinario, en la llamada audiencia previa, donde se propondrá la prueba y se analizará su pertinencia y utilidad -según los números 1 y 2 del artículo 429 en relación con el citado artículo 283 LEC-. En el caso del juicio verbal, la inclusión de la prueba testimonial, se analizará en la vista -según el número 3 del artículo 443-. Se añade que, al momento de proponer y admitir la prueba, se debe individualizar al testigo y, aunque no lo dice la ley, mencionarse sobre qué va a declarar³¹⁵.

Definido el momento para determinar la admisión de la prueba, se precisa entonces analizar los motivos que se han considerado para inadmitirla de forma general, criterios que estipula el artículo 283, así “(...) 1. No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente. 2. Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos. 3. Nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”. Ergo, los criterios a utilizar son pertinencia, utilidad y legalidad.

En relación a la pertinencia, esta ha sido entendida como “(...) la relación entre el hecho que pretende acreditarse y los hechos que constituyen el objeto del proceso”³¹⁶. Es decir, sería impertinente la prueba testimonial cuando esta pretenda probar hechos no introducidos en los actos de alegación, probar un hecho no controvertido o un hecho notorio³¹⁷, este último dependiendo el caso.

PICÓ I JUNOY ha entendido la pertinencia desde otro punto de vista, que creemos correcto por las consecuencias que eventualmente trae. Así, señala que la relación no debe ser respecto al hecho sino al medio probatorio propuesto³¹⁸, debiendo determinarse las relaciones

³¹⁴ Artículo 285 LEC: “Resolución sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas. 1. El tribunal resolverá sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. 2. Contra la resolución que admita o inadmita cada una de las pruebas solo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia”.

³¹⁵ Idea compartida por CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 103.

³¹⁶ *Ibíd.* p. 77.

³¹⁷ *Ibíd.*, pp. 77-82.

³¹⁸ PICÓ I JUNOY (1996) Op. cit. p. 44.

directas e indirectas “entre el hecho que se pretende probar y el hecho configurador del tema *probandi*”, y luego, se deben determinar los hechos que lo integran³¹⁹.

La utilidad, por su parte, sería “aquella que según las máximas de la experiencia se puede razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe una clara inadecuación de medio a fin”³²⁰, en otras palabras, “la inutilidad de una testifical puede derivar, básicamente, de dos circunstancias distintas. Por un lado, cabe que la testifical propuesta sea calificada como inútil cuando el testimonio que se propone no puede lograr demostrar lo que la parte proponente pretende -por ejemplo, cuando se propone a un testigo para demostrar la autenticidad de un documento o para acreditar la paternidad-. Por otro lado, sería también inútil, para algunos, la prueba testifical que resulte sobreabundante”³²¹. El tercer criterio es que la ley lo prohíba, es decir, la ilicitud.

Realizado el análisis general de estos tres criterios al momento de proponerse la prueba testimonial, se hace necesario entonces resolver ciertas inadmisibilidades específicas de este medio de prueba que no afectan a todo el conjunto de pruebas.

Podemos revisar, como primera limitación muy específica, la referida a la “(...) exclusión del mismo para la prueba instrumental conducente a justificar las tachas de peritos y testigos”³²², como lo mencionan los artículos 343 y 379. Mismo caso de la prueba de las tachas en el procedimiento chileno.

En segundo lugar, como otra limitación a este medio de prueba, puede observarse aquella contenida en el artículo 51 del Código de Comercio español referida a la prueba de los contratos cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas³²³. Esta norma, no ha estado exenta de polémica. Por un lado, autores como CHOZAS ALONSO han estimado que se encontraría derogada de acuerdo a la interpretación conjunta de dicho artículo con los artículos 360 y 376 LEC. Así, “en el supuesto de que la existencia de un contrato solo pudiera ser probado por medio de uno o varios testimonios, el Juez debiera admitir la declaración de las personas que tengan noticia de esos hechos controvertidos relativos a lo que constituye, fundamentalmente, el objeto del juicio, con independencia de cuál sea la valoración de dichos testimonios conforme a las reglas de la sana crítica”³²⁴. RODRÍGUEZ TIRADO, por su parte, señala que debería procederse a derogar

³¹⁹ *Ibíd.* p.47.

³²⁰ CHOZAS ALONSO (2001), citando a DE LA OLIVA SANTOS. *Op. cit.* p. 84.

³²¹ FLORES PRADA. *Op. cit.* 550.

³²² RODRÍGUEZ TIRADO. *Op. cit.* p. 99.

³²³ Artículo 51 Código de Comercio inciso 1º: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba”.

³²⁴ CHOZAS ALONSO (2001). *Op. cit.* p. 88.

expresamente la norma porque existe la duda, que se ha solucionado por la jurisprudencia utilizando la apreciación conjunta de pruebas³²⁵.

El derecho a la prueba y el deber de valorar constitucionalmente los resultados probatorios, pone en duda la vigencia de esta norma porque restringiría el art. 24.2 CE, ya que en virtud del principio de proporcionalidad no hay otro derecho, bien o valor constitucional protegido³²⁶.

En tercer término, otra norma que se ha estimado como restrictiva de la prueba testimonial, pero que realmente no lo es, es la contenida en el artículo 363 relativo a la limitación del número de testigos. Así, “las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado. Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado”.

En relación a esta norma, se menciona que la limitación no es sobre el número de testigos que van a declarar sino sobre quién asumirá los gastos de los que excedan de tres. PICÓ I JUNOY estima que esta norma es criticable porque, en la práctica, limita la eficacia del derecho a probar de quien presenta este medio de prueba y además favorece a las partes que son económicamente más poderosas³²⁷. En otras palabras, produce una asimetría entre las partes.

Este mismo autor agrega que “(...) resultaría difícil sostener la constitucionalidad de un precepto que inadmitiese la declaración de testigos debido a su excesivo número. Si la declaración de tales testigos resulta pertinente para la resolución del litigio, no encuentro ningún derecho fundamento o valor o bien constitucionalmente protegido que justifique la restricción del derecho a la prueba”³²⁸.

En este sentido, lo anterior no quiere decir que la admisión de dicha prueba no esté condicionada a criterios de pertinencia, utilidad y relevancia conforme al art. 283 LEC³²⁹.

Un segundo tema controvertido respecto a esta misma norma y que también es una limitación, si se quiere indirecta, tiene que ver con la posibilidad de que el juez obvie las declaraciones de ciertos testigos cuando entienda que con los primeros tres que declararon quedó lo suficientemente ilustrado.

³²⁵ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. pp. 100-101.

³²⁶ PICÓ I JUNOY (2000). Op. cit. p. 2008.

³²⁷ PICÓ I JUNOY, Joan: “Interrogatorio de testigos y admisión. ¿Pueden las partes proponer cuantos testigos estimen por conveniente o existe alguna limitación (art. 363 LEC)?” en *La audiencia previa* (directores Xavier Abel Lluç y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2010, p. 406.

³²⁸ PICÓ I JUNOY (2000). Op. cit. p. 1.969.

³²⁹ PICÓ I JUNOY (2019). Op. cit. p. 829.

ARMENTA DEU menciona que a través de ella se incorpora la tesis jurisprudencial de la prueba necesaria, en este sentido se refiere a que no cabría la alegación respecto al derecho a utilizar todos los medios de prueba, si aún admitidos el resultado de estos se vuelve inútil o innecesario³³⁰. Sin embargo, otros estiman que esta idea es incorrecta porque de todas formas un nuevo testigo le permitiría obtener una mejor versión de los hechos en discusión, así señalan que la declaración de nuevos testigos puede aportarle nueva información que haga al juzgador replantearse el convencimiento inicial que tenía, razón por la cual debiese ser excepcional³³¹.

En cuarto lugar, CHOZAS ALONSO estima que otra limitación a la prueba testimonial sería la realización de las preguntas en forma afirmativa que presenta el artículo 368 LEC. Lo anterior, porque a su juicio, sería más coherente con el nuevo sistema preguntas flexibles, que no coartaran la espontaneidad del testigo³³². Sin embargo, sí está de acuerdo con la norma respecto a que no pueden introducirse valoraciones en las preguntas³³³.

Analizadas las normas que excluirían la prueba testimonial, ya sea en su etapa propiamente de admisión -audiencia previa o vista- o a lo largo de su procedimiento, cabe mencionar que la ley española igualmente tiene normas relacionadas con exclusiones de declarar o comparecer, que como revisamos, han sido consideradas por TARUFFO como privilegios que igualmente serían limitativos del medio de prueba.

En este caso se encuentra la declaración domiciliaria de las personas enumeradas en el artículo 364 y lo relativo a los testigos que tienen el deber de guardar secreto, de no responder ciertas preguntas -artículo 371-. En relación al secreto, y producto de que la norma no enumera quiénes deben guardarlo, se ha mencionado que debe remitirse a la Ley 9/1968 de 5 de abril sobre Secretos Oficiales, y al respectivo reglamento para hacer alusión a los conceptos de carácter reservado o clasificado. Además, cuando se alega el secreto, el juez puede pedir certificación al organismo correspondiente. Junto con ello, es deber de quien guarda el secreto el manifestarlo y alegarlo³³⁴⁻³³⁵.

En otras palabras, la respuesta que el derecho procesal puede dar se ve limitada por la falta de desarrollo legal del secreto profesional en España, donde el deber de secreto queda previsto en diversos estatutos profesionales, en códigos de conducta o normas dispersas³³⁶.

Al revisar las limitaciones que presenta la prueba testimonial en la actualidad, es interesante observar cómo estas han disminuido considerablemente si lo comparamos con la

³³⁰ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 212.

³³¹ Ver también. CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p. 176.

³³² CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 92.

³³³ *Ibíd.* p. 93.

³³⁴ *Ibíd.* pp. 69-70.

³³⁵ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 212.

³³⁶ FLORES PRADA. Op. cit. p. 505.

LEC 1881³³⁷. Así, en esos momentos y utilizando la sistemática de GUASP DELGADO, reproducida por DE PAULA PÉREZ, nos encontrábamos con excepciones de derecho procesal y de derecho material³³⁸.

Respecto a las primeras, de forma enumerativa, y solo para realizar el comparativo con la ley actual, era inadmisibles probar a través de prueba testimonial hechos corroborados por confesión judicial; se excluía la prueba de testigos si se quería acreditar el pago de la renta en los procesos de desahucio por falta de pago; se limitaba este medio de prueba en ciertos casos del juicio ejecutivo; se excluía en las providencias para mejor proveer, existía una limitación estricta del número de testigos a declarar y habían casos en que las partes de común acuerdo solo permitían probar un hecho con un determinado medio de prueba³³⁹. Luego, clasificable como inhabilidad material, solo encontrábamos la del artículo 51 del Código de Comercio, que hasta el día de hoy sigue en entredicho³⁴⁰.

Por último, y al igual que en el caso chileno, revisaremos las inhabilidades y consecuentemente las tachas, en el próximo apartado y de manera separada, porque “una parte de la doctrina entiende que, mediante esta limitación se introducen reglas de valoración tasada de la prueba testifical, igualmente extensible a los supuestos excepcionales de exclusión de este medio de prueba. *A priori* se desecha el posible testimonio de los inhábiles para adquirir la condición de testigos, evitando su práctica o, en caso de haya tenido lugar, impidiendo que sea valorada. También se consideran como medidas eugenésicas para preservar la pureza de este concreto medio de prueba”³⁴¹.

3.3. INHABILIDADES

De la misma forma que en Chile, y como señalamos, nos referiremos a las inhabilidades y tachas de forma separada a las etapas de admisión y de valoración, aunque en el derecho español hay mayor consenso en que las tachas se aplican al momento de la valoración. De hecho, CHOZAS ALONSO realiza la separación entre inhabilidades y tachas mencionando: “la nueva Ley ha reducido sustancialmente las causas por las que una persona es incapaz para declarar, ampliando el abanico de causas que pueden ser alegadas por las partes para advertir al Juez sobre la posible falta de verosimilitud de algún testigo (tacha), pero que tiene plena capacidad para declarar”³⁴².

³³⁷ PICÓ I JUNOY (1996), pp. 83-99.

³³⁸ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 88.

³³⁹ *Ibíd.* pp. 88-104.

³⁴⁰ *Ibíd.* p. 109.

³⁴¹ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 181.

³⁴² CHOZAS ALONSO (2011). Op. cit. p. 51.

Es posible señalar que, en la legislación española, hay una clara distinción entre lo que se ha mencionado como la capacidad en abstracto, que se relaciona con cualquier proceso, y que en este caso serán las inhabilidades y la del caso concreto.

En la ley procesal española, a diferencia de la chilena, hay una norma clara, que es el artículo 361, que sería el referido a inhabilidades, el cual se distinguiría de los posibles motivos de tacha que se extraerían de las preguntas del artículo 367.

De esta manera, el artículo 361 menciona: “Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente”.

El primero de los casos de inhabilidad sería el de las personas que se hallen permanentemente privadas de razón. Algunos, como RODRÍGUEZ TIRADO, han estimado que este sería un concepto jurídico indeterminado, en la medida en que no se delimita qué deba entenderse o cuál sea el alcance de la expresión privado permanentemente de razón³⁴³. La doctrina ha señalado que sería necesaria la privación completa de la comprensión y el discernimiento, siendo óptimo, si no se cuenta con informe médico, recabar su historial o solicitar informe pericial. No obstante ello, se entiende que el trastorno debe ser severo para que justifique la exclusión de un testimonio³⁴⁴. De acuerdo a lo señalado, no sería necesaria entonces una declaración judicial³⁴⁵.

La segunda de las inhabilidades propuestas por el legislador es el de aquella persona privada permanentemente del uso de los sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Este caso es interesante de analizar porque ratifica lo que ya mencionamos en el inicio de este capítulo sobre la forma en que el testigo percibió los hechos que luego relata.

En este sentido, “(...) un dato específicamente perceptible mediante la vista puede llegar a la percepción del sujeto mediante una mayor actividad y agudeza en otros medios, como el olfato o el tacto”³⁴⁶, y esto es lo que el presente artículo quiere reflejar al señalar los sentidos en plural y distinguir respecto a los hechos que percibió y del sentido a través del cual debió canalizar la percepción³⁴⁷, o sea, parte de la base que la capacidad para ser testigo reside en que sea suficiente percibir y dar razón de la percepción³⁴⁸. Agregamos que al igual que el caso

³⁴³ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 57.

³⁴⁴ FLORES PRADA. Op. cit. p. 499.

³⁴⁵ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 59.

³⁴⁶ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 51.

³⁴⁷ FLORES PRADA. Op. cit. p. 499 y CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 53.

³⁴⁸ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 60.

anterior, la no privación de los sentidos debe ser permanente y no se hace necesaria la existencia de sentencia judicial que declara la incapacidad por enfermedades o deficiencias físicas³⁴⁹.

La última de las inhabilidades previstas dice relación con los menores de catorce años. Bajo esa edad es el tribunal quien deberá decidir si el testigo tiene el discernimiento para declarar.

La norma de exclusión respecto a la edad data de antaño y se justificaría en que los menores no tendrían la fidelidad o nitidez necesaria para percibir los hechos, conservarlos en su memoria y rememorarlos por las circunstancias subjetivas que deben reunirse para evitar deformaciones en la propagación de conocimientos y noticias³⁵⁰.

Se ha estimado que esta inhabilidad tendría el carácter de relativa, en comparación con las anteriores porque “la máxima general presupone la capacidad de los mayores de catorce -por lo que podrán declarar salvo evidencia de incapacidad- en tanto exigirá un examen por parte del juez de los menores de catorce -exploración, que puede realizarse con ayuda de expertos-, que solamente podrán declarar si se acredita que disponen de la madurez y discernimiento necesario para deponer testimonio”³⁵¹.

Lo interesante de este artículo es que deja atrás la contradicción entre el artículo 1246 del Código Civil, que impedía la declaración de los menores de catorce años, y la Ley de Enjuiciamiento de 1881 que la permitía, pero sin prestar juramento. De esta manera, el año 2000 se elige una opción intermedia debiendo el juez determinar si el menor posee el discernimiento para declarar, eximiéndolo de jurar o prometer, si estima su declaración, y valorando la declaración según las reglas de la sana crítica³⁵².

Cabe mencionar, respecto a esta inhabilidad, que ya en los tiempos en que DE PAULA PÉREZ escribió sobre los testigos, se estimaba que la exclusión de testificar de los menores de catorce años era inadecuada, “la doctrina científica, con marcada generalidad, admite también la aptitud para testificar de los menores de catorce años cuya exclusión (...) constituye un error consagrado por la historia”³⁵³.

Así las cosas, el artículo 361 refleja los tres casos de inhabilidades, distintos a las tachas, previstos por el legislador que se han entendido como “inidoneidades psico-físicas (naturales), que obstan a que una persona pueda percibir con el mínimo discernimiento unos

³⁴⁹ *Ibíd.*

³⁵⁰ DE PAULA PÉREZ. *Op. cit.* p. 52.

³⁵¹ FLORES PRADA. *Op. cit.* p. 499.

³⁵² RODRÍGUEZ TIRADO. *Op. cit.* p. 61.

³⁵³ DE PAULA PÉREZ. *Op. cit.* p. 55.

hechos sobre los que debería declarar, por lo que quedan absolutamente excluidos del proceso, siendo nula, en el caso de producirse, dicha declaración”³⁵⁴.

Esta es una norma novedosa respecto a la regulación anterior al año 2000, porque las inhabilidades se encontraban reguladas de manera dispersa entre la ley de enjuiciamiento y el Código Civil. Así, se mencionaba en el artículo 1245 del Código Civil que podrían declarar “todas las personas de uno u otro sexo que o fueren inhábiles por incapacidad natural o disposición de la ley”. De esta manera, el primer tipo de incapacidades sería el relativo a aquel testigo privado de “capacidad de percepción, de facultad de memoria y de expresión de lo percibido”³⁵⁵, y las legales, eran casos concretos, relacionados a un caso en particular que se fundaban en motivos de sospecha³⁵⁶.

3.4. LAS TACHAS

Las tachas, institución ya analizada respecto a la situación chilena, han sido entendidas en la legislación procesal civil española como un “instrumento de control de la imparcialidad que opera con independencia de la duda sobre su ausencia; aspecto este último que pueden formular las partes a tenor del art. 367.2 LEC”³⁵⁷, encontrándose reguladas entre los artículos 377 y 379 LEC, y en relación a las preguntas que se formulan de acuerdo a lo señalado en el artículo 367.

A diferencia de la ley española anterior a la reforma, la LEC diferencia entre inhabilidades y tachas. Así, “la inhabilidad se convierte en una verdadera limitación de la admisión de una fuente de prueba, de un individuo y su conocimiento, como testigo, ya que imposibilita su declaración o, en el caso de que se hubiere producido, obsta a que sea valorada por el juzgador, a diferencia de las tachas que no impiden tal declaración. Las tachas se establecen como advertencia al juzgador de sospecha de parcialidad del testigo que tomará en consideración a la hora de valorar su declaración conforme a las reglas de la sana crítica”³⁵⁸.

En otras palabras, sería posible afirmar que las inhabilidades forman parte de una etapa de conformación del material probatorio, viniendo a excluir la declaración de una determinada persona, en cambio las tachas deben examinarse en una etapa de valoración³⁵⁹, al valorar la credibilidad de los testigos.

³⁵⁴ CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 52.

³⁵⁵ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 46.

³⁵⁶ *Ibíd.*

³⁵⁷ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 215.

³⁵⁸ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 52.

³⁵⁹ MEDRANO SÁNCHEZ. Op. cit. p. 1602.

El objetivo de las tachas, como señalamos, sería entonces hacer evidente la sospecha de que el testigo goza de cierto interés, el cual podría ser directo o indirecto, de acuerdo a la situación jurídica del sujeto³⁶⁰, que se generaría por ser pariente, amigo, enemigo o dependiente de alguno de los litigantes, su abogado o procurador; tener interés en el asunto o haber sido condenado por falso testimonio³⁶¹.

En la LEC se pueden alegar las tachas desde la admisión de la prueba testimonial hasta el momento de la audiencia de juicio o de la vista, según lo expone el artículo 378. Junto con ello, y aquí una novedad, puede alegar la tacha tanto contra quien se presenta el testigo como quien lo presentó, según explicita el inciso segundo del artículo 377, debiendo entonces el juez, en la motivación de su sentencia, y de acuerdo a los otros medios de prueba aportados, justificar por qué se aparta de la presunta buena fe desplegada por la parte, tachando a un testigo propuesto por ella misma³⁶².

Respecto al desarrollo de la tacha en el procedimiento, no hay más normativa que el artículo 379, donde se señala que, si se alega una tacha y no hay oposición dentro de tercer día, se entiende el reconocimiento de la misma. Además, se explicita que la causal de tacha puede probarse con cualquier medio, excepto la prueba testimonial. Si bien esta última prohibición es clara, ha sido entendida como inadecuada por la doctrina, al concebir que hay circunstancias que justificarían la tacha, pero que solo pueden acreditarse o contradecirse de modo directo con la prueba testifical, así la justificación de la norma sería la tradicional desconfianza del legislador hacia este medio de prueba³⁶³.

Como señalamos al inicio de este apartado, las tachas, más que un motivo de exclusión, se entienden hoy en día como una alerta o advertencia en el momento de la valoración, la cual sigue las reglas de la sana crítica, porque concurrirían sospechas de parcialidad en el testigo, por su relación con las partes o con lo que es objeto del litigio³⁶⁴. En otras palabras, buscan que el tribunal, “(...) a partir de lo que el propio testigo manifieste en el caso de las preguntas generales, o de lo que las partes acrediten través del incidente de tacha, tenga en cuenta en el juicio de credibilidad la concurrencia de circunstancias que pueden hacer dudar de la objetividad del testigo”³⁶⁵. Ahora, puede ocurrir que “(...) los testigos en que concurre un motivo probado de tacha serán objeto de un examen crítico especialmente concienzudo frente a los que no presenten esa marca”³⁶⁶, pero nada más que eso.

³⁶⁰ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 63.

³⁶¹ CUCARELLA GALIANA et.al. Op. cit. p. 417.

³⁶² QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 102.

³⁶³ *Ibíd.*

³⁶⁴ *Ibíd.* p. 99.

³⁶⁵ FLORES PRADA. Op. cit. p. 508.

³⁶⁶ MIRANDA VÁZQUEZ (2016), Op.cit. p. 24.

3.5. PROCEDIMIENTO

El artículo 300 LEC señala el orden en que deberán rendirse las pruebas en la audiencia de juicio o en la vista; es así como determina que el interrogatorio de los testigos vendrá justamente después del interrogatorio de las partes. Los testigos que declararán serán aquellos propuestos en la oportunidad correspondiente -dependiendo si es juicio verbal o juicio ordinario-, habiendo sido individualizados con su nombre y apellido, profesión y domicilio o residencia, pudiendo señalarse cualquier otro dato que permita identificarlos.

Los testigos, según el artículo 366 LEC, serán llamados a declarar de manera sucesiva y separada, no pudiendo comunicarse entre ellos. Su declaración se inicia con la toma de promesa o juramento -excepto a los menores de catorce años-, para luego dar paso a la realización de lo que el legislador procesal ha denominado preguntas generales que buscan identificar al testigo, determinar o verificar su idoneidad para testificar y obtener elementos de juicio para una crítica al testimonio³⁶⁷.

Realizados los procedimientos anteriores, comienza la declaración propiamente tal del testigo, en que se realizarán preguntas, partiendo por el abogado que lo propuso, para luego dar paso a nuevas preguntas, si así lo estima por parte del abogado de la contraria, mientras estas no sean impertinentes o inútiles. Por último, el juez también puede realizar preguntas para aclarar algún punto que le haya generado dudas³⁶⁸.

Siguiendo las ideas generales sobre deberes y derechos del testigo; el testigo citado tiene el deber de comparecer, de acuerdo al artículo 292 LEC, cuyas excepciones serían, la declaración domiciliaria a la que ya nos referimos -artículo 364-³⁶⁹, la posibilidad de declarar en otro juzgado por motivos de distancia, dificultad del desplazamiento o circunstancias personales de la parte -artículo 169-, o la declaración a continuación del reconocimiento judicial, si las circunstancias así lo ameritan, regulado en el artículo 357 LEC. Se agrega la obligación del artículo 159 de dar cuenta de su cambio de domicilio.

Junto con el deber de comparecer, se encuentra el de declarar y decir la verdad, teniendo primero como límite el secreto profesional o materia clasificada, como ya analizamos. En el caso de la obligación de decir la verdad, esta tiene una sanción aparejada, como es la declaración de falso testimonio regulada en los artículos 458 y 460 del Código Penal español³⁷⁰.

³⁶⁷ CHOZAS ALONSO (2011) Op. cit. p. 112 y MEDRANO SÁNCHEZ. Op. cit. p. 1.613.

³⁶⁸ En este sentido, GÓMEZ COLOMER describe el procedimiento que se lleva a cabo. Ver GÓMEZ COLOMER et al. (2019) Op. cit. pp. 296 ss. Puede revisarse también FERNÁNDEZ LEÓN, Óscar: "Cómo interrogar a tu testigo y al de la parte contraria" en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 65-115.

³⁶⁹ MEDRANO SÁNCHEZ. Op. cit. p. 1.607.

³⁷⁰ Ver también FLORES PRADA. Op. cit. p. 501.

Por último, tiene el testigo derecho a recibir la indemnización como lo establece el artículo 375 LEC. Según lo cual los testigos tienen derecho a que la parte que los propuso les indemnice los gastos y perjuicios que dicha citación les ocasionó. Quien deberá fijar el monto será el letrado de la administración de justicia al finalizar el juicio o la vista, pudiendo apremiarse a la parte que no ha cumplido en el plazo de diez días, procediendo solo recurso de reposición contra dicha resolución³⁷¹.

Además de la regulación general del procedimiento la LEC, a diferencia por ejemplo del CPC chileno, incorpora ciertas novedades dentro de la regulación del interrogatorio de los testigos que se hace preciso mencionar. Dichas novedades son la incorporación de la figura del testigo-perito; la del careo entre testigos; de los informes testificales, y de la posibilidad de que las personas jurídicas participen de este medio de prueba.

El primero de los casos -el del llamado testigo-perito- será analizado en profundidad en el último capítulo de esta tesis, porque nos permitirá vincularlo con una idea amplia de testimonio y el planteamiento de la posibilidad de una regulación común, o en parte común, de la prueba testimonial con otros medios de prueba que podremos considerar como testimonio.

No obstante ello, es preciso señalar que el artículo 370 número 4 de la LEC lo regula expresamente explicitando que esta figura “(...) tiene la naturaleza jurídica de testigo, esto es, un tercero al proceso que tiene conocimiento natural e histórico de los hechos que se enjuician y sobre los que declara. La particularidad radica en que ese tercero que presencia los hechos, atesora unos conocimientos especializados, ajenos al ciudadano medio, que le permiten obtener una mejor percepción y dar una más rica razón de ciencia en el momento de su deposición, coloreando la pura descripción de la situación observada por él, con una serie de detalles y particularidades que, escapando de la apreciación del observador normal, aparecen para él como evidentes”.

La segunda novedad que se incorpora, es la del careo de testigos, que se realizará ante la existencia de contradicciones, según el tribunal, entre dos o más testigos, o entre un testigo y alguna de las partes.

Además de las dos nuevas instituciones anteriores, se introduce la posibilidad de que se interroge a quienes emitieron alguno de los informes acompañados en la demanda, permitiendo -menciona el artículo 380-, que si estos no fueron reconocidos por todas las partes a quienes perjudica su autor sea interrogado de acuerdo a las normas de los testigos. La única salvedad es que no proceden las tachas, aunque fue pedido por alguna de las partes, debiendo dicho informe ser reconocido por el autor y solo debiendo declarar sobre lo consignado en el mismo.

³⁷¹ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. pp. 64-66.

Por último, nos referiremos a la testifical impropia o emisión de informes escritos sobre conocimiento de que dispongan personas jurídicas sobre algún tema relacionado con los hechos relevantes del juicio. Esta nueva introducción se regula en el artículo 381 LEC y se asimila a la prueba testimonial en que es un tercero quien aporta la información al proceso, pero que se diferencia en relación a cómo este tercero obtuvo la información, ya que no la percibió, sino que la documentó, y en relación al régimen probatorio, señaladamente en el régimen de los requisitos o presupuestos sobre idoneidad, imparcialidad y forma de proporcionar la información³⁷².

Esta figura, que regula el citado artículo 381 busca que se incorporen a los autos, por medio de escritos, “(...) datos que existan registrados en contabilidad o en archivos de una entidad pública o privada que no sea parte en juicio, destinados a comprobar afirmaciones relativas a hechos controvertidos y que se aporten por quienes representen a la entidad y cuyo conocimiento de tales datos no tenga el carácter de personal”³⁷³. Sin embargo, no se desvirtuaría la figura de la prueba testimonial porque al necesitarse aclaración, quienes los emitieron deben ir a declarar en juicio³⁷⁴.

3.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

El artículo 376 LEC señala respecto a la valoración del interrogatorio de testigos lo siguiente: “Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre estas se hubiere practicado”.

Es posible apreciar entonces que el sistema de valoración de la prueba que se utiliza es el de la sana crítica, el que de todas formas ya había comenzado a utilizarse en 1855, buscando “eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad”³⁷⁵.

Esta norma señala los criterios que deben considerarse para la valoración³⁷⁶. Estos criterios son no tasados, tienen un contenido heterogéneo, son orientativos para la valoración,

³⁷² *Ibíd.* p. 491.

³⁷³ CHOZAS ALONSO, citando a Sentís Melendo. CHOZAS ALONSO (2001). *Op. cit.* p. 40.

³⁷⁴ CHOZAS ALONSO (2010). *Op. cit.* p. 93.

³⁷⁵ ALVARADO VELLOSO. *Op. cit.* p. 184.

³⁷⁶ PICÓ I JUNOY (2000). *Op. cit.* p. 2005. Mismos criterios en PICÓ I JUNOY (2014) *Op. cit.* p. 4.213 y en PICÓ I JUNOY (2019). *Op. cit.* p. 852.

eventualmente concurrentes y de contrastada utilidad³⁷⁷, aunque algunos autores van más allá y mencionan que son obligatorios y operan como reglas cuya inobservancia supone una infracción legal³⁷⁸.

El primero de ellos es la razón de ciencia. Respecto a este criterio, se ha señalado que está “(...) referida a la fuente de información del testigo”, siendo definida como “las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho”³⁷⁹, o que es la percepción que el testigo tiene sobre un hecho determinado, es decir, ¿cómo ha tomado conocimiento del mismo? El juzgador deberá valorar la fuente u origen del conocimiento³⁸⁰.

Para MIRANDA VÁZQUEZ, si la consideramos de manera genérica, este criterio “(..) es un dato, una información, relevante, y que se tendrá que tomar en consideración. Pero nada más. La especificación de qué dato en particular es relevante y qué consecuencia se le deba anudar es cosa que se abandona a la «sana crítica» del juzgador”³⁸¹.

Es un criterio muy relevante ante la existencia de testigos contradictorios, porque resulta ser un criterio fundamental para determinar la valoración de la declaración, ya que expresará, a través de la misma, su fuente de conocimiento, es decir, su cercanía con los hechos³⁸². En este caso, tendrá más relevancia un testigo que haya percibido directamente los hechos³⁸³.

Respecto al segundo de los criterios, es decir, las circunstancias concurrentes, estas tienen una vinculación clara con el criterio anteriormente mencionado³⁸⁴ y se asocian con las condiciones personales que concurren en el testigo, así como las espacio-temporales en que se apreciaron los hechos³⁸⁵, por ejemplo, edad, capacidad, grado de intervención que tuvo en los hechos³⁸⁶. Esto se resuelve a través de las preguntas generales que se le realizan al testigo, prefiriéndose al testigo imparcial³⁸⁷.

³⁷⁷ ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 110. Es interesante revisar MÉNDEZ TOMÁS, Rosa María: “¿Qué convence a un juez del interrogatorio de la parte y del testigo?” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 143-152.

³⁷⁸ MIRANDA VÁZQUEZ (2016). Op. cit. p. 5.

³⁷⁹ ABEL LLUCH (2009). Op. cit. p. 10. También en MIRANDA VÁZQUEZ (2016). Op.cit. p. 19.

³⁸⁰ ABEL LLUCH, Xavier: “¿Qué cree el juez -de verdad- del interrogatorio de testigos?” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 153-159, p. 148.

³⁸¹ MIRANDA VÁZQUEZ (2016). Op. cit. pp. 20-21.

³⁸² QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 107.

³⁸³ ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 107.

³⁸⁴ Ver también QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 108.

³⁸⁵ *Ibíd.*

³⁸⁶ ABEL LLUCH (2019) Op. cit. p. 149.

³⁸⁷ ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 108.

En otras palabras, al momento de valorarse la declaración del testigo deben ponderarse las circunstancias personales que influyen en la declaración y las concurrentes en el momento mismo en que declara³⁸⁸.

Por último, se incorpora como criterio -y creemos el más novedoso-, frente a los recelos que se tienen respecto a las tachas, el deber de considerar las tachas formuladas y la prueba que se rindió en relación a ellas, siendo estas un criterio orientador de credibilidad³⁸⁹.

La innovación que se presenta respecto a las tachas es que se consagran como un criterio a tener en consideración al momento de la valoración de la prueba. Algunos han señalado que incluso su objetivo es mejorar los resultados de la misma³⁹⁰, dejando de ser un criterio de exclusión *per se* de los testigos. Estas ya no importan una consideración de inhabilidad del testigo, sino que implicarían un mayor esfuerzo, por parte del juez, en el momento de la motivación de la sentencia³⁹¹.

Especial mención merece la valoración de la prueba respecto a un testigo-perito - respecto como ya dijimos, nos referiremos en el último capítulo-. La circunstancia que concurre respecto al mismo, dice relación con que él posee ciertos conocimientos especiales de una ciencia o arte y se ha entendido que su declaración gozaría de una presunción de fiabilidad y exactitud³⁹². Esto, además, vale la pena tenerlo en consideración, por la sobrevaloración epistémica y semántica que se le ha otorgado a la prueba científica³⁹³.

En relación a esto último, sobre la sobrevaloración que se le otorga a la persona con conocimientos especiales, es preciso alertar que esta podría hacer olvidar que igualmente, y a pesar de este exceso de fiabilidad que se le otorga, deben considerarse sus circunstancias personales relacionadas con las partes y con el objeto del litigio³⁹⁴. QUINTANA FERREIRA ha llegado a señalar que en casos de contradicción entre testigo y testigo-perito, “la declaración que preste el testigo-perito tendrá, en principio, mayor peso que la del testigo común. Los conocimientos especiales que posee, redundarán en una mejor percepción de los hechos y permitirán que la razón de ciencia que ofrezca sea más sólida”³⁹⁵, lo que creemos que no puede entenderse como absoluto porque volveríamos a reglas de prueba legal o tasada.

En definitiva, para la valoración de este medio de prueba, de acuerdo a las normas de sana crítica y a la LEC vigente, el juez debe ser capaz de apreciar la prueba rendida con libertad,

³⁸⁸ COROMINAS MEJÍAS. Op. cit.

³⁸⁹ FLORES PRADA. Op. cit. p. 555 y QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 108.

³⁹⁰ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 215.

³⁹¹ ABEL LLUCH (2008). Op. cit. p. 46. Ver también DE LA OLIVA SANTOS et al. Op. cit. p. 161, y CHOZAS ALONSO (2010) Op. cit. 282.

³⁹² QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 109.

³⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina: “Prueba científica. Un mapa de retos” en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (Editora Carmen Vázquez). Barcelona, España, 2013, pp. 183-186.

³⁹⁴ QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 109.

³⁹⁵ *Ibíd.* p. 113.

tomando solo como referencias -pero jamás como absolutos-, los criterios expuestos en el artículo 376 LEC. Además, debe recordarse que “aunque existan máximas de la experiencia común que primen la credibilidad de unos testimonios sobre otros -el testigo maduro tiene menos propensión a la fabulación que el menor; el testigo directo es más fiable que el indirecto; el testigo que declara de forma contundente es más creíble que el dubitativo-, es preciso ponerlas siempre en relación las circunstancias y hechos particulares en los que el testimonio se inscribe en un proceso concreto, porque confrontadas con dichas circunstancias, puede resultar que el testigo menor sea más creíble que el maduro, que el indirecto sea más fiable que el directo, o que el contundente sea menos verosímil que el dubitativo”³⁹⁶.

3.7. OTRAS NORMAS RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Hemos revisado, respecto al sistema civil español, la regulación de la prueba testimonial, dentro del juicio ordinario y el verbal. Sin embargo, hay circunstancias especiales contempladas en la ley que norman de forma especial el tratamiento de la prueba testimonial, y que son las que pasaremos a enumerar en este apartado.

De esta manera, el artículo 290 LEC permite, de manera excepcional, que se realice prueba fuera del juicio o la vista, debiendo darse aviso con a lo menos cinco días de antelación el día y hora en que se efectuarán, así como el lugar, si no es dentro de las dependencias del tribunal.

En relación con lo anterior, y ahora de forma específica, la Sección 4º del Capítulo V Título I del Libro II, regula de manera pormenorizada la llamada prueba anticipada. Esta puede solicitarse antes del inicio de cualquier proceso, ante el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no pueden realizarse en el momento procesal generalmente previsto. Las declaraciones formuladas por el testigo serán custodiadas por el letrado de administración de justicia que acordó dicha prueba.

De la misma manera, el artículo 434 LEC permite que, dentro del plazo para dictar sentencia, se realicen ciertas diligencias finales vinculadas a la práctica de ciertas pruebas, siempre que no se hayan podido proponer en tiempo y forma por las partes; cuando se hayan practicado por causas ajenas a la parte que las propuso, o se relacionen con la admisión y práctica de pruebas pertinentes y útiles referidas a hechos nuevos o de nueva noticia. Además, y de manera excepcional, el tribunal de oficio o a instancia de parte puede acordar que de nuevo se practiquen pruebas sobre hechos relevantes y oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes por causa de circunstancias ya desaparecidos e

³⁹⁶ FLORES PRADA. Op. cit. p. 563.

independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que esas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre dichos hechos.

Por último, el artículo 460 LEC permite, de manera excepcional, que se practique prueba en segunda instancia, que bien puede ser prueba testimonial, si esto se solicita por las circunstancias que enumeraremos en el escrito de apelación. Estas circunstancias se refieren a las que se denegaron en primera instancia, siempre que se haya interpuesto recurso de reposición en contra de dicha resolución o se hubiese protestado en la vista; las que no pudieron practicarse, por causa no imputable al solicitante, en primera instancia tanto en la audiencia de juicio o en la vista, como diligencias finales; y las referidas a hechos relevantes para la decisión del asunto, pero que ocurrieron después del comienzo del plazo de sentencia o antes del término de dicho plazo, justificando que se tuvo conocimiento con posterioridad. En último término, quien fue declarado rebelde, por causa no imputable, y se apersonó en el juicio luego del momento para proponer prueba, podrá pedir su práctica en segunda instancia.

4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL ESTUDIO TRADICIONAL

El objetivo del presente capítulo ha sido poner de manifiesto el tratamiento legislativo y doctrinal que el derecho procesal le ha otorgado a la prueba testimonial. Como primer aspecto, podemos decir que la forma en que ha sido abordado este medio de prueba tradicionalmente olvida que el juez para poder tomar una mejor decisión debe contar con la mayor cantidad de antecedentes disponibles. Luego, si hay antecedentes que pueden serle útiles estos no pueden ser excluidos por criterios o razones amplias, sino que estas deben ser restringidas a valores específicos y debidamente justificados.

Además, debemos agregar a lo anterior, la desconfianza que se genera en las personas. Esta ha tenido como consecuencia que la prueba testimonial se analice desde el sujeto que realiza la actividad; es decir, desde el testigo, lo que ha tenido como corolario el no poder contar con todos los antecedentes necesarios para una mejor decisión, descartándose el medio de prueba por quien declarará sin importar el contenido sobre lo que dicha persona depondrá.

A continuación, y tomando en consideración el análisis doctrinal y legislativo realizado, examinaremos los aspectos problemáticos del tratamiento tradicional de este medio de prueba teniendo en consideración la necesidad de mayores antecedentes para una mejor decisión y la desconfianza en este medio de prueba producto del centralismo en el sujeto que depone. Este apartado terminará con el planteamiento de la necesidad de un re-análisis de la prueba testimonial.

4.1. MAYOR CANTIDAD DE ANTECEDENTES ES IGUAL A UNA MEJOR DECISIÓN

Nos parece que, al momento de abordarse el estudio de la prueba testimonial, y no solo en el pasado sino también hoy en día, tanto la doctrina como la legislación han olvidado que lo óptimo es que el juzgador cuente con la mayor cantidad de antecedentes para poder tomar una decisión. Luego, si bien hay antecedentes que por la protección de ciertos valores se ha decidido excluir, el resto de la información debe ser ofrecida y desarrollada ante el tribunal. Si analizamos además el derecho a la prueba que brevemente revisamos en el primer capítulo, podemos observar que las limitaciones deben ser excepcionales y proporcionales respecto a otros bienes jurídicos protegidos.

Debe tenerse en consideración, de manera adicional, que los valores que tradicionalmente se han buscado proteger con la exclusión del medio de prueba en estudio no se encuentran presentes en la mayoría de los casos de limitaciones a la prueba testimonial y, por ello, descartar dicho medio de prueba por otros motivos atentaría contra la posibilidad de conocimiento que tiene el juez, la formación de su libre convencimiento³⁹⁷ y el ya esbozado derecho a la prueba.

De acuerdo a lo anterior, y como bien lo grafica DEVIS ECHANDÍA, “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”³⁹⁸, es una simple declaración de ciencia³⁹⁹.

Así las cosas, si nuestro objetivo es que el juzgador pueda tomar la mejor decisión para resolver un determinado conflicto, no es posible que ciertos antecedentes que pueden serle útiles para ello sean excluidos. Además, hay que recordar que cada uno de los medios de prueba será un elemento más que tendrá en consideración para la toma de la decisión. Es decir, por regla general, ya que hay casos en que solo contamos con un medio de prueba, la prueba testimonial deberá concordarse con el resto de los antecedentes ofrecidos en el litigio⁴⁰⁰.

4.2. FALTA DE CONFIANZA EN ESTE MEDIO DE PRUEBA

Lo que venimos diciendo, respecto a la necesidad de que el tribunal cuente con la mayor cantidad de antecedentes para una mejor decisión en un asunto, se vuelve complejo respecto al medio de prueba en estudio. Lo anterior, porque ya desde la Alta Edad Media la prueba

³⁹⁷ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 84.

³⁹⁸ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 36.

³⁹⁹ *Ibíd.* p. 37.

⁴⁰⁰ GORPHE. Op. cit. p. 32. RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 181.

testimonial comenzó a perder protagonismo por el auge de la escritura y por considerarse subjetiva, esto último entonces combinado con la falta de confianza en las personas⁴⁰¹.

Así, se ha sugerido una especie de idea de jerarquía respecto a este medio de prueba en relación a otros, siendo, por ejemplo, inadmisibles para probar hechos ya probados por documentos o confesión de parte⁴⁰², o entendiéndose que el testigo pasa por el prisma de la personalidad lo que hace que pueda modificar la narración, sumado ello a las fallas propias de la memoria y de otros elementos externos⁴⁰³.

Para algunos ha sido considerada una prueba de segundo orden, a la que solo se podría acudir a falta de prueba por escrito, ya que genera desconfianza. Se agrega que solo podría utilizarse en los contratos de menor trascendencia económica⁴⁰⁴. Sumado a ello, la desconfianza esbozada se manifiesta además en los posibles errores de deposición del testigo, los que serían más frecuentes porque quien declara no tiene relación con los hechos, siendo dentro de dichos errores los más frecuentes el error y la falsedad⁴⁰⁵.

Es así como en el tratamiento de la prueba testimonial se han interpuesto ciertas cortapisas. Respecto a la escrituración, se ha señalado que “mientras que la representación real u objetiva, que es proporcionada por el documento, tiene un elevado índice de fiabilidad porque la representación documental es inmediata y la autenticidad del documento suele ser fácilmente contrastable, la representación personal o subjetiva no proporciona en sí misma elementos fiables de credibilidad. En la declaración representativa del testigo interviene el recuerdo, más precisamente la idea que el testigo se ha formado del hecho, siendo además una declaración mediata, puesto que se genera con posterioridad a la percepción”⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷.

⁴⁰¹ PINO ABAD. Op. cit. p. 18. Ver también GORPHE que señala: “El Libro de la Ley de Manú, código de los pueblos hindúes, todavía en vigor en ciertos lugares de la India, que no admite como testigos ni a los amigos ni criados, ni a los condenados o a los locos o a las gentes mal reputadas, ni a los que dominados por el interés pecuniario o excedidos de fatiga o apasionados de amor”. GORPHE. Op. cit. p. 30.

⁴⁰² RAMOS, Vitor Lia de Paula: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Madrid, España, 2019, p. 45.

⁴⁰³ *Ibíd.* p. 43.

⁴⁰⁴ SERRA DOMÍNGUEZ (2009). Op. cit. p. 431.

⁴⁰⁵ *Ibíd.* p. 436.

⁴⁰⁶ FLORES PRADA. Op. cit. p. 494.

⁴⁰⁷ Podemos revisar estas mismas ideas en el mismo sentido DE PAULA PÉREZ, “Sin embargo, aquel singular valor que el antiguo Derecho, el canónico, principalmente, reconoció al testimonio oral fue desapareciendo a medida que progresaba la escritura y la perfección de los documentos, y se iba haciendo cada vez más sensible la corrupción de las costumbres”, DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 85. GORPHE, “en materia civil como es fácil por lo general que las partes se provean de una prueba escrita, el papel de la prueba testifical queda relegado a segundo término”, GORPHE. Op. cit. p. 9 o MATURANA junto con MONTERO, quienes mencionan que los problemas de este medio de prueba serían tendrían relación con la percepción ya que “La Percepción sensible de la cosa o del hecho, que tanto difiere según los individuos y las condiciones en las cuales se encuentra”; “La Memoria, complejo proceso que comprende varias operaciones: en primer lugar, la conservación de las impresiones sensibles; después, la reproducción de los recuerdos, su evocación y su localización en el tiempo.” Y “La Deposición, o comunicación de los recuerdos a la autoridad encargada de recogerlos: operación final, destinada a informar al juez, ya directa o indirectamente”. Las anteriores son condiciones individuales, a las que se sumarían las genéricas, “Esas condiciones se refieren, unas, a la persona del testigo; otras, al objeto del testimonio. Las primeras, que WIGMORE llama “rasgos humanos genéricos”, se refieren a la edad, al sexo, al estado mental, a la raza, a la condición social, al carácter moral, etcétera: elementos que permiten determinar la credibilidad personal del testigo según el género al cual pertenezca;

Como consecuencia de lo anterior, esta falta de credibilidad en las personas, no solo ha hecho que se entregue una especie de mayor estatus a la prueba documental, sino también -y aunque en los diversos procesos igualmente se presenta de forma constante prueba testimonial-; que quienes ofician de testigos no son necesariamente las personas que han percibido de forma más cercana y certera los hechos, porque podrían ser tachados, por lo tanto quienes ejercen de testigos son personas que solo entregan cierta información que les ha sido relatada con anterioridad porque, ante la posibilidad de que sean juzgados producto de una determinada posición con el juicio o las partes, se presentan como testigos personas más alejadas de la percepción de los hechos y por tanto, con menor información.

Como bien nos ilustra NIEVA FENOLL, incluso “(...) el hecho de que el testigo pueda tener afecto u odio por las partes, o interés en el objeto del juicio, no tiene por qué afectar siempre y en todo caso a la objetividad de su declaración”⁴⁰⁸ porque, además, es frecuente que los deponentes tengan alguna relación, especialmente subjetiva, con la parte que lo propone⁴⁰⁹.

4.3. CENTRALISMO DEL TESTIGO

Es posible apreciar que el foco de la desconfianza en este medio de prueba, ya sea directa o indirectamente, está centrado en la falta de confianza en las personas y, en este caso específico, en el sujeto que los desarrolla.

Se nos ha señalado que la sociedad actual se encuentra en crisis respecto a sus relaciones humanas lo que implica que los valores estén alterados, por lo que existe una desconfianza generalizada en el ser humano y por tanto en el testigo⁴¹⁰. A la creencia anterior, como nos ilustra CONTRERAS ROJAS, de que hay probabilidades altas de que el testigo mienta en su declaración o que si bien no mienta⁴¹¹⁻⁴¹², se suma igualmente el hecho de que podrían generarse dudas respecto a su declaración por otras razones vinculadas debido a que:

pero eso no puede ser más que aproximado. (...) Por último, se refieren a una tercera clase de condiciones, las intermedias “una tercera clase de condiciones, intermedias entre las otras dos, y concernientes a las relaciones del testigo con el hecho y con los demás testigos; (...) a las relaciones del testimonio con el hecho que haya de ser probado, según que el testigo relate lo que él mismo ha percibido (testimonio directo, ex propriis sensibus); que manifieste, por el contrario, lo que otro le ha contado (testimonio indirecto o mediato, ex auditu alieno); o, simplemente, que exponga lo oído por rumor público, sin precisa indicación de procedencia (fama común)”. MATURANA, MONTERO. Op. cit. pp. 1.017-1.018. Al respecto, ANABALÓN SANDERSON nos señala que “la reserva con que se recibe ahora a la prueba testifical debe más bien atribuirse a razones de psicología experimental, cuyas enseñanzas han permitido convencernos que el testimonio de las personas forma un proceso complejo, en que actúan diversos factores, tales como la sensación, la percepción, la fijación y la expresión, que involuntariamente puede deformarlo o alterarlo, junto con la frágil memoria del hombre (...)”. ANABALÓN SANDERSON. Op. cit. p. 187. Mismas ideas repite ALEMAÑ CANO. Op. cit. p. 255; y ALESSANDRI et.al. Op. cit. p. 475.

⁴⁰⁸ NIEVA FENOLL, Jordi: “Prueba científica: cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 267.

⁴⁰⁹ MIRANDA VÁZQUEZ (2016). Op. cit. p.8.

⁴¹⁰ GUIMARAES RIBEIRO. Op. cit. p. 254.

⁴¹¹ CONTRERAS ROJAS. Op. cit. p. 216.

“(…) el paso del tiempo repercute en la capacidad de recuerdo de los hechos del pasado, en especial, de los detalles o de los pormenores, o porque la percepción de los hechos a través de cualquiera de sus sentidos fuere parcial o limitada, aparte de los que puedan faltar a la verdad, o, incluso, cabe pensar en una percepción alterada de la realidad, por ejemplo, por la existencia de algún trastorno mental o físico, o por la existencia de alguna clase de vinculación con los hechos percibidos en razón de la persona”⁴¹³.

Como es posible apreciar, los problemas de estos medios de prueba se sitúan en quien realiza o desarrolla la actividad en juicio, siendo entonces, desde nuestro punto de vista, este el mayor problema de la prueba testimonial.

Es el testigo el protagonista de este medio de prueba, por estimarse que es un medio de prueba personal y por tanto la mirada está en quien lo desarrolla. Así, se ha dicho que hay muchas variantes que pueden influenciarlo, tales como el estado anímico, la percepción de la realidad, el poder, el alcance y la retención de la memoria, la conducta moral y jurídica, la ambigüedad del lenguaje, entre otros temas que afectan a las partes⁴¹⁴.

Además de lo mencionado, ha sido el propio legislador quien ha hecho patente lo mencionado ya que la mayoría de las normas que revisamos tienen por objeto determinar la credibilidad de estos sujetos, siendo el mejor ejemplo la institución de las tachas⁴¹⁵, lo que trae

⁴¹² Siguiendo esta misma idea, es posible apreciar a RODRÍGUEZ PAPIC: “La prueba testimonial ha perdido valor ante los ojos del legislador por la facilidad con que puede ser fabricada por litigantes de mala fe, resultando, por consiguiente, peligrosa. Además, no es mucho lo que se puede fiar en la memoria de las personas, porque lo retenido depende de mil maneras distintas de reacción”, RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 163. QUINTANA FERREIRA nos señala que “La prueba del interrogatorio de testigos ha sido tradicionalmente un medio de prueba que ha merecido un gran recelo legal, doctrinal y jurisprudencial por la naturaleza del medio probatorio, pues siempre ha generado duda la veracidad del testigo y la fiabilidad de su testimonio”. QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 113; y en igual sentido FLORES PRADA, “Sucede, además, que la mentira del testigo es difícil de detectar puesto que para ello no disponemos de otros elementos de contraste que el propio testigo, su discurso y, en el mejor de los casos, los resultados arrojados por otros medios de prueba” FLORES PRADA. Op. cit. p. 488.

⁴¹³ RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 18. MATURANA y MONTERO nos señalan que: “No ofrece menos interés el conocimiento de las principales clases de error a las cuales están expuestos los testigos. Cabe establecer diversas clasificaciones, según el punto de vista en que uno se sitúe. La más útil es la formable de acuerdo con la naturaleza y la fuente del error, a saber: las alucinaciones, las invenciones, las confabulaciones, las falsas interpretaciones, las confusiones y las ilusiones”. MATURANA, MONTERO. Op. cit. p. 1021. GORPHE “Se ha establecido que: 1º Los errores son elementos constantes y normales del testimonio: el testigo no sujeto a error no existe; el testimonio es una reproducción lacunaria y deformada de la realidad. 2º son generalmente especiales, y versan sobre uno o sobre muchos de los puntos de conjunto observado. 3º Tienen frecuentemente la misma precisión de detalles que los recuerdos exactos: el testigo describe el hecho falso de la misma manera que el hecho verdadero, sin vacilaciones, con detalles precisos y circunstanciados”. GORPHE. Op. cit. p. 30. Mismas ideas reitera ALVARADO VELLOSO. Op. cit. p. 17.

⁴¹⁴ GUIMARAES RIBEIRO. Op. cit. p. 274. En el mismo sentido FLORES PRADA quien señala: “La testifical es, en su sentido genuino, una prueba personal puesto que es la persona, más concretamente la percepción personal del testigo, la que aporta la información probatoria y la que actúa sobre la convicción del juzgador. En la prueba personal, la persona, el sujeto es el soporte de la información y es quien de forma directa la transmite al juez en el acto del juicio.” FLORES PRADA. Op. cit. p. 493.

⁴¹⁵ Podemos revisar en RODRÍGUEZ TIRADO, quien nos señala: “La ley establece algunas limitaciones a fin de soslayar estos inconvenientes que hagan dudar de la propia virtualidad del medio de prueba mediante la introducción de causas de inhabilidad y de tacha, la indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia haya podido ocasionar por cuenta de la parte proponente (salvo condena en costas), el desarrollo de la declaración a través de la fórmula del interrogatorio libre que permite una espontaneidad, el apercibimiento de incurrir en delito de falso testimonio, o la valoración conforme a las reglas de la sana crítica, entre otros. No obstante, estas formulaciones no quedan libres de objeciones por parte de la doctrina.”. RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 18.

como consecuencia que la doctrina otorgue también un tratamiento centrado en la persona, lo que tiene como secuela que su eficacia dependa en gran medida de la credibilidad de la misma⁴¹⁶ y que su concepto gire en torno al de persona⁴¹⁷.

En definitiva, el problema que surge es que finalmente el testigo contamina su declaración. Ergo, se hace necesario un mayor tratamiento legislativo y doctrinal que revise también la valoración de la declaración y/o que otorgue una mirada conjunta del testigo y testimonio, revisando en igual nivel ambos elementos.

5. NECESIDAD DE UN NUEVO ANÁLISIS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

De acuerdo a lo revisado en este capítulo, ha sido posible apreciar que, sobre el tratamiento de la prueba testimonial, tanto el legislador como la doctrina han olvidado la necesidad de contar con la mayor cantidad de antecedentes para que el juez pueda tomar la mejor decisión dentro de un proceso⁴¹⁸.

Si revisamos la doctrina tradicional, las definiciones en torno a este medio de prueba se encuentran centradas en la persona que desarrolla la actividad o en las formalidades de la prueba. Lo mismo ocurre en el tratamiento legislativo que se le ha dado en Chile y en España, porque si bien derivan del mismo sistema legal, en el primer país no se han producido reformas al proceso civil, a diferencia del segundo. Luego, y si bien España presenta avances, prosiguen las ideas de centralismo, inhabilidades y otras limitaciones (aunque menos) junto con las tachas, en el caso de testigos. Respecto a Chile no hay mucho que decir, ya que incluso presenta un sistema de prueba legal o tasada que subraya más aun la poca importancia del contenido de las declaraciones, reafirmando la desconfianza presentada.

Así, la idea de contar con una mayor cantidad de antecedentes para una mejor decisión presenta obstáculos impuestos por el tratamiento que se le ha otorgado a este medio de prueba, cuya base no se encuentra propiamente en una protección de valores, sino que, por una parte, principalmente en un favorecimiento a la escrituración por sobre la transmisión oral de conocimiento y, por otra, por la falta de confianza que se tiene en las personas.

Es de esta forma como tanto la escrituración, junto con la desconfianza en las personas, han hecho que la regulación y el estudio de este medio de prueba esté completamente centrado en quien realizará la declaración, y más importante aún, en establecer las posibles influencias que dicha persona puede tener, los intereses que puede experimentar en relación al proceso o lisa y llanamente sus características personales.

⁴¹⁶ PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 330.

⁴¹⁷ CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 37.

⁴¹⁸ Ver QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 102.

El examen tradicional que observamos no hace más que olvidar el contenido de la información que se nos entregará, el cual de todas maneras puede servir para dilucidar aspectos relevantes del proceso, y por tanto aportar información que sirva para mejorar la decisión del tribunal. Reiteramos, no es posible que por el centralismo en el sujeto se olvide su declaración y que ese centralismo tenga como consecuencia la contaminación a la misma, privándonos de importantes antecedentes para la resolución de un conflicto.

Al parecer, tanto el legislador como la doctrina procesal han omitido que la mayoría de los conocimientos que tenemos han sido obtenidos a través de testimonios, ya que pocas veces estos se basan en experiencias primarias y propias de cada uno. Bastaría solo con preguntarnos cómo conocemos las experiencias familiares que han sido transmitidas de generación en generación, o cómo hemos obtenido los conocimientos sobre historia universal que poseemos.

De esta forma, si la manera más tradicional de adquirir conocimientos ha sido a través de los testimonios, resulta ilógico pensar que este medio de prueba es innecesario, más aun, y a *contrario sensu*, debiésemos mencionar que quizás la prueba testimonial es la que más información podría darnos. Además, todos tenemos tendencia a creer en el testimonio ya que este ha sido verdadero en la mayoría de los casos, o sea, por la “experiencia general confirmada por la de cada individuo”⁴¹⁹.

Así, son variados los aspectos de la vida diaria respecto de los cuales se puede generar un conflicto, y que será la prueba testimonial la llamada a acreditarlos, por ejemplo, este medio de prueba puede ser trascendental en la interpretación de un contrato documentado o en un hecho indocumentado⁴²⁰. A ello se suman otros distintos conflictos en los que se contará con muchos medios de prueba diversos, lo que de todas formas no quita que estos puedan permitir la aclaración o contextualización de alguno de los enunciados sobre los hechos que las partes hayan planteado.

Es por lo anterior que, siendo la prueba testimonial de vital importancia para la solución de un conflicto, este tipo de pruebas no se pueden minusvalorar por las prevenciones que la ley, los jueces o la doctrina han realizado respecto a este medio⁴²¹, sino que la clave, desde nuestro punto de vista, está en realizar una especie de re – análisis de su tratamiento. Este nuevo examen debe partir dejando de lado el centralismo que se le ha otorgado al sujeto, ya que es dicho protagonismo el que ha traído los mayores problemas al momento de abordarlo y ha ignorado su importancia.

En primer término, es necesario establecer que hay dos elementos que confluyen en este medio de prueba, cuales son el testigo o sujeto y su declaración o testimonio. Es decir, al

⁴¹⁹ BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 41.

⁴²⁰ MERCEDES (2019). Op. cit. p. 37.

⁴²¹ CHOZAS ALONSO (2011). Op. cit. p. 20.

momento tanto de conformar el material probatorio como de valorarlo, deben evaluarse estos dos elementos por separado para que el primero, que es siempre el protagonista, no contamine al segundo. No debe olvidarse, si seguimos la tradicional diferenciación entre medios y fuentes de prueba, que “el conocimiento del testigo es la fuente de prueba, es decir, la información relevante para el proceso”⁴²².

En segundo término y, respecto a lo anterior, como profundizaremos en el próximo capítulo, debiésemos señalar que, desde nuestro punto de vista, todos los testigos debiesen admitirse en juicio. Así, debiesen admitirse a declarar, sin excepción, y luego el tribunal valorar dicho medio de prueba de acuerdo al caso concreto⁴²³. Luego, “(...) el sistema de las incapacidades es teóricamente infundado, pues que la definición de testigo no autoriza a cualquier limitación general, visto que puede darse el caso de declaraciones de personas tenidas generalmente por incapaces, y tener, sin embargo, utilidad, apreciando debidamente sus manifestaciones”⁴²⁴.

A lo anterior se suma, en tercer término, que, entre más cercana es la relación, mejor es la información, ya que “que sea alguien ajeno al pleito no impide que el testigo mantenga una relación estrecha con alguna de las partes, o con ambas, y, de hecho, resultaría absurdo pretender que para acreditar circunstancias producidas en un ámbito privado o reducido hubiera que recurrir a personas extrañas a él”⁴²⁵.

En el entendido de que toda persona debiese admitirse, ello no obsta a que, realizándose una evaluación de admisión separada, y utilizando criterios generales, como pertinencia, utilidad o legalidad, se excluya excepcionalmente este medio de prueba, pero respecto al contenido mismo que tendrá su declaración. En relación a ello, limitar el testimonio por la prevalencia de la prueba escrita como por los llamados privilegios, presenta el problema epistemológico de que

⁴²² FLORES PRADA. Op. cit. p. 491.

⁴²³ DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 44.

⁴²⁴ *Ibid.* En el mismo sentido, el mismo autor menciona que “Cualquier persona física puede servir de testigo, independiente de las condiciones de sexo, edad, estado, vecindad, clase social, profesión, etc. Estas condiciones pueden ejercer influencia en cuanto a la valoración del testimonio; mas no deben constituir obstáculo o inhibición para testimoniar”, DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 28. En el mismo sentido DEVIS ECHANDÍA, “en principio no debieran existir causas generales de inhabilidad, sino que debería otorgarse al juez libertad para recibir o rechazar el testimonio y, en el primer caso, para determinar su mérito como medio de prueba”. DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. p. 225. BENTHAM sigue la misma idea: pone el ejemplo de un padre para resolver el problema en su casa, dice que “no excluye ningún testigo: oye todo, reservándose el apreciar cada uno de los testimonios; y no es por el número, sino por el valor prudencial de los testigos, que se decide a pronunciar” BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 17. ELLERO señala: “Como se ve por lo que va dicho en este capítulo, y por cuanto de toda la obra resuelta, la inidoneidad es casi siempre condicional, y así ocurre que la mayoría de las veces los testigos inhábiles no son más que sospechosos (para usar una palabra corriente en la práctica); la inhabilidad solo existe respecto de ciertos hechos, y si se presume, puede desaparecer en virtud de prueba contraria. Exclúyese, por ejemplo, un niño de la posibilidad de ser testigo; pero, por ¿qué motivo se ha de suponer que un niño no puede haber visto robar, herir, al modo que un hombre maduro? Así, para evitar que ciertas exclusiones fáciles o precipitadas favorezcan la impunidad, pareceme que, tanto la ley como la jurisprudencia que quisieran fijar los cánones para aceptar o rechazar un testimonio, deberían procurar determinar solo las personas que se han de presumir verídicas y cuáles no, admitiendo, eso sí, con eficacia siempre la prueba en contrario”. ELLERO. Op. cit. p. 153.

⁴²⁵ MEDRANO SÁNCHEZ. Op. cit. p. 1.600.

“el derecho permite que aquellos con información relevante no la transmitan”⁴²⁶. Además, porque revisar de entrada su supuesta imparcialidad produce un riesgo alto de padecer del riesgo de confirmación⁴²⁷.

En cuarto término, realizado el examen respectivo para la conformación del material probatorio, se deberá entonces valorar el medio de prueba referido. En atención a ello, nuevamente creemos pertinente realizar un examen separado de los elementos, para luego elaborar una conclusión final. Esto porque lo que trae aparejado el protagonismo del testigo es que en los casos en que la credibilidad se deja al momento de la valoración se vuelve a ignorar la declaración.

Es así como en el momento de la valoración debemos tener en consideración la existencia de esos dos elementos, testigo o sujeto y declaración o testimonio. Esto mismo se ha mencionado por alguna parte de la doctrina que los aborda como aspectos subjetivos y objetivos respectivamente, así hay una serie de elementos que deben considerarse al respecto de evaluar este medio de prueba, pero ello no implica la mayor valoración de uno sobre otro necesariamente. DEVIS ECHANDÍA señala “(...) son también dos los aspectos de esta crítica material del testimonio, como de toda prueba: el subjetivo, que se refiere a su autenticidad y sinceridad (examen del testimonio en consideración al sujeto testigo); y el objetivo, que contempla su exactitud o veracidad y su credibilidad, es decir, en relación con los hechos objeto de la declaración (se incluyen en este aspecto objetivo, su conducencia, la pertinencia del hecho narrado y la ausencia de prohibición legal de investigarlo)”⁴²⁸. En otras palabras, no nos podemos olvidar que la prueba testimonial la realiza un individuo, pero no se queda ahí e implica que la declaración de él tenga un contenido que no es posible obviar⁴²⁹.

En quinto término, entendido entonces que se hace imperioso dejar atrás la sobrevaloración del testigo por sobre la de su testimonio porque ello puede implicar la posesión de menos información, debemos aclarar que este planteamiento es solo posible de realizar en un sistema de libre valoración⁴³⁰, y quizás por ello es que este medio de prueba es el que más se ha desligado de la valoración tasada de la prueba⁴³¹. Señalamos lo anterior porque la eficacia del medio de prueba estudiado “(...) está directamente relacionada al caso concreto, vale decir, depende de una serie de factores como la relación de la declaración realizada con: a) los hechos

⁴²⁶ LAUDAN. Op. cit. p. 212.

⁴²⁷ NIEVA FENOLL (2018). Op. cit. p. 268.

⁴²⁸ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 249.

⁴²⁹ “La capacidad informativa del testigo depende de estas condiciones: la percepción y apercepción, las facultades de receptividad, el proceso rememorativo en sus alteraciones posibles y la razón de ciencia, condición este de carácter objetivo, que no es sino la explicación, en apretada síntesis, del contenido de las otras tres, de carácter marcadamente subjetivo” DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 9.

⁴³⁰ Por lo problemas de la prueba testimonial, es que CAFFERATA nos señala que “la tarea valorativa deviene de imperiosa necesidad” en estos casos. CAFFERATA. Op. cit. p. 120. En otras palabras, BRISEÑO SIERRA. Op. cit. p. 465.

⁴³¹ GUASP DELGADO (1944). Op. cit. p. 79.

pertenecientes al tema *probandum*, pues cuanto más directa fuere la declaración, mayor será su valor aprobante; b) el conjunto probatorio, puesto que la coherencia existente entre los diversos medios de prueba, robustece cada una de ellas, y c) la credibilidad del testigo, ya que la persona que declara en juicio puede prestar confiabilidad a sus palabras, como por ejemplo una persona con edad más avanzada goza mayor confianza cuando declara de lo que un joven”⁴³².

En otras palabras, y como bien nos reseñaba BENTHAM, como la predisposición está en creer, el juez deberá señalar -si así lo estima- sus razones para no hacerlo, las cuales pueden relacionarse con una presunción respecto al testigo, por causa física, moral o intelectual o por la existencia de otro testimonio que se contradiga⁴³³; o la improbabilidad de los hechos relatados⁴³⁴, en este caso la improbabilidad puede ser física o psicológica, lo que, en resumen, son inconsistencias en la declaración⁴³⁵. En otras palabras, y ya refiriéndose a testigos que podríamos llamar “bajo sospecha”, debe el juzgador, apoyándose en las reglas de sana crítica, realizar una labor lógica y racional para agotar la fuerza probatoria de los elementos que se aporten al proceso, para extraer el iter lógico-racional que se expresa en su motivación⁴³⁶.

Junto con lo anterior, es importante tener en consideración, como un sexto término de análisis, para una adecuada evaluación de la prueba testimonial, y aquí ya nos situamos en aspectos formales, la publicidad y solemnidad del acto, porque se ha estimado que eso hace que los testigos expongan con mayor fidelidad o probidad⁴³⁷; la forma del interrogatorio⁴³⁸, lo que ha devenido en la necesidad de la oralidad, aunque igualmente se ha estimado -más aun si tomamos un concepto amplio de testimonio-, que “(...) oralidad y escritura sirven de la misma manera aunque con diversa forma a la declaración”⁴³⁹, así como la inmediación, ya que es determinante la circunstancia respecto a la presencia simultánea de las partes y testigos frente al juzgador en la misma audiencia⁴⁴⁰.

Así, en definitiva, una definición amplia de testimonio junto con los elementos de testigo o sujeto y testimonio o declaración, serán luego el punto de partida para -por una parte- entender la confluencia de estos dos elementos y cómo se reflejarían en otros medios de prueba que también consideraremos testimonios, pero más profundamente también nos permitirá

⁴³² GUIMARAES RIBEIRO. Op. cit. p. 275.

⁴³³ BENTHAM. Op. cit. p. 45.

⁴³⁴ *Ibíd.* p. 47.

⁴³⁵ *Ibíd.* p. 48. En igual sentido DEVIS ECHANDÍA: “La solución al problema de los peligros del testimonio no está en limitar la admisibilidad o, mejor dicho, la conducencia de esta prueba, sino en que el juez extreme su rigor crítico, inclusive cuando existan varios testimonios que coincidan en la afirmación o negación del hecho, en tal forma que únicamente si cada uno reúne todos los requisitos para su validez y su eficacia y el conjunto no deja la menor duda sobre su veracidad, se le reconozca, por sí solo, valor probatorio pleno”. DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 161.

⁴³⁶ QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 106.

⁴³⁷ BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 180.

⁴³⁸ *Ibíd.* p. 96.

⁴³⁹ BRISEÑO SIERRA. Op. cit. p. 445.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*, p. 464.

entender que estos medios de prueba comparten la naturaleza jurídica de testimonio y, por tanto, podremos formular una definición unitaria de los mismos. Esta última idea será la llave para revisar en el último capítulo, a través de una concepción unitaria, los aspectos comunes para el examen de dichos medios de prueba y los problemas procesales que pueden plantearse.

CAPÍTULO III. EL TESTIMONIO COMO PRUEBA

En este capítulo se recurrirá a herramientas conceptuales de la epistemología para construir un concepto amplio de “testimonio” que permita distinguir claramente entre la persona del “testigo” y su “testimonio” en un proceso de producción de conocimiento -entendido como la declaración que se efectúa o el testimonio-.

Como hemos venido señalando, son los hechos los que cobran total relevancia dentro de un proceso al ser estos los que le permiten al juez finalmente tomar una decisión⁴⁴¹. Luego, “cada sistema legal necesita, de cierto modo, determinar la verdad de las preguntas sobre los hechos”⁴⁴².

Para que el juzgador pueda dilucidar los cuestionamientos sobre los hechos, es que tanto los procesalistas como los epistemólogos⁴⁴³ han teorizado respecto a cómo podrían aportar distintos elementos para mejorar la actividad del juzgador, es por ello que se ha desarrollado en el último tiempo un amplio campo de investigación sobre derecho probatorio, en el que se ha analizado en detalle la estructura que presenta el proceso probatorio⁴⁴⁴.

En este sentido, la prueba testimonial fue considerada por mucho tiempo como la única prueba admitida⁴⁴⁵, en el entendido que todo lo que conocemos se debe a testimonios⁴⁴⁶, y su desarrollo legislativo no ha sido más que una suma de formalismos⁴⁴⁷, es decir, un exceso de reglamentación, que finalmente han impedido que a través de este medio de prueba pueda llegarse a la verdad⁴⁴⁸ dentro de un proceso. Lo anterior se ha debido principalmente al centralismo otorgado al testigo⁴⁴⁹ y a la desconfianza que se tiene en el mismo, lo que ha

⁴⁴¹ TWINING (2009). Op. cit. p. 334.

⁴⁴² “Every legal system needs, somehow, to determine the truth of factual questions”. HAACK, Susan: *Evidence matters. Science, proof and truth in the law*. New York, United State, Cambridge University Press, 2014, p. 1. Traducción propia.

⁴⁴³ Es interesante el trabajo que realiza NIEVA FENOLL donde también incluye la psicología y la sociología. Al respecto, señala que “la ciencia ofrece otras soluciones que han sido consideradas por los juristas, y cada una de ellas otorga su aportación en esta búsqueda de una solución para el problema probatorio”. NIEVA FENOLL (2010). Op. cit. p. 95.

⁴⁴⁴ Ver apartado 6 del Capítulo I.

⁴⁴⁵ Ver DE PAULA PÉREZ. Op. cit. pp. 10-14.

⁴⁴⁶ LIPTON, Peter: *The epistemology of testimony. Studies in History and Philosophy of Science Part A*. Gran Bretaña, N.I, (1998), p. 1.

⁴⁴⁷ Revisar apartados 2 y 3 del Capítulo II en relación al tratamiento entregado en las legislaciones chilena y española. Ver también las definiciones del apartado 1 del Capítulo II.

⁴⁴⁸ Verdad como correspondencia en el sentido de TARUFFO, entendiéndolo, como menciona el mismo autor, que la verdad “(...) es uno de los objetivos fundamentales del proceso, pero no es el único. Este sirve también para otros propósitos diferentes, por ejemplo, para resolver controversias, para atraer dinero, o para hacer diferentes interpretaciones de la ley, entre otros, lo cual nos demuestra que es un tipo de actividad que evidentemente es heterogénea y que tiene diferentes objetivos y funciones”. TARUFFO (2012). Op. cit. p. 51.

⁴⁴⁹ Ver definiciones esbozadas en el apartado 1 del Capítulo II. Por ejemplo, ARMENTA DEU. Op. cit. p. 211; DE LA OLIVA SANTOS, et al. Op. cit. p. 152; GÓMEZ COLOMER et al. (2019) Op. cit. p. 288; CUCARELLA GALIANA et.al. Op. cit. p. 417.

implicado deficiencias en las etapas de conformación y valoración del material probatorio y, consiguientemente, impactando ello en la decisión final. Para RAMOS, esto se debe a que “(...) el derecho, cerrado sobre sí mismo, no actualiza sus conocimientos sobre la prueba testifical y, por tanto, no solo deja de evolucionar, sino que, además, en gran medida (...) va en contra de la ciencia”⁴⁵⁰, porque solo centra su análisis en elementos subjetivos⁴⁵¹.

Así las cosas, e ignorando su importancia, el concepto de prueba testimonial desarrollado por la doctrina han sido insuficiente para entender a qué nos referimos realmente con él porque solo da cuenta de elementos formales que indican temas de procedimiento, por ejemplo, que solo indican cómo se practica dicho medio ante un tribunal, y en otros casos se ha conceptualizado a través de quien lo desarrolla y sus características, para simplemente afirmar, sin más rodeos y de forma tautológica, que dicho medio de prueba simplemente es aquel que realiza el testigo.

Las definiciones tradicionales que hemos estudiado olvidan establecer la naturaleza jurídica de este medio de prueba, lo que, si se hiciera correctamente, permitiría generar debate en torno al mismo y otorgarle la importancia que debe tener, ya que finalmente es una forma de adquisición de conocimiento⁴⁵². Sin embargo, lo anterior no sucede y en muchos casos la testimonial es simplemente analizada y cada vez más como una prueba de menor calidad⁴⁵³, producto del centralismo en el testigo y la desconfianza que este genera.

Es por lo mencionado que se hace necesario posicionar al testigo en su justa medida como uno de los elementos del medio de prueba, pero no el único; y así lograr que el juez tome una mejor decisión, no influida por la contaminación que el testigo realiza a la declaración.

La contaminación que señalamos forma una especie de cadena, ya que la desconfianza en el testigo deriva en una subvaloración general de la prueba testimonial⁴⁵⁴ y, por ello, no se realiza correctamente el examen en las etapas de conformación y valoración del material probatorio, lo que termina impidiendo la correcta resolución del conflicto y el poder encontrar la verdad.

El presente capítulo tiene por finalidad re-analizar la “prueba testimonial” a partir de un nuevo y más amplio concepto de “testimonio”, lo que permitirá eventualmente ampliar además dicho concepto a otros medios de prueba. Así, ante la insuficiencia de las definiciones tradicionales, se revisarán principalmente conceptos de testimonio desarrollados por la epistemología.

⁴⁵⁰ RAMOS (2019) Op. cit. p. 23.

⁴⁵¹ RAMOS (2019). Op. cit. p. 36.

⁴⁵² VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 49.

⁴⁵³ ADLER, Jonathan: *Epistemological Problems of Testimony*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Editor Edward N. Zalta) Winter (2017). Disponible en internet en: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/testimony-episprob/>>. [última revisión: 15 de marzo 2020]

⁴⁵⁴ Ver QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 102.

Junto con lo anterior, y esbozando un concepto amplio de testimonio, se establecerán los problemas del testimonio y cuáles son las posibilidades de justificación del mismo que pueden observarse en cada proceso.

Dentro de los conceptos de testimonio que analizaremos buscamos ser capaces de reconocer dos elementos, cuáles serán quien realiza la declaración, al que comúnmente se le llama testigo, y el resultado o contenido de dicha declaración, o sea el testimonio. Plantearemos el examen separado de los mismos para un mayor entendimiento del testimonio, y porque ello trae importantes ventajas aparejadas que también revisaremos.

Por último, es necesario mencionar que el trazado de un concepto amplio de testimonio que realizaremos en este capítulo y la identificación de los elementos señalados implican un nuevo desafío, el cual es permitir que esta amplia definición pueda hacerse extensiva a otros medios de prueba que epistemológicamente pueden considerarse testimonios. Dicha posibilidad se desarrollará en extenso en el capítulo final de esta investigación.

1. LA PRAGMÁTICA DEL TESTIMONIO

A lo largo de esta investigación hemos observado cómo la prueba testimonial es uno de los medios más utilizados para adquirir conocimientos tanto en el ámbito jurídico⁴⁵⁵ como en todo tipo de procesos, pero que al mismo tiempo presenta la paradoja de que cada vez con más frecuencia es del que más se desconfía y el más subvalorado⁴⁵⁶. Así, nos encontramos con el inevitable dilema de la “(...) necesidad del testimonio como prueba judicial y peligros inherentes a él. Ni podemos prescindir de aquel, ni eliminar estos (...)”⁴⁵⁷.

Los problemas que el testimonio nos presenta dicen relación principalmente con el centralismo que se le otorga en las distintas legislaciones al testigo, lo que se vincula entonces con la falta de credibilidad en él y por ende esto impacta de lleno en la credibilidad de la declaración. Sin embargo, se olvida que ha sido a través de testimonios que hemos adquirido la mayoría de los conocimientos que hoy poseemos⁴⁵⁸, es decir, en general, los conocimientos que poseemos tienen como última *ratio* un testimonio. Así, por ejemplo, tanto las reglas de conducta como las historias familiares han sido adquiridas por cada uno de nosotros a través de testimonios.

⁴⁵⁵ CHOZAS ALONSO (2001). Op. cit. p. 20.

⁴⁵⁶ “Witness testimony as an important kind of evidence in trials and investigations. This it is a kind of evidence that is on a razor’s edge. We need it, but it can go badly wrong”. WALTON, Douglas: *Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law*. New York, United State, Cambridge University Press, 2007, p. 12. Traducción propia.

⁴⁵⁷ DEVIS ECHANDÍA, Op. cit. p. 92.

⁴⁵⁸ BENTHAM. Tomo I. Op. cit. p. 41.

En el caso del ámbito jurídico, la importancia de los testimonios es igual de significativa, ya que como nos decía BENTHAM, “los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”⁴⁵⁹, porque en la mayoría de los asuntos sometidos al conocimiento de un juez, será a través de pruebas declarativas como se obtengan los conocimientos en que se basará la decisión a tomar.

Es imposible prescindir de este medio de prueba, ya que la justificación de un enunciado sobre los hechos siempre terminará buscándose en un testimonio, por lo que solo queda hacer frente a las falencias planteadas⁴⁶⁰. A eso se suma que la prueba testimonial sería la más prueba más genuina, ante la dificultad de obtener el reconocimiento de las partes, y la que presenta una mayor intermediación ante el juez⁴⁶¹.

En otras palabras, no se puede obviar este medio de prueba porque finalmente nuestros enunciados fácticos terminarán justificándose en un testimonio, por lo que debiésemos apuntar entonces a mermar sus falencias. Esto es así porque si buscamos la última justificación a una cierta información que se nos entrega, esta siempre estará establecida en un testimonio.

Respecto a esto ya nos mencionaba THAGARD que el problema de creer en los testimonios se da en todo momento y en cada aspecto de nuestra vida⁴⁶², porque el testimonio es una forma de aproximación a ciertos hechos, confiándose *per se* y sin cuestionamientos mayores en lo que se nos señala, y sin tener, al mismo tiempo, forma de verificar lo que se nos ha dicho, o pudiendo verificarse solo a través de otros testimonios.

De esta manera, la importancia trascendental del testimonio en nuestras vidas es evidente, ya que el testimonio de los hombres y los reportes de testigos han sido la forma más común, utilizada y necesaria de la vida humana para la adquisición de conocimientos⁴⁶³. Así, hemos confiado en los testimonios para adquirir conocimientos como la historia de nuestra civilización o los límites y elementos de nuestro planeta; en otras palabras, sin el testimonio nuestras vidas serían irreconocibles⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ BENTHAM. Tomo III. Op. cit. p. 66.

⁴⁶⁰ GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles: “¿Por qué seguimos necesitando la prueba testimonial?” en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (coordinadores Manuel Cachón Cadenas, Vicente Pérez Daudí). Barcelona, España, Atelier Libros Jurídicos, 2019, p. 584.

⁴⁶¹ SERRA DOMÍNGUEZ (2009). Op. cit. p. 430.

⁴⁶² “When someone tells you something, should you believe it? This problem is ubiquitous in law, business, science, and everyday life. It arises in law when jurors and judges have to decide whether to believe the testimony of a witness. It arises in business when buyers, sellers, and others make claims that may be dubious (...)”. THAGARD, Paul: “Testimony, credibility, and explanatory coherence” en *Erkenntnis* N. 63 (2005), p. 295. Traducción propia.

⁴⁶³ “There is no species of reasoning more common, more useful, and even necessary to human life, than that which is derived from the testimony of men, and the reports of eyewitnesses and spectators”.

⁴⁶⁴ LACKEY, Jennifer: *Learning from words*. New York, United States, Oxford University Press Inc, 2008, p.1. “Testimony is an invaluable source of knowledge. We rely on the reports those arounds us for everything from the ingredients in our food and medicine to the identity of our family members, from the history of our civilization to the limits and contents of our planet. If we refrained from accepting what others told us, our lives, both practically and intellectually, would be unrecognizable”. ADLER, Jonathan: *Epistemological Problems of Testimony*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (Editor Edward N. Zalta) Spring (2009). Disponible en internet en:

Así, los testimonios están presentes en todo nuestro actuar, ya que en muy pocas oportunidades los conocimientos que poseemos se deben a experiencias primarias y propias de cada uno⁴⁶⁵. La razón de lo anterior es que “no hay un tipo de razonamiento más común, más útil o incluso más necesario para la vida humana que el derivado de los testimonios de los hombres y los informes de los testigos presenciales y de los espectadores”⁴⁶⁶, derivado de “(...) la observación de la veracidad del testimonio humano y de la habitual conformidad de los hechos con los informes de los testigos”⁴⁶⁷. En definitiva, es posible señalar que muchas de las decisiones más importantes de nuestras vidas se han basado en testimonios⁴⁶⁸.

En el caso específico del ámbito jurídico, el testimonio se torna indispensable, porque, sin él, “(...) gran parte de las circunstancias jurídicamente relevantes no podrían esclarecerse”⁴⁶⁹, siendo la fuente de evidencia más importante para un gran número de decisiones judiciales⁴⁷⁰. No obstante, los estudios sobre el testimonio han evidenciado sus posibilidades de error y no su utilidad⁴⁷¹.

Lo recién señalado se produce, en primer término, porque no todo lo que hacemos lo vamos dejando plasmado en documentos ni es posible de verificar mediante otro tipo de prueba, y porque además este medio proporciona “una mayor facilidad que la escritura para lograr que los sujetos del proceso se relacionen”⁴⁷². Luego, en un proceso hay ciertos casos que solo se pueden comprobar mediante testigos, como las diferencias familiares, algunas transacciones mercantiles según los usos regionales y hasta convenciones o arreglos administrativos, la discutibilidad sobre los factores normativos, errores sobre la cosa, o la mala fe en una relación⁴⁷³, entre otros. Así, si bien “el testimonio es frecuentemente complementado por prueba

<<https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/spr2009/entries/testimony-episprob/>> [Última revisión: 15 de marzo 2020]. Traducción propia.

⁴⁶⁵ VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 49.

⁴⁶⁶ “Testimony is as basic, fundamental, and important as anything in modern legal systems. Whether in written or oral form, it is the primary source for acquiring knowledge about the virtually infinite variety of events that give rise to litigation”. PARDO, Michael: Testimony. “*Tulane Law Review*”, Vol. 82, (2007), p. 2. Traducción propia.

⁴⁶⁷ HUME, David: *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducción de Jaime de Salas Ortueta. Madrid, España, Alianza Editorial, 1988, p. 135.

⁴⁶⁸ *Ibíd.* pp. 135-136.

⁴⁶⁹ THAGARD. Op. cit. p. 295.

⁴⁷⁰ DÖHRING. Op. cit. p. 21.

⁴⁷¹ PÁEZ PENUELA (2014). Op. cit. p. 96.

⁴⁷² DÖHRING. Op. cit. p. 22. Este autor se refiere, sin embargo, a la generalidad de las pruebas personales. No obstante, ello, hay otros como GORPHE quien detalla las críticas a este medio de prueba ya en el año 1971. GORPHE. Op. cit.

Cabe agregar además que la psicología del testimonio se ha dedicado a estudiar estos errores, que tienen que ver principalmente con la correspondencia testimonio-realidad, los que se relacionan con problemas de funcionamiento de la memoria y del riesgo de sugestión. DIGES, Margarita: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid, España, Editorial Trotta, 2016, pp. 21-43.

⁴⁷³ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, Pedro. “La oralidad en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias” en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (edit. Federico Carpi, Manuel Ortells Ramos), Volumen 2, Valencia, España, Universidad de Valencia, 2008, pp.199-210.

⁴⁷⁴ BRISEÑO SIERRA. Op. cit. p. 466.

documental, física o evidencia científica, no es difícil asumir que el testimonio es necesariamente la prueba primaria y más significativa fuente de información⁴⁷⁴.

Así como en nuestra vida diaria, en el ámbito jurídico lo que se espera del testigo es que nos entregue información sobre ciertos hechos de los que el juez no tiene conocimiento, proporcionando información verdadera y fiable⁴⁷⁵. En otras palabras, “no solo hay suficiente fundamento jurídico, psicológico y lógico para admitir la prueba de testigos entre los medios utilizados en el proceso, para llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas jurídicas que debe aplicar, sino que desde un punto de vista tanto teórico como práctico, existe una verdadera necesidad de recurrir a ella, en la mayoría de los procesos”⁴⁷⁶.

En esta investigación iremos un paso más allá, buscando relevar al testimonio en el lugar de importancia que debe tener, lo que creemos es posible si el estudio del mismo se realiza desde otro enfoque, en que los dos elementos que lo componen, testigo o sujeto y la declaración o testimonio en sentido amplio.

2. POLISEMIA DEL TÉRMINO TESTIMONIO

Como fue posible constatar a lo largo del capítulo anterior, en el ámbito jurídico las referencias a la idea de testimonio son principalmente aquellas que apuntan a la prueba testimonial. Las definiciones de esta son por regla general vagas o meramente descriptivas, centrándose en el testigo y la labor que este ejerce dentro del procedimiento, o simplemente, desarrollando las formalidades de acuerdo con la legislación vigente. En otras palabras, cuando se menciona en materia procesal el término “testimonio”, lo que se hace es describir la prueba testimonial o testifical, según la denominación otorgada por la doctrina de cada país.

Sin embargo, estimamos que los conceptos tradicionales que se dan del testimonio se tornan hoy en día insuficientes porque invisibilizan la importancia que el testimonio tiene y seguirá teniendo en los procesos judiciales como especies de procesos de producción del conocimiento; no tienen a la vista una distinción esencial para un análisis cuidadoso del testimonio, cual es entre “testigo” y “testimonio”. A ello se suma que son simplistas y no realizan la labor de construcción sistemática propia de la dogmática jurídica; son poco sofisticados y no toman en cuenta los avances de la reflexión filosófica y/o científica.

⁴⁷⁴ “Today, oral witness testimony is frequently supplemented by documentary, physical, or scientific evidence, so it can no longer be assumed that oral testimony is necessarily the primary or most significant source of information for the fact-finder in every case”. ROBERTS, Paul, ZUCKERMAN, Adrian: *Criminal Evidence*. Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2010, p. 291. Traducción propia.

⁴⁷⁵ TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 65.

⁴⁷⁶ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. Op. cit. p. 87.

Así, lo que queremos es que a través de nuestra definición, este medio de prueba vuelva a tomar el lugar de importancia que, consciente o inconscientemente, tiene en nuestra vida diaria, permitiendo su análisis no solo desde la mirada del testigo sino también desde la información misma de su declaración. De esa forma, con una visión renovada del mismo o una nueva mirada, creemos que el juzgador podrá contar con todos los antecedentes necesarios que luego valorará para así decidir el asunto sometido a su decisión.

De esta manera, para la elaboración de un concepto de testimonio que no solo nos permita definirlo sino también entender los problemas y sus formas de justificación, es que utilizaremos el desarrollo que la epistemología ha tenido al respecto. Luego, el objetivo será, tomándose de las ideas elaboradas por PÁEZ PEÑUELA en esta temática, “(...) más bien examinar cómo es entendida la prueba testimonial en el derecho, determinar cuál de esas posiciones es más afín, y utilizar la especificidad de la prueba testimonial para enriquecer un debate filosófico que a veces se queda en un plano muy general y no entra a examinar los diferentes usos que se le dan al testimonio”⁴⁷⁷.

La epistemología es una herramienta útil para la comprensión del testimonio, esto se debe a que la misma ha sido una ciencia que de una forma u otra ha permitido entender los razonamientos probatorios⁴⁷⁸, y entregar herramientas para el juzgador en el momento de la toma y motivación de la decisión⁴⁷⁹.

Si bien utilizaremos la epistemología para tratar de definir el testimonio, su comprensión y análisis se enfocará desde el ámbito jurídico ya que la epistemología no siempre ayuda a comprender de la mejor manera el ámbito jurídico, producto muchas veces de su especificidad o falta de ella⁴⁸⁰, además, un tráfico bidireccional entre el ámbito jurídico y la epistemología podrá beneficiar a ambas partes⁴⁸¹.

Reiteramos que el fondo de esta investigación es lograr re-analizar la prueba testimonial y posiblemente proyectar el concepto de testimonio a otros medios de prueba, pero siempre

⁴⁷⁷ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 100.

⁴⁷⁸ NIEVA FENOLL (2010) Op. cit. p. 99.

⁴⁷⁹ *Ibíd.* pp. 107 y 110.

⁴⁸⁰ “Moreover, much work by specialist-epistemologists even on legally-relevant topics -e.g., about the evaluation of testimony, or the epistemological consequences of evidence-sharing- isn’t detailed enough, or isn’t detailed enough in the relevant respects, to be very helpful to an understanding of evidentiary issues in the law; and a good deal of the work of professional epistemologists (e.g., efforts to understand epistemic justification in terms of the truth-ratios of belief-forming processes) is, to put it bluntly, just wrongheaded”. HAACK. Op. cit. p. 8. Traducción propia.

⁴⁸¹ “The emphasis here has been on the usefulness of epistemology to the law; but I certainly don’t mean to suggest that the law can’t also be useful to epistemology. On the contrary: thinking about real-life evidentiary issues can be extremely helpful to an epistemologist-not least because philosophy so often confines itself to an unsatisfying diet of simplified, made-up examples, while the law provides ample illustration of just how complicated, ambiguous, tangled, and confusing real-life evidence can be. The “niche” epistemology fashionable today puts me in mind of John Locke’s shrewd observation about “those who readily and sincerely follow reason, but... have not a full view.” Such people “have a pretty traffic with known correspondents in some little creek,” he (or she) comments, “but will not venture into the great ocean of knowledge.” A more robust two-way traffic between legal practice and epistemological theory, I believe, could benefit both parties”. HAACK. Op. cit. p. 26. Traducción propia.

desde el ámbito del proceso. Por lo señalado, en este apartado revisaremos entonces los conceptos de testimonio formulados desde la epistemología, sin perder el foco de que esta investigación se canaliza desde el ámbito jurídico. Las definiciones que analizaremos, provenientes de la epistemología, y luego los problemas y justificación del mismo, solo nos permitirán una mejor comprensión del fenómeno.

Para una revisión más ordenada de los conceptos de testimonio que pretendemos analizar, los agruparemos en dos. En primer lugar, aquellos que consideran el testimonio exclusivamente como un acto de comunicación, y en segundo lugar aquellos que consideran que el testimonio es principalmente una fuente de información.

Esta distinción entre testimonio como acto de comunicación, por un lado, y como fuente de información y creencias, por otro, es revelada por LACKEY, para quien hay dos visiones: en primer lugar, el testimonio es un acto intencional de parte del hablante, y también es una fuente de creencias o conocimientos para la audiencia o el oyente⁴⁸². Sin embargo, para la autora sería solo un acto de comunicación⁴⁸³ porque no habría diferencias respecto a si lo que se transmite está dirigido a “A” o a “B”. Luego, siempre se transparenta la posibilidad de que estos conceptos generales de testimonio no serían del todo correctos de aplicar en el ámbito jurídico, porque habría que distinguir entre una definición de testimonio formal, ligada a temas jurídicos, y la definición natural de testimonio, porque esta última no siempre sería epistémicamente eficaz⁴⁸⁴.

2.1. TESTIMONIO COMO FORMA DE COMUNICACIÓN

Como mencionamos al inicio, dentro de las definiciones de testimonio que es posible de desarrollar encontramos aquella en que este es solamente una forma de comunicación, en la cual no tiene mayor relevancia la información que se traspase, tampoco si hay intencionalidad de quien ejerce el papel de hablante o si quien es el oyente conoce o no la información.

Dentro de las concepciones del testimonio como mera forma de comunicación y sin vinculación con el conocimiento traspasado, se ha señalado que, al igual que la memoria, el testimonio no sería fuente de conocimiento, sino solo un modo de transmitir conocimiento⁴⁸⁵, o

⁴⁸² LACKEY. Op. cit. p. 27.

⁴⁸³ *Ibíd.* p. 28.

⁴⁸⁴ “Testimony is extremely common and not always epistemically efficacious. We testify all the time, but we do not spread knowledge, or even provide evidence, potential, veridical, simpliciter or otherwise, every time we make a statement that p with the intention of supporting p”. GRAHAM, Peter: What is testimony?. “*The Philosophical Quarterly*”. Vol. 47, No. 187, (1997), p. 231. Traducción propia.

⁴⁸⁵ “For instance, it is often assumed that neither memory nor testimony is, strictly speaking, a generative source of knowledge: while the latter transmits knowledge from one speaker to another, the former preserves beliefs from one time to another”. LACKEY, Jennifer: “Testimonial knowledge and transmission” en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 49, N° 197 (1999), p. 471. Traducción propia.

sea, “se difunde el conocimiento a través de la comunicación”⁴⁸⁶. Sin embargo, esto no impediría que en ciertos casos este testimonio pueda llegar a generar conocimiento⁴⁸⁷.

Es decir, no es posible distinguir entre el acto de comunicación en sí, el tipo o la calidad de la información, el conocimiento que tiene el hablante, la intención de él y la fuente de la creencia, además si esta está justificada.

Así, el testimonio se concibe como un proceso comunicativo en que existe la “emisión de un mensaje por parte de alguien, y, a su vez, la recepción de ese mensaje por parte de otro”⁴⁸⁸, revelándose que estaremos frente a una fuente, es decir, alguna persona o grupo de personas con un objetivo y una razón para ponerse en comunicación con otro u otros, siendo esta última expresada en forma de mensaje, que puede ser una conducta física o verbal en que se traduzcan ideas, propósitos e intenciones en un código, en un conjunto sistemático de símbolos⁴⁸⁹. En palabras simples, el testimonio sería aquella declaración por parte de un orador a su oyente o a la audiencia⁴⁹⁰.

Entender entonces el testimonio como un mero acto comunicativo implicaría, en el ámbito jurídico, concebirlo como la “transmisión del conocimiento de un hecho adquirido por el testigo”⁴⁹¹. Así, y según DOSI, existirían dos fases, la de transmisión del conocimiento y la de adquisición de dicho conocimiento, centrándose el proceso solo en la primera de ellas, siendo el testigo “(...) un simple instrumento de transmisión de aquel hecho”⁴⁹².

Así las cosas, el desarrollo del testimonio solo como un acto de comunicación olvida muchas veces que, independientemente del análisis de la información que se entregue, esta idea comunicacional igualmente se vincula con información y conocimiento⁴⁹³, y por eso creemos que las ideas generales anteriores resultan incompletas, porque en el fondo del asunto, y especialmente en el ámbito del derecho, el testimonio tiene una finalidad más allá de la comunicación del mensaje, al utilizarse como antecedente para la resolución del conflicto.

⁴⁸⁶ “Spreads knowledge through communication”. GRAHAM. Op. cit. p. 231.

⁴⁸⁷ “The considerations put forth in this paper suggest that, strictly speaking, knowledge is not necessarily transmitted via testimony, but that testimony can itself generate knowledge. In a testimonial chain in which each link fails to know that p because each has an undefeated defeater for the belief that p, the last hearer in such a chain can none the less come to have new knowledge via testimony, either through not having the defeater in question or through having a defeater-defeater. Thus, testimony seems to differ from memory in a particularly salient respect precisely because the former can be generative while the latter is merely preservative”. LACKEY (1999). Op. cit. p. 490. Traducción propia.

⁴⁸⁸ BERLO, David: *El proceso de la comunicación. Introducción a la teoría y la práctica*. Buenos Aires, Argentina, El Ateneo, 1984, p. 6. Además, DOSI nos menciona que sería un hecho de lenguaje, pudiendo ser dicho lenguaje gráfico, fónico y mímico, común, técnico y convencional, etc. DOSI, Ettore: *La prueba testimonial. Estructura y función*. Traducción de Ediciones Olejnik. Lima, Perú, ARA Editores E.I.R.L., 2016, p. 33.

⁴⁸⁹ BERLO. Op. cit. p. 18.

⁴⁹⁰ “Testimony is the assertion of a declarative sentence by a speaker to a hearer or to an audience”. ADLER (2009). Op. cit.

⁴⁹¹ DOSI. Op. cit. p. 3.

⁴⁹² *Ibíd.* p. 6.

⁴⁹³ “These assumptions are made for the sake of economy, though the discussion tends toward the substantive claim that literal usage is primary and that informativeness is the basic communicational goal”. ADLER (2009). Op. cit. p. 4. Traducción propia.

Según lo señalado, podemos concluir, sin embargo que, a diferencia de la memoria y la percepción, el testimonio tiene una intención comunicativa⁴⁹⁴, pero ello no obsta a la adquisición de conocimiento y traspaso de información que implica. Por tanto, es posible distinguir tres elementos en el testimonio: “a) la expresión de información, creencias o conocimiento mediante un acto de comunicación; b) una conexión razonable entre lo dicho por el hablante y lo adquirido por la audiencia; c) la información adquirida al menos en parte mediante ese acto de comunicación”⁴⁹⁵.

Por todo lo anterior, y como bien lo grafica VÁZQUEZ ROJAS, el testimonio es una práctica social que se materializa a través de un acto de habla, pero del cual, querámoslo o no, obtenemos conocimiento⁴⁹⁶, como se profundizará a continuación.

2.2. TESTIMONIO COMO TRANSFERENCIA DE CONOCIMIENTO

Fue posible apreciar en el epígrafe anterior que el testimonio normalmente se desarrolla como un acto comunicativo. No obstante ello, es preciso recordar que “el concepto general de testimonio supone la existencia de al menos dos agentes, el hablante y la audiencia, con distintos roles, características y exigencias (...)”⁴⁹⁷, que si bien se entienden insertos en un acto de comunicación, de todas formas el acto del testimonio tiene un determinado significado, siendo para la audiencia una fuente de conocimiento o creencias⁴⁹⁸, y por tanto, suponiendo la existencia de dos objetivos: el primero es que los oyentes pueden adquirir conocimiento a través del testimonio de otros y el segundo es que los hablantes tienen ese conocimiento⁴⁹⁹.

De esta manera, al estudiar las posibles definiciones de testimonio también podemos configurarlo como aquel acto que implica la transferencia de conocimiento y ya no meramente un acto comunicativo. Así las cosas, podríamos definir el testimonio como fuente de conocimiento si se cumplen dos supuestos: el primero de ellos dice relación con que la audiencia no conozca lo que el hablante le plantea. Esta falta de conocimiento puede referirse a una ignorancia absoluta del asunto, conocerlo de manera deficiente o tener un conocimiento diverso. El segundo, que esto no sea una mera diferencia de acceso a las pruebas relevantes que pudiese suscitar diferencias de opinión o desacuerdos entre los participantes del acto comunicativo⁵⁰⁰, lo que se vincula con el elemento anterior, porque no es solo el hecho de que el

⁴⁹⁴ “Whereas perception or memory is a lawlike process, testimony is not. Testimony involves agents with free will, whose assertions are the product of communicative-intentions”. *Ibíd.* Traducción propia.

⁴⁹⁵ VÁZQUEZ ROJAS. *Op. cit.* p. 50.

⁴⁹⁶ *Ibíd.* p. 51.

⁴⁹⁷ *Ibíd.* p. 51.

⁴⁹⁸ *Ibíd.* p. 51.

⁴⁹⁹ LACKEY (1999). *Op. cit.* p. 471. Ver Lackey en que expone que el testimonio no es necesariamente una transferencia de conocimiento sino también puede ser generador del mismo. *Ibíd.* p. 490.

⁵⁰⁰ VÁZQUEZ ROJAS. *Op. cit.* p. 51.

juzgador no conozca, sino que en el mismo proceso pueden generarse conocimientos opuestos en dicho proceso. En palabras simples, “el testimonio es una práctica social a través de la cual se transmite conocimiento del hablante al oyente”⁵⁰¹.

La epistemología ha desarrollado diversos enfoques que permiten entender el concepto de testimonio y cómo este es una fuente de conocimiento. Así, conceptualizando el testimonio solo como un mero acto comunicativo, podemos señalar que el testimonio transmite o preserva, en la medida que lo transmite, el conocimiento, incluso se le vincula a la memoria o la percepción, “el testimonio es un medio primordial para transmitir o preservar conocimientos similares a la memoria. El conocimiento que uno transmite o preserva deriva de otras fuentes de creencias como la percepción”⁵⁰²⁻⁵⁰³.

Esta idea de testimonio como formador de creencias y de instrumento para transferir conocimiento implica que “(...) es una manera (epistémicamente) legítima de formar creencias; lo contrario implicaría una concesión inadmisibles para muchos, a saber, que la gran mayoría de nuestras creencias resultan epistémicamente deficientes”⁵⁰⁴.

Cabe mencionar, además, que si bien el testimonio -bajo este concepto- ha sido desarrollado principalmente por la epistemología, hay también otras ciencias sociales que lo han tomado en un sentido similar. MANZANERO PUEBLA, quien se ha dedicado a la psicología del testimonio⁵⁰⁵, señala expresamente que el testimonio es una fuente de información⁵⁰⁶, así como CRUZ CONTRERAS, en ensayos sobre sociología y epistemología social, nos menciona que “el testimonio es una forma de relato que no consiste solamente en un intercambio entre un sujeto que requiere información y otro que la brinda, principalmente, en términos de portavoz de una verdad sobre un hecho vivido, sino que es, ante todo, una situación de transmisión, una búsqueda de salir del soliloquio para compartir ese relato en un espacio público, y en ese proceso el discurso se vuelve testimonio”⁵⁰⁷.

⁵⁰¹ “Testimony is a social practice by which knowledge is transmitted from speakers to hearers”. PARDO. Op. cit. p. 7.

⁵⁰² “Testimony as a prime means to transmit or preserve knowledge is similar to memory. The knowledge that either one transmits or preserves is derived from other sources of belief like perception”. ADLER (2009). Op. cit. Traducción propia.

⁵⁰³ En el mismo sentido, “If this thesis is correct, it lends support to the view that testimony can transmit knowledge”. *Ibíd.* Traducción propia.

⁵⁰⁴ LOGUERCIO, Nicolás: “Testimonio moral y epistemología del testimonio” en *Revista latinoamericana de filosofía*, V. 41, N.1 (2015), p. 2.

⁵⁰⁵ En este aspecto volvemos a la idea que tomamos de NIEVA FENOLL en relación a que las distintas ciencias permiten complementar las soluciones para el problema probatorio. NIEVA FENOLL (2010). Op. cit. p. 95. Este mismo autor menciona que las teorías psicológicas vienen en aportar principalmente todo lo relacionado con el grado de confirmación de las pruebas cómo, qué sostienen NIEVA FENOLL (2010), p. 128.

⁵⁰⁶ SILVA, Eva; MANZANERO, Antonio; CONTRERAS, María José: *Capalist. Valoración de capacidades para testificar*. Madrid, España, Dykinson S.L., 2018, p. 16.

⁵⁰⁷ CRUZ CONTRERAS, María Angélica: Epistemología feminista y producción de testimonios de mujeres sobre la dictadura en Chile: redirigiendo el foco a la posición de la investigadora. “*Práctica de oficios*”, V.1, N. 21 (2018).

Si bien todo lo mencionado incluye las ideas de testimonio como fuente de creencias y de transferencia de conocimiento quien mayormente ha desarrollado el concepto, y lo ha hecho en base a tres vertientes, es COADY, quien identifica una vertiente formal, una natural u ordinaria y una extendida o amplia⁵⁰⁸, a las que también hace mención y critica LACKEY, señalando que COADY divide el testimonio en el tipo ordinario⁵⁰⁹, general⁵¹⁰ y moderado⁵¹¹.

De manera general, COADY señala al testimonio como un acto de habla con una cierta intención, ya que lo define como un “acto ilocutorio” que es llevado a cabo bajo ciertas condiciones e intenciones⁵¹², el cual solo se entiende bajo las tres vertientes anteriores señaladas.

En primer término, desarrolla una idea formal de testimonio vinculado al ámbito jurídico, que sería aquel testimonio ante un tribunal de justicia, ante una comisión de investigación, o un organismo similar, siendo un tipo de prueba aportado por personas⁵¹³. Esta idea jurídica o formal de testimonio, es compartida por RICOUER, pero con ciertas diferencias con COADY; así, el autor señala que el testimonio tiene un origen jurídico y se compondría de tres pilares; el primero de estos sería la asimetría epistémica entre el testigo y el auditorio, restringiéndola a la presencialidad, esto quiere decir que el testigo tiene un privilegio epistémico frente a su audiencia por haber presenciado un determinado acontecimiento y eso implica que el auditorio deba confiar en las palabras del hablante; el segundo pilar es su carácter judicial, lo que implica estar en medio de una disputa, situándose a favor de una de las partes y utilizar una argumentación retórica; y en tercer lugar, señala que en el testimonio jurídico, la atención se dirige hacia el testigo y más precisamente hacia el falso testimonio⁵¹⁴.

En segundo término COADY desarrolla una idea de testimonio de tipo natural, que implicaría tres elementos, “el hablante S testifica realizando una declaración p, solo si (1) su declaración es evidencia de p y se ofrece como evidencia de p; (2) el hablante S tiene las competencias, credenciales o autoridad para declarar verdaderamente que p; y (3) la declaración del hablante S sobre p es relevante para una disputa o asunto no resuelto (...) y está dirigida a aquellos que necesitan resolver dicho tema”⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ COADY, C.A.J.: *Testimony. A philosophical study*. Reino Unido, Oxford University Press Inc., 2002, pp. 27 ss.

⁵⁰⁹ LACKEY (2008). Op. cit. pp. 15-19.

⁵¹⁰ LACKEY (2008). Op. cit. pp. 19-23.

⁵¹¹ LACKEY (2008). Op. cit. pp. 23 ss.

⁵¹² “The concept of testimony that I will thus define and use is that of a certain speech act or, in J.L. Austin's terminology, an illocutionary act, which may be and standardly is performed under certain conditions and with certain intentions such that we might naturally think of the definition as giving us conventions governing the existence of the act of testifying”. COADY. Op. cit. p. 25. Traducción propia.

⁵¹³ “Clearly testimony in a court of law or before a commission of inquiry or something of the sort is a kind of evidence: it is, specifically, the evidence provided by persons”. Ibíd. p. 27. Traducción propia.

⁵¹⁴ LYTGOE, Esteban: “El desarrollo del concepto de testimonio en Paul Ricoeur” en *Eidos. Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, Barranquilla, Colombia, N. 9 (2008), pp. 38-39.

⁵¹⁵ “A speaker S testifies by making some statement p if and only if: (1) His stating that p is evidence that p and is offered as evidence that p; (2) S has the relevant competence, authority, or credentials to state truly that p; (3) S's

De esta manera, esta segunda definición realizada por el autor nos permite reflexionar en torno a que la relación que se produce al plantearse un testimonio es doblemente asimétrica ya que nos encontramos con una asimetría epistémica entre el testigo y su auditorio reconocida por ambas partes, porque el testigo sabe algo que su auditorio desconoce, por haberlo presenciado o poseer ciertas competencias especiales. “Todo testimonio es una forma de evidencia, y, por lo tanto, limitada a un contexto en particular, a saber: una disputa irresoluta. La disputa prima por sobre el testimonio. Esto significa que aquello que se declare solo será considerado testimonio si es relevante a la resolución de la disputa entre dos posiciones antagónicas. En la medida en que toda aquella declaración que no pueda ser encuadrada en la disputa acabe siendo descartada”⁵¹⁶. LYTHGOE, agrega además un punto muy importante en torno a dejar de lado el centralismo del testigo al referirnos al testimonio, señalando que “el segundo punto digno de destacar es que esta definición no depende ni del vínculo de lo declarado con la realidad, ni de la sinceridad del testigo”⁵¹⁷.

Por último, COADY se refiere, en tercer término, al testimonio de manera extendida, en esta vertiente apunta a la posibilidad de expandir y utilizar el concepto de testimonio a otras áreas, tanto primarias del conocimiento testimonial, como a la historia y a los testimonios institucionales⁵¹⁸.

La idea del testimonio como fuente de conocimiento no es novedosa, ya que incluso es posible encontrarla en la doctrina procesal que se refiere a la prueba testimonial y a la posibilidad de expansión de dicha definición a otros medios de prueba. Es así como DÖHRING, por ejemplo, utilizando la clasificación de las pruebas entre reales y personales, no hace referencia al testimonio sino a las pruebas personales, las que incluirían la declaración de testigos, peritos y litigantes⁵¹⁹, conceptualizando ampliamente aquellas y especificando que “lo que caracteriza esta prueba es que entre el averiguador y el estado de los hechos media un ser humano, portador de noticias”⁵²⁰.

Con mayor claridad, DEVIS ECHANDÍA destaca la transferencia de conocimiento que lleva consigo el testimonio cuando afirma que “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”⁵²¹. De esta manera, y haciendo eco del testimonio en un sentido mucho más amplio del que habitualmente trata la doctrina procesal, aquel sería una declaración representativa que realiza una persona que no es parte o que siendo

statement that p is relevant to some disputed or unresolved question (which may, or may not be, p?) and is directed to those who are in need of evidence on the matter”. Traducción propia. COADY. Op. cit. p. 42.

⁵¹⁶ LYTHGOE. Op. cit. p. 35-36.

⁵¹⁷ *Ibíd.* p. 36.

⁵¹⁸ COADY. Op. cit. p. 48.

⁵¹⁹ DÖHRING. Op. cit. p. 20.

⁵²⁰ *Ibíd.* p. 21.

⁵²¹ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 25.

parte no perjudica su situación jurídica en el juicio⁵²². En el mismo sentido se pronunciaba CARNELUTTI, para quien “el testimonio es un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo”⁵²³.

Así, y como hemos ya dicho, la doctrina procesal es más bien reacia a proponer conceptos de testimonio, y cuando lo hace es solo para dar cuenta de las formalidades de la prueba testimonial o a características del testigo, los conceptos formulados por los procesalistas tradicionales igualmente nos permiten reafirmar la idea de testimonio amplio que venimos trabajando no vinculada únicamente con un tercero, pudiendo entonces ampliarse a quienes transfieren conocimientos y son fuente de creencias en juicio, como serían terceros expertos y partes.

Por último y, como ejemplo de lo anterior, MUÑOZ SABATÉ se refiere al testimonio de partes y de terceros, siendo el primero aquel que una de las partes hace contra sí misma⁵²⁴, o DEVIS ECHANDÍA menciona que “(...) 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”⁵²⁵.

2.3. CONCEPTO UTILIZADO EN ESTA INVESTIGACIÓN

Hemos podido observar que definir el testimonio solo como un acto comunicativo es otorgar una visión sumamente restringida del mismo porque si bien existe un acto de comunicación mediante el testimonio, este solo sería uno de los elementos que lo componen haciéndose necesario que aquel acto esté vinculado con los conocimientos y creencias que la audiencia viene en adquirir y el hablante en entregarle.

Cabe agregar también, como bien señala VÁZQUEZ ROJAS, que el hecho de que el testimonio pueda ser enfocado como un acto comunicativo, un acto intencional del agente, una fuente de información o de conocimiento en la cual no importa la intención⁵²⁶, hace que sea difícil desarrollar un concepto único del mismo. Surge, además, la pregunta respecto a si es necesario que la información entregada sea desconocida por la audiencia.

⁵²² *Ibíd.* pp. 33-34.

⁵²³ CARNELUTTI. *Op. cit.* p. 151.

⁵²⁴ MUÑOZ SABATÉ (1983). *Op. cit.* p. 285.

⁵²⁵ DEVIS ECHANDÍA, Tomo II. *Op. cit.* p. 25.

⁵²⁶ VÁZQUEZ ROJAS. *Op. cit.* pp. 51-52.

En vista de lo anterior y de que el objetivo de esta investigación es proponer un concepto de testimonio amplio que nos permita utilizarlo ya no solo de acuerdo a las ideas generales y formales de prueba testimonial sino que estableciendo su naturaleza jurídica, y de la mano de ella, tratar de incluir también otros medios de prueba, es que en esta tesis tomaremos la posición amplia en que el testimonio es una fuente de conocimientos y creencias más que meramente un acto comunicacional que deberá ser absorbido por la audiencia, ya que al usarse como un medio de prueba, proporcionará los conocimientos para que luego el juez -la audiencia- pueda tomar una decisión. A lo señalado se suma que la audiencia no debe conocer ex ante lo que el hablante afirma, y/o no debe tratarse de una mera diferencia de acceso a las pruebas relevantes que pudiese suscitar diferencias de opinión o desacuerdos en los participantes en el acto de comunicación⁵²⁷.

La justificación de lo anterior es la necesidad de desarrollar un concepto amplio de testimonio que permita incluir la declaración de las partes y de terceros. Esto no impide que pueda distinguirse para su valoración la posición que tiene dicha persona en el proceso, tomando en consideración lo distintivo de la regulación en cada caso⁵²⁸.

Podemos señalar que si bien el testimonio será un acto de comunicación, en él el hablante debe traspasar o expresar conocimientos, información o creencias. Luego, podemos señalar que el recién denominado hablante -es decir, quien expresa la información, creencia o conocimiento- es quien tradicionalmente se conoce como el testigo, y lo que expresa -es decir la información, creencia o conocimiento- lo que tradicionalmente se conoce como testimonio. Además, y con independencia del tipo de conocimiento que transfiera, epistemológicamente será un testimonio⁵²⁹.

Cabe agregar que, utilizando como base el concepto de testimonio planteado, habrá luego que agregarle las formalidades de cada sistema jurídico en que va a aplicarse determine⁵³⁰.

Por último, es posible vislumbrar y destacar en el concepto referido que hemos propuesto la existencia de dos elementos, el hablante -testigo o sujeto- y el contenido de lo que expresa -testimonio o declaración-. La distinción entre estos elementos es completamente relevante para abordar los problemas que el testimonio presenta en las etapas de inclusión y valoración probatoria, cuales son, la evaluación de la credibilidad de los testigos, en sentido amplio, en una etapa de conformación del material probatorio y una falta de distinción entre el testigo y el testimonio en la etapa de valoración que permita determinar, en dicho momento, la coherencia, completitud e información incorporada en relación netamente al testimonio, y la credibilidad en torno al testigo.

⁵²⁷ *Ibíd.* p. 52.

⁵²⁸ CARNELUTTI. *Op. cit.* p. 149.

⁵²⁹ NIEVA FENOLL (2010). *Op. cit.* p. 215.

⁵³⁰ PARDO. *Op. cit.* p. 26.

3. JUSTIFICACIÓN DEL TESTIMONIO

¿No basta con conceptualizar el testimonio simplemente como un generador de conocimientos y creencias, sino que dicha definición trae consecuentemente aparejados diversos problemas relacionados a cuándo debiésemos creer en él y cómo justificar esta creencia? Así ya HAACK nos decía que lo que hará que una afirmación esté justificada presenta variadas vertientes evidencialistas, experimentales, gradacionales, fundadoras, casi holísticas y mundanas, combinando elementos individuales y sociales, requiriendo todos estos puntos una amplia explicación⁵³¹.

De acuerdo con lo anterior, el mayor problema que ha tenido el testimonio es que ha sido considerado por mucho tiempo como una fuente de conocimiento inferior, debido a la vulnerabilidad que este presentaría respecto a cuándo creer en él, principalmente porque el testimonio descansa en fuentes como la memoria, la percepción y el razonamiento inductivo⁵³². Se sostenido por largo tiempo que los argumentos basados en testimonios son poco fiables, subjetivos, engañosos e imposibles de evaluar bajo estándares objetivos⁵³³.

Por lo señalado, y para lograr una evaluación correcta del mismo, deberá entonces tenerse en consideración su coherencia, la existencia de otros testigos, que el testimonio no es la creencia original, evaluar si proviene de un experto, y pensar que este testigo es un tercero extraño⁵³⁴.

Así, y ante el problema de cuándo podemos creer en un testimonio y cuáles serían los elementos a considerar para ello, es que se han generado -respecto a su justificación-, teorías de tipo reduccionistas y antirreduccionistas que, desde distintas perspectivas, han buscado una solución a las disyuntivas presentadas.

Así, en este apartado desarrollaremos de manera amplia las dos teorías mencionadas entendiendo que, como bien nos señaló PÁEZ PEÑUELA respecto al propósito de su propia investigación y que se vincula con esta tesis, “(...) no es decidir cuál de las dos posiciones es más sólida, sino más bien examinar cómo es entendida la prueba testimonial en el derecho,

⁵³¹ “Evidence and Warrant: My account of what makes a person justified in believing something, or what makes a claim warranted is, in brief, evidentialist, experientialist, gradational, foundherentist, quasi-holistic, and worldly; and, in its most developed form, it combines individual and social elements. Each of these points, obviously, requires considerable amplification and explanation”. Traducción propia. HAACK. Op. cit. p. 12.

⁵³² Ver esta idea en JENKINS, William: *An analysis of Elizabeth F. Loftus's Eyewitness Testimony*. London, United Kingdom, Macat International Ltd., 2017.

⁵³³ “There is a long tradition in philosophy, going back to Plato, of contempt for arguments based on witness testimony as being unreliable, subjective, misleading, and impossible to evaluate as evidence by objective standards”. Traducción propia. WALTON. Op. cit. p. 12.

“All witnesses in criminal proceedings are vulnerable in the senses we have seen in previous chapters: they are subject to compulsory process, must answer fully and truthfully on pain of imprisonment for contempt, and can be exposed to wide ranging cross-examination which may be directed towards undermining their moral credibility, as well as probing the actual content of their testimony”. Traducción propia. ZUCKERMANN, Robert. Op. cit. p. 442.

⁵³⁴ ADLER (2017). Op. cit. p. 3.

determinar con cuál de estas posiciones es más afín, y utiliza la especificidad de la prueba testimonial para enriquecer un debate filosófico que a veces se queda en un plano muy general y no entra a examinar los diferentes usos que se le da al testimonio”⁵³⁵.

En definitiva, luego de analizar los problemas aparejados al testimonio, revisaremos en este apartado las dos teorías que proveerían los elementos para luego desarrollarlas desde el derecho. Entendido lo anterior, y realizado el análisis propuesto, dicha justificación se presentará en el siguiente apartado dividiendo entre sujeto o testigo y la declaración o testimonio.

3.1. ¿CUÁNDO CREER EN UN TESTIMONIO?

Como ha sido posible apreciar a través de las páginas de esta investigación, el testimonio en sí origina constantes cuestionamientos en torno a la credibilidad del mismo, y las legislaciones en particular desarrolladas en el capítulo anterior dan cuenta de la desconfianza que se genera respecto al testimonio⁵³⁶.

De forma general, los elementos que pueden generar dudas acerca de un testimonio son principalmente la falta de credibilidad de la fuente, su comportamiento sospechoso, la posible incompatibilidad del testimonio con los fines prácticos o epistémicos y la inconsistencia del testimonio con las creencias del agente⁵³⁷. Luego, si observamos los problemas que se generan en relación con el testimonio, estos se relacionan principalmente con quién lo realiza, es decir, con el llamado “testigo” en la doctrina procesal tradicional.

Así, el principal foco de problemas es el testigo o sujeto⁵³⁸ y, específicamente, respecto a dos aspectos. El primero de ellos está relacionado con la posibilidad de entregar un testimonio falso conscientemente, y el segundo el de realizar una declaración falsa o incompleta producto de omisiones o falta de precisiones casuales o propias de problemas de la memoria⁵³⁹ o del recuerdo. Así, el problema del testimonio se ha reducido a preguntarse si lo declarado es verdad, si se está declarando conscientemente algo falso; si dicha declaración falsa se debe a ignorancia, a problemas de memoria o de percepción, de uso de la fuerza o por engaño. Es decir, obviando

⁵³⁵ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p.100.

⁵³⁶ CHIOVENDA nos señala que son los defectos inherentes al testimonio lo que ha ocasionado entonces todas las limitaciones que este presenta. CHIOVENDA. Op. cit. p. 307.

⁵³⁷ PÁEZ PEÑUELA, Andrés “Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia” en Estándares de prueba y prueba científica (editora Carmen Vázquez). Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2013, p. 226.

⁵³⁸ Lo que Walton denominaría como “ad hominem attack”. WALTON. Op. cit. p. 22.

⁵³⁹ JENKINS. Op. cit. p.31.

RICCI señala en el mismo sentido que el sustento de la desconfianza en el testigo está dado por los problemas de la memoria: “El sustento de esto no es la inmoralidad de las personas, sino que se fundaría en no depender de la frágil memoria de los testigos o de su ignorancia respecto de la voluntad de los contratantes”. RICCI, Francisco: *Tratado de las pruebas*. Pamplona, España, Analecta ediciones y libros SL, 2005, p. 384.

que una declaración falsa puede ser producto no solo de la mentira (intencional) sino también del error⁵⁴⁰.

Si nos situamos en la primera causa de falsedad del testimonio, es decir, en el testimonio falso de forma consciente, es posible señalar que esta se debe a la mejor posición en que se encuentra el hablante respecto al oyente, lo que le permite realizar esta falsa declaración, en aquel caso que dicho oyente no conoce la información⁵⁴¹. Sin embargo, y a pesar de las desconfianzas generadas en torno al testimonio y más aún en torno a la credibilidad de las personas que lo realizan, “estadísticamente hablando, las declaraciones deliberadamente falsas (...) son poco frecuentes. En la práctica cotidiana es mucho más común encontrarse con testigos cuyos relatos no se ajustan a la verdad de los hechos total o parcialmente, pero no porque les guíe el propósito consciente de testificar en falso, sino por toda una variada serie de razones ajenas a su voluntad: defectos de percepción, fallos de memoria, sugestión, circunstancias aparejadas a la edad, problemas de expresión, etc.”⁵⁴², o porque, como nos menciona NIEVA FENOLL, “(...) hay sujetos con dificultades gestuales importantes que involuntariamente no actúan en coherencia con lo que están diciendo, y por ello no resultan creíbles a ojos de la sociedad por muy veraz y coherente que sea lo que están afirmando”⁵⁴³.

La segunda causa de falsedad serían las inconsistencias dentro de un testimonio, que pueden resultar sospechosas y generar desconfianza. Desde la psicología del testimonio, se ha sostenido que es bastante raro que se dé la situación de que el recuerdo sea exacto y el testimonio fiable⁵⁴⁴⁻⁵⁴⁵. Así las cosas, “el contenido de un testimonio depende de la interacción entre el contenido de la memoria -el contenido del suceso al que ha asistido el testigo-, y los procesos de decisión relativos a “lo que” el testigo trata de relatar”⁵⁴⁶.

Sin embargo, las alteraciones relativas a la exactitud del testimonio no tienen como fuente la deliberada mentira del agente, como muchas veces hacen creer las legislaciones estudiadas, sino que puede depender de diversos elementos, tales como los factores de

⁵⁴⁰ SILVA et al. Op. cit. p. 16.

⁵⁴¹ “Unlike these speech-acts, in assertion, S's presumed intention is to be informative to H, in part because he is in a better (epistemic) position than H to know whether p.” ADLER (2009). Op. cit.

⁵⁴² CAROFIGLIO, Gianrico: *El arte de la duda*. Traducción de Luisa Junatey. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010, p. 55.

⁵⁴³ NIEVA FENOLL (2010). Op. cit. p. 220.

⁵⁴⁴ MAZZONI, Giuliana: *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid, España, Editorial Trotta, 2010, p. 19.

⁵⁴⁵ En otros trabajos sobre el tema, también se ha señalado respecto al testigo que “(...) dos tipos de información se fijan en su memoria: la primera de ellas es la información recogida de la percepción del suceso original, y la segunda es la información exterior que se obtiene después. Con el paso del tiempo, la información procedente de estas dos fuentes se integra de tal modo que no es posible especificar a qué fuente corresponde un detalle específico: todo lo que tenemos es una “memoria única”. CLEMENTE DÍAZ, Miguel: “Técnicas psicológicas de análisis de la credibilidad del testimonio” en *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el derecho procesal y penal y la psicología jurídica*. Valencia, España, Tirant Le Blanch, 2017, p. 267.

El mismo texto agrega que otro factor que influye es el de la transferencia inconsciente, es decir “Este fenómeno se produce cuando se confunde a una persona a la que se le ha visto realizar un hecho con otra persona a la que se le ha visto realizar otro hecho distinto”. CLEMENTE DÍAZ. Op. cit. p. 269.

⁵⁴⁶ MAZZONI. Op. cit. p. 16. También ha profundizado en torno a estos temas Margarita Diges. DIGES. Op. cit.

codificación del suceso, como las condiciones perceptivas que rodearon los hechos vividos, así como la familiaridad o el grado de conocimiento del testigo sobre determinados detalles que lo involucraron y la frecuencia con la que sucedieron los distintos episodios, siendo lo relativo a la codificación del testigo aquello denominado “diferencias individuales de las personas encartadas en los hechos”⁵⁴⁷. A dichas fuentes o factores que generarían la falta de exactitud del testigo, hay que sumar aquellos “(...) que afectan a la retención y la recuperación, entre los que se señalan la demora entre el suceso y el momento de hacerlo explícito, así como los tipos de entrevista-interrogatorio, tanto en número como en forma de llevarlos a cabo”⁵⁴⁸.

Se suma a los motivos anteriores que producen la falta de coincidencia de los datos fácticos que entrega el testimonio, el modo de funcionar de nuestra memoria⁵⁴⁹. Luego, “el testimonio depende en primer lugar de la memoria del testigo. Y si un elemento crucial del testimonio hace referencia a su fiabilidad, otro elemento no menos importante de la memoria hace referencia a su exactitud (Koriat y Goldsmith, 1996). Fiabilidad del testimonio y exactitud de la memoria son conceptos que, en cierto modo, se superponen. Si por un lado la fiabilidad del testimonio relativa a un hecho puede ser definida, en este contexto, como la correspondencia entre lo relatado y lo acontecido, la exactitud de la memoria relativa a ese hecho es definida como la correspondencia entre lo representado en la memoria y lo sucedido en el transcurso del hecho, por tanto, como correspondencia entre el contenido del suceso y el contenido de la memoria”⁵⁵⁰.

Así, como bien nos señala ADLER, se nos presenta la tensión entre, por un lado, aceptar el testimonio, entendiendo que muchas de nuestras creencias se originan en él y que nuestros conocimientos se verían limitados si restamos aquellos originados en el testimonio, aunque nuestra única razón para creer es que el hablante lo afirmó, y, en la otra vereda, tenemos pocos o nulos motivos para confiar en dicho hablante, siendo nosotros vulnerables a lo informado porque puede ser poco real o falso⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ SILVA et al. Op. cit. p. 50.

⁵⁴⁸ *Ibíd.* p. 51.

⁵⁴⁹ MAZZONI. Op. cit. p. 9.

⁵⁵⁰ *Ibíd.* p. 17.

⁵⁵¹ “In more details the problem of testimony is the discrepancy between two of credible claims: (1) (a) We readily accept testimony. A paradigm case is, a noted above, accepting directions from stranger. (b) Many of our beliefs originate of testimony, and our knowledge would be severely limited if we subtracted from it that portion which originates in testimony. (c) The speaker’s word is the hearer’s reason to believe the testimony offered. What, justifies the resulting belief is the fact that the speaker asserted it and that the hearer trusts the speaker. But, (2) (d) we typically have little or no grounds attesting to the reliability of our informants, for example, that of the stranger who offers directions. Yet (e) we are vulnerable to our informant’s reporting falsely, either because they are unreliable or because they are not truthful”. ADLER, Jonathan: *Belief’s own ethics*. Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2002, p. 135.

Ver también, HAACK. Op. cit. p. 23. “Testimony: A very brief discussion in Evidence and Inquiry acknowledged that much of what a person believes is the result of testimonial evidence, i.e., of the person’s hearing or reading what someone else says or writes-combined with his belief that the someone else in question is well-informed, and has no incentive to deceive or concealment on the matter in question. Of course, I added, if he doesn’t understand the other person’s language, his reading what that person writes or hearing what he says won’t contribute to his belief. The

De esta forma, “el principal problema epistemológico del testimonio es que un enorme número de nuestras creencias se originan en las afirmaciones o testimonios de los oradores, pero el hecho de que aceptemos o creamos esas afirmaciones simplemente por la palabra del hablante no parece suficiente para que esas creencias se justifiquen, o se conozcan”⁵⁵². ¿Cómo podemos, entonces, justificar la formación de creencias a partir de testimonios careciendo, muchas veces, de otros elementos probatorios que puedan respaldar la verdad o comprobabilidad de las afirmaciones o testimonios?

La respuesta debe buscarse en el marco de la racionalidad de las decisiones: el testimonio ha de ser aceptado como el resultado de un proceso de decisión racional, requiriéndose para su aceptación una evaluación epistémica para determinar su relevancia, su credibilidad y su valor explicativo y evidencial en un contexto dado⁵⁵³. En otras palabras, si bien no es posible probar lo que se nos dice, sí es posible comprobar el entorno testimonial y su credibilidad⁵⁵⁴, o como bien defiende ADLER, debe aceptarse el testimonio siempre que haya un soporte empírico para hacerlo⁵⁵⁵. Lo anterior se debe a que no debemos olvidar, que “(...) un recurso, incluso pobre, siempre que sea exacto, puede ser sumamente útil a los efectos de una investigación”⁵⁵⁶, y, por tanto, por mínimo que sea el conocimiento que se aporta, esto puede ser necesario para junto con otra evidencia decidir el asunto.

Así las cosas, y producto de los problemas que el testimonio ha presentado a lo largo del tiempo es que se han esgrimido dos grandes grupos de soluciones para justificarlo, como mencionamos anteriormente: las reduccionistas y las antirreduccionistas⁵⁵⁷. En los próximos epígrafes esbozaremos a qué nos referiremos con reduccionismo y anti reduccionismo con el objetivo de establecer la posibilidad de utilizar sus ideas en el derecho y determinar si las

more sustained discussion of shared evidence in *Defending Science* suggested how to understand the degree of warrant of a claim for a group of people: start with the degree of warrant of that claim for a hypothetical individual whose evidence is the joint evidence of all the members of the group; but include the disjunctions (rather than the conjunctions) of disputed reasons; and then discount the degree of warrant by some measure of (i) the degree to which each member is justified in believing that the others are competent and honest and (ii) the degree of efficiency of communication within the group. What light, I wonder, might all this shed on questions about the reliability of testimony that arise in legal contexts?” Traducción propia.

⁵⁵² “The main epistemological problem of testimony is that an enormous number of our beliefs originate in the assertions or testimony of speakers, but our accepting or believing those assertions merely on the word of the speaker does not seem sufficient for those beliefs to be justified, warranted or knowledge”. Traducción propia. ADLER (2009). Op. cit.

⁵⁵³ PÁEZ PEÑUELA (2013). Op. cit. p. 216.

⁵⁵⁴ “Hearers are unable to seriously check or confirm either the speaker’s reliability or his sincerity within the normal constraints of testimonial transmission and exchange. However, the infeasibility of checking does not imply the absence of evidence both of the trustworthiness of the testimonial setting and of the credibility of what is asserted”. Traducción propia. ADLER (2009). Op. cit.

⁵⁵⁵ “(...) our acceptance of testimony has strong empirical support”. Traducción propia. ADLER (2002). Op. cit. p. 136.

⁵⁵⁶ MAZZONI. Op. cit. p. 18.

⁵⁵⁷ “The view that it can be is called reductionism, and it is opposed by anti-reductionists who hold that testimony is a source of warrant in itself, not reducible to warrant derived from these other sources, even if empirically dependent on them. Anti-reductionists typically offer various kinds of a priori justifications for the acceptance of testimony”. Traducción propia. ADLER (2009). Op. cit.

diversas legislaciones hacen suyas, sin quererlo si quiera, alguna de estas teorías y cuáles serían las implicancias de ello.

3.2. REDUCCIONISMO

Como se ha venido señalando, el gran problema asociado al testimonio viene dado por la pregunta respecto a ¿cuándo debemos creer en lo que se nos dice? Ante ello, el reduccionismo, tomándose de lo que ocurre en la vida diaria, postula que uno cree en lo que se nos dice siempre que tengamos razones positivas para creer. En otras palabras, “en la práctica los oyentes aceptan como verdadero lo central de lo mencionado por los hablantes, excepto cuando el oyente tiene razones para cuestionar lo mencionado por el hablante”⁵⁵⁸.

De esta manera, la teoría reduccionista se asienta en dos premisas fundamentales: “la primera es que un oyente debe tener razones positivas para aceptar el reporte de un testigo. Estas pueden hacer referencia a evidencia que compruebe que el testimonio es generalmente confiable (reduccionismo global) o razones que se refieren a algún reporte particular en un contexto dado (reduccionismo local). La segunda condición es que esas razones no pueden ser testimoniales, so pena de caer en un círculo vicioso”⁵⁵⁹.

Así las cosas, y refiriéndonos a la primera de estas premisas, HUME como uno de los mayores representantes del reduccionismo, y en quien podemos encontrar la idea más básica del mismo, refiriéndose a las religiones y, en específico en su texto sobre los milagros, ha señalado, con relación a cómo debemos evaluar un testimonio, que “solo la experiencia confiere autoridad al testimonio humano y es la misma experiencia la que nos asegura de las leyes de la naturaleza. Cuando, por tanto, estas dos clases de experiencia son contrarias no tenemos otra cosa que hacer que sustraer la una de la otra y adoptar una opinión de un lado o de otro, con la seguridad que ofrece el resto. Pero, de acuerdo con el principio aquí explicado, esta sustracción con respecto a todas nuestras religiones populares, viene a ser una aniquilación completa y, por tanto, podemos

⁵⁵⁸ “Our conversational practice is that hearers do just accept as true the speaker's assertion in the core cases, except when a hearer has a special reason to question the speaker's assertion”. Traducción propia. ADLER (2009). Op. cit.

⁵⁵⁹ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 97.

LACKEY también se refiere a ellas en LACKEY, Jennifer. “It takes two to tango: Beyond Reductionism and Non-Reductionism in the epistemology of testimony” en *The epistemology of testimony* (editor. Jennifer Lackey y Ernest Sosa), New York, United States, Oxford University Press, 2011, p.160. “There are two central components to reductionism. The first is what we may call the Positive-Reasons Component: justification is conferrer on personal beliefs by the presence of appropriate positive reasons on the part of hearers. Since these reasons cannot themselves be ultimately testimonially grounded, sense perception, memory, and inductive inference. This gives rise to the second component -what we may call Reduction Component. Because the justification of testimonial beliefs is provided by these non - testimonially grounded positive reasons, testimonial justification is said to reduce to the justification of sense perception, memory, and inductive inference”. Traducción propia.

⁵⁵⁹ HUME. Op. cit. p. 154.

establecer como máxima que ningún testimonio humano puede tener tanta fuerza como para demostrar un milagro y convertirlo en fundamento justo de cualquier sistema de religión”⁵⁶⁰.

En otras palabras, lo mencionado en el párrafo anterior, en torno a la teoría de HUME, puede resumirse en que “(...) los oyentes deben observar una constante y regular conjunción entre lo señalado por los hablantes y los hechos respectivos para de esa manera aceptar justificadamente el testimonio”⁵⁶¹.

Así, como mencionarían los reduccionistas más tradicionales, su mirada está representada por la idea de que “(...) la justificación de las creencias basadas en el testimonio no es especial para el testimonio, sino que se basa en la justificación independiente de las creencias basadas en la percepción, la memoria o la inferencia inductiva”⁵⁶², o que “(...) para aceptar lo dicho por los hablantes, los oyentes deben tener razones para confiar en ellos y dichas razones, en particular, no pueden basarse en otros testimonios”⁵⁶³.

El problema que plantea el reduccionismo más tradicional, sin embargo, es que no permite explicar el por qué confiar en el agente o sujeto (testigo, tradicionalmente hablando) y, consecuentemente, en el contenido de su testimonio. Como respuesta a estos problemas, los reduccionistas contemporáneos han planteado las dos condiciones que ya fueron anteriormente identificadas: que se tengan razones positivas para creer y que dichas razones no pueden ser testimoniales⁵⁶⁴.

De la misma manera, pero siempre dentro de la teoría reduccionista, aunque con matices, FRICKER señala detalladamente que, si bien al inicio se creía en los testimonios sin dudas, luego ya de adultos se comienza a eliminar esa dependencia epistémica del testimonio⁵⁶⁵. Por ello, como lo explica PÁEZ PEÑUELA “en nuestra interacción con un declarante llevamos a cabo un monitoreo psicológico permanente, mayormente inconsciente y automático, que nos permite valorar tanto su sinceridad como su competencia. Y aunque generalmente nuestra actitud por defecto es la de confiar en la honestidad y competencia del hablante, FRICKER dice que esta no es una posición antirreduccionista porque el monitoreo permanente por parte del

⁵⁶⁰ *Ibíd.*

⁵⁶¹ LACKEY (2008) *Op. cit.* p. 143. “According to a Humean view, then, hearers must observe a constant and regular conjunction between the reports of speakers and the corresponding facts in order to accept testimony with justification or warrant”. Traducción propia.

⁵⁶² TAGHARD. *Op. cit.* p. 312. “(...) the justification of beliefs base on testimony is not special to testimony, but rather relies on the independent justifiability of beliefs base on perception, memory, or inductive inference”. Traducción propia.

⁵⁶³ LACKEY (1999). *Op. cit.* p. 474. “Reductivists, on the other hand, argue that in order to be justified in accepting the reports of speakers, hearers must have reasons for trusting certain speakers and reports, and in particular that these reasons cannot themselves be ineliminably based on the testimony of others”. Traducción propia.

⁵⁶⁴ PÁEZ PEÑUELA (2014). *Op. cit.* p. 98.

⁵⁶⁵ FRICKER, Elizabeth. “Testimony and Epistemic Autonomy”, en *The epistemology of testimony* (editor Jennifer Lackey y Ernest Sosa) New York, United States, Oxford University Press, 2011, p. 226.

oyente está encaminado a buscar activamente cualquier señal que pueda poner en duda esa honestidad o competencia”⁵⁶⁶.

Los reduccionistas señalan que se podrá creer en un testimonio siempre que tengamos la evidencia para hacerlo, y así, “(...) un hombre sabio adecúa su creencia a la evidencia. En las conclusiones que se fundan en una experiencia infalible anticipa el suceso con el grado último de seguridad y considera la experiencia pasada como una prueba concluyente de la existencia de tal acontecimiento”⁵⁶⁷, los problemas que presenta se deducen de la segunda de sus premisas, cual es, que dicha evidencia no puede ser otro testimonio, y querámoslo o no, siempre se llega a un testimonio como fuente originaria⁵⁶⁸. Bien lo mencionaba GORPHE, “es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos”⁵⁶⁹.

Ahora, a la crítica anterior se añaden otras derivadas de que la fuente primaria sea un testimonio, y estas dicen relación con que, a modo de ejemplo, si tomamos esta postura en la vida cotidiana, “(...) antes de aceptar cualquier testimonio, incluyendo el de padres y profesores, los niños tendrían que esperar hasta que se hubiese verificado la exactitud de los informes o dichos de distintos hablantes para confiar en dicho testimonio. (...) el segundo problema sería que, para tener razones o evidencias no testimoniales de la fiabilidad del testimonio, uno tendría que revisar una cantidad enorme de informes y de hechos al azar. (...) el tercer problema, es que es cuestionable que exista un hecho significativo epistemológicamente del asunto”⁵⁷⁰.

De esta manera, es posible observar que las teorías reduccionistas si bien tienen un sustento en las evidencias respecto a creer o no en los testimonios, el gran problema que surge de ellas es que muchas veces no se cuenta con dicha evidencia, en especial en testimonios familiares o relacionados con la historia -en materias generales- o en conflictos en que la única prueba es un testimonio -en el ámbito jurídico-. A ello se suma que una de sus premisas sea que la evidencia para justificar el testimonio no puede ser testimonial, lo que es más complejo aún porque, como hemos revisado, finalmente si bien en variados aspectos podemos tener prueba no testimonial, todo termina reduciéndose a los dichos de otro y, en el caso del reduccionismo, se

⁵⁶⁶ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 112.

⁵⁶⁷ HUME. Op. cit. p. 135.

⁵⁶⁸ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 100.

⁵⁶⁹ GORPHE, François: *Apreciación judicial de las pruebas: ensayo de un método técnico*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá, Colombia, 1985, Editorial Temis, 1985, p. 367.

⁵⁷⁰ LACKEY (2008). Op. cit. pp. 146-147. “The first is that, before accepting any testimony at all, including that of their parents and teachers, very young children would have to wait until they had checked the accuracy of enough different kinds of reports from enough different speakers to conclude that testimony is generally reliable. (...) the second problem is that in order to have non-testimoniaally based positive reasons that testimony is generally reliable, one would have to be exposed not only to an appropriately random, wide-ranging sample of reports, but also to an appropriately random, wide-ranging sample of the corresponding facts. (...) the third problem (...) is that it is questionable whether there even is an epistemically significant fact of the matter here”. Traducción propia.

transforma esta idea en un círculo vicioso. Es por lo anterior, que ante estas problemáticas surgieron las ideas antirreduccionistas.

3.3. ANTIRREDUCCIONISMO

Las tesis antirreduccionistas surgen como respuestas a los problemas que se plantean de la teoría reduccionista, siendo entonces el núcleo de ellas que “la aceptación del testimonio se justifica por sí misma”⁵⁷¹. Así, “aceptar el testimonio de otros no puede requerir tener razones positivas no testimoniales fundamentadas -como lo requiere el reduccionista- ya que todos debemos confiar en los informes de nuestros padres y cuidadores mucho antes de que tengamos cualquier evidencia confiable”⁵⁷².

La idea antirreduccionista respecto a que el testimonio se basta a sí mismo y por eso debe aceptarse, se reduce a la “observación de la forma en que utilizamos la información testimonial en la vida cotidiana. La gran mayoría de nuestras creencias han sido adquiridas a partir de las palabras de los demás, sin que nos detengamos a pensar en la confiabilidad de la fuente. Creencias tan personales como aquellas acerca del lugar de nuestro nacimiento o la identidad de nuestros bisabuelos provienen de fuentes tan próximas que jamás se nos ha ocurrido dudar de ellas”⁵⁷³.

En otras palabras, y como consecuencia de la idea anterior, los seguidores de esta teoría “(...) sostienen que el testimonio es una fuente tan básica de conocimiento como la percepción de los sentidos, la memoria, la inferencia, etc., y que, de acuerdo a ello, los oyentes pueden aceptar justificadamente lo señalado por los hablantes, simplemente sobre la base de su testimonio”⁵⁷⁴.

Así, y ante las interrogantes de cuándo confiar en un testimonio y si es posible confiar y creer en él sin posibilidad de confirmación adicional, se responde afirmativamente ya que “la tesis más importante de esta posición es que el testimonio es una fuente primitiva de conocimiento, tan fundamental como la percepción, el razonamiento o la memoria. La actitud epistémica más adecuada en cualquier contexto es la de aceptar el testimonio de los demás, a menos que exista una buena razón para no hacerlo. La situación epistémica es la misma que en el caso de la evidencia sensorial: debemos creer lo que vemos, a menos que tengamos la

⁵⁷¹ THAGARD. Op. cit. p. 312, “maintain that acceptance of testimony is justified itself”. Traducción propia.

⁵⁷² LACKEY (2008). Op. cit. p. 156. “Accepting the testimony of others couldn’t require having non-testimonially grounded positive reasons -as reductionist require- since we must all rely on the reports of our parents and caretakers long before we possess any evidence regarding their reliability or trustworthiness”. Traducción propia.

⁵⁷³ PÁEZ PEÑUELA (2014) Op. cit. p. 98.

⁵⁷⁴ LACKEY (1999) Op. cit. p. 473. “On the one hand, nonreductivists maintain that testimony is just as basic a source of knowledge as sense-perception, memory, inference, and the like, and accordingly that hearers may be justified in accepting the reports of speakers, albeit defeasibly, merely on the basis of a speaker’s testimony”. Traducción propia.

sospecha de que se trata de una alucinación o de una ilusión óptica. En ambos casos existe una presunción de veracidad”⁵⁷⁵.

A diferencia del reduccionismo, en que se necesitan razones para creer en el testimonio que no puede ser evidencia testimonial, para los antirreduccionistas solo es posible no creer si existen razones para no hacerlo, ya sean psicológicas, es decir “creencias, dudas o experiencias que el oyente posee y que pueden llevarlo a creer que el testimonio que está a punto de aceptar es falso, o que ha sido formado a través de medios poco confiables”⁵⁷⁶, o normativas, que serían “creencias, dudas o experiencias en contra del testimonio que el oyente debería tener dada la evidencia que posee”⁵⁷⁷.

Así las cosas, si bien esta teoría se entiende como una reacción a los problemas del reduccionismo, no deja de producir inseguridades pudiendo transformarse su aplicación en una especie de irresponsabilidad epistémica⁵⁷⁸, ya que los hechos que se conocen a través de testimonios se podrán verificar a través de otros testimonios. Luego, si seguimos esta teoría, debemos aceptar el testimonio ajeno sin verificación alguna; en otras palabras, podríamos confiar sin justificar con el límite de que razones psicológicas o normativas, como las ya señaladas, demostraran lo contrario.

3.4. JUSTIFICACIONES DESDE LA MIRADA DEL DERECHO

En el ámbito jurídico y, específicamente dentro de un proceso judicial, surgen las mismas interrogantes aquí planteadas respecto al testimonio desde el punto de vista epistemológico, es decir, si es posible confiar en el testimonio y cómo justificar dicha confianza.

Como bien sintetiza PÁEZ PEÑUELA, en el ámbito jurídico se seguiría una tesis reduccionista cuando se establezca como condición para creer en el testimonio que exista “(...) una mínima justificación para hacerlo”⁵⁷⁹; por el contrario, el derecho haría suya una teoría anti-reduccionista cuando se crea simplemente en él “(...) a menos que haya razones más poderosas para no hacerlo”⁵⁸⁰.

Los sistemas procesales civiles estudiados para esta investigación dan cuenta de que, con matices y diferencias, se fundan en tesis reduccionistas que se asimilan a una justificación

⁵⁷⁵ PÁEZ PEÑUELA (2014) Op. cit. p. 99.

Los reduccionistas plantean una dificultad ya que no siempre se tiene evidencia para justificar el testimonio, al respecto ver HARDWIG, John: The role of trust in knowledge. “*The journal of philosophy*”, Volumen 88, N. 12, (1991), p. 697.

⁵⁷⁶ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 99.

⁵⁷⁷ *Ibíd.* p. 99.

⁵⁷⁸ *Ibíd.* p. 100. LACKEY (2008). Op. cit. p. 168: “Thus, by showing that epistemic irrationality is involved in accepting a speaker’s report in the complete absence of positive reasons (...)”. Traducción propia.

⁵⁷⁹ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 101.

⁵⁸⁰ *Ibíd.*

global de la decisión judicial, apoyándose en otros medios de prueba. Así, “se demuestra que el espíritu de las normas es reduccionista en el sentido de exigir la presentación de razones positivas para justificar el testimonio del testigo, pero que es imposible pretender que en todos los casos dichas razones puedan ser reducidas a fuentes más básicas y confiables”⁵⁸¹.

En el ámbito jurídico, para que el juzgador pueda ser capaz de justificar el uso de un testimonio para extraer ciertas conclusiones fácticas relevantes para acreditar alguna de las hipótesis del proceso, deberá tener en cuenta otras evidencias. Estas evidencias no solo pueden entenderse como otros medios de prueba, ya que aquello implica muchas veces solo una declaración formal de declaración conjunta que busca saltarse la motivación de las decisiones⁵⁸²; pero hay otras situaciones en que no existen otros medios de prueba en el juicio o los únicos que existen son testimonios y, por ello, la justificación puede entregarla la misma declaración que el sujeto efectúa.

Así, incluso en los casos de falta de evidencia o de un único testimonio, la forma en que el juez deberá determinar su adscripción al mismo será apoyarse en el contexto en que aquel se produce. No se hace necesario, por tanto, un mayor conocimiento técnico o de circunstancias anexas por parte del juzgador, sino simplemente puede obtenerse de las prácticas conversacionales⁵⁸³.

Otro punto para tener en consideración al momento de evaluar un testimonio es la necesidad de coherencia de este, es decir, lo que el testimonio nos exprese como fuente de conocimiento e información debe ser coherente con las creencias por todos compartidas, de esa manera puede alcanzarse el mínimo de credibilidad o plausibilidad para la aceptación de los oyentes. Este aspecto, que es propio de la evaluación de los testimonios, más que parte de una teoría reduccionista como tal, puede entenderse como anti-reduccionistas, ya que solo dudaríamos del testimonio si este deja de ser coherente⁵⁸⁴.

Además del contexto y la coherencia del relato que realiza el testigo, es importante tener en presente otros elementos que permitan justificar el testimonio entendiendo que en él se ven involucradas creencias que provienen de fuentes como la percepción o la memoria. Así las cosas, “la plausibilidad de este tipo de aproximación se deriva de la idea de que existe no solo una dimensión vertical sino también una horizontal en la justificación de las creencias en general, una dimensión en la que la coherencia, la cohesión y la integración explicativa juegan

⁵⁸¹ *Ibíd.* p. 108.

⁵⁸² MUÑOZ SABATÉ (2001) *Op. cit.* p. 443.

⁵⁸³ ADLER (2009) “If assertion is proper only if one knows and our intuitive responses to the propriety of assertion reflects this norm, then support for contextualism can be garnered from our conversational practices”.

⁵⁸⁴ *Ibíd.* “The more informative beliefs that are expressed in assertion are required to cohere with our vast background of shared beliefs if they are to achieve the minimal credibility or plausibility requisite for hearers to accept them. If Davidson is right, this coherence requirement sets a high epistemic bar, though such a requirement is not unique to anti-reductionism”. Traducción propia.

un papel fundamental, y en la cual las creencias testimoniales se mezclan con creencias de otras fuentes como la percepción o la memoria”⁵⁸⁵.

De esta forma, es interesante considerar qué tipo de fuente de conocimiento es el testimonio y cómo el juzgador deberá considerarla. En relación con ello, hay tres posturas: en primer lugar, aquellos que defienden una postura reduccionista entienden el testimonio bajo el modelo de la inferencia. De acuerdo con esta perspectiva, la justificación testimonial asume la forma de una inferencia inductiva que parte del evento mismo del testimonio de que ‘p’ y arriba, apoyándose en consideraciones independientes que avalan la confiabilidad y la sinceridad del hablante, a la conclusión de que ‘p’. En otras palabras, de acuerdo con una postura reduccionista, cuando aceptamos un testimonio, este se convierte en una pieza de evidencia inductiva que, junto a consideraciones que avalan la confiabilidad y la sinceridad del testificante, forma parte de una inferencia que justifica creer el contenido del testimonio.

En segundo lugar, los anti-reduccionistas, por su parte, piensan el testimonio bajo el modelo de la evidencia y la justificación perceptivas. La justificación de creencias perceptivas es usualmente caracterizada como no-inferencial: las representaciones perceptivas nos proveen razones *prima facie* para creer, de manera que, frente a la percepción de que ‘p’, estamos justificados en creer que ‘p’, siempre y cuando no existan derrotadores ni derrotados en el contexto⁵⁸⁶.

Una tercera idea o posición señala que la justificación del testimonio se desempeña en el ámbito de las relaciones sociales e interpersonales para la transmisión y adquisición de creencias y conocimientos, por lo que la adquisición de conocimiento testimonial es considerada una capacidad cognitiva esencialmente cooperativa, donde la audiencia depende epistémicamente del hablante⁵⁸⁷.

ADLER, en relación a lo mismo, nos entrega tres posiciones a la vista más simples, una neutral en que la aceptación o confianza frente al testimonio debe evaluarse caso a caso; una negativa en que debe considerarse siempre de manera crítica la palabra del otro; y una positiva en que uno debe aceptar el testimonio del hablante a no ser que exista una razón especial para no hacerlo⁵⁸⁸.

Lo interesante de las posturas planteadas, que como sea que se propongan o denominen, son dejos del reduccionismo o del anti-reduccionismo ya planteados en precedencia porque algunas de ellas llaman a aceptar los testimonios sin más, lo que resulta peligroso por el

⁵⁸⁵ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 109.

⁵⁸⁶ LOGUERCIO. Op. cit. p. 6.

⁵⁸⁷ *Ibíd.* p. 7.

⁵⁸⁸ ADLER (2002). Op. cit. p. 142. “(i) neutral, that trust or acceptance should be judged on a case by case basis”; (ii) negative, “that one should always regard the word of another critically” y (iii) positive, “that one ought simply to accept a speaker’s testimony unless one has special reason against doing so”. Traducción propia.

subjetivismo en que es posible caer y porque demostraría una especie de desidia en el juzgador. Luego, si ese aceptar “sin más” se da en el contexto de que de lo que se ha conocido como “*default pathway*”⁵⁸⁹ en que automáticamente se acepta la afirmación realizada en los casos en que dicha afirmación es coherente con nuestras creencias, la situación implica, a lo menos, una mayor reflexión de quien está juzgando.

La complejidad de lo anterior se puede ver reflejada, por ejemplo, cuando al utilizar un concepto amplio de testimonio incluimos a la prueba pericial en él, y por estar frente a un experto creemos sin mayor cuestionamiento en lo que él nos está señalando, o al estar frente a un familiar de una de las partes, desconfiamos. Es decir, esta idea de aceptación del testimonio puede volverse de acuerdo a lo que hemos venido criticando de centralismo del agente.

Al contrario de la respuesta planteada, en otros casos, podemos responder de forma reflexiva evaluando la afirmación y tratando de encontrar una coherencia con nuestras propias reflexiones⁵⁹⁰, buscando, de esta manera, “hechos que aumenten la probabilidad de que la afirmación sea verdadera, esto es, de que la fuente o testigo esté reportando verídicamente un hecho”. Luego, preguntarse si esa justificación es verdadera⁵⁹¹.

Es así, como se han señalado como factores a favor de la credibilidad de un testigo, entendida como “la percepción que tiene el propio testigo u otras personas sobre la exactitud de un determinado testimonio”⁵⁹²; que el juez no puede dejarse llevar por impresiones subjetivas o experiencia personal, es decir, es más importante lo que el testigo verbaliza; la relevancia de la información que entrega en relación a sus respuestas debidamente ponderadas con la sana crítica; la ajenidad a la controversia que tiene el testigo: los indicios de fiabilidad relacionados con contextualizar su relato; su fuente de conocimiento; coherencia de su declaración; las circunstancias concurrentes y la valoración conjunta de la prueba⁵⁹³.

En contra de la credibilidad encontramos el aporte de información secundaria o irrelevante; como aquel testigo que se encuentra afectado por el resultado del juicio y que presenta indicios dudosos; presenta un relato contradictorio; no aporta fuentes de información; su relación con las partes quita credibilidad, y además su testimonio es contradictorio con otros medios de prueba⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ THAGARD. Op. cit. p. 295.

⁵⁹⁰ *Ibíd.* p. 295.

⁵⁹¹ PÁEZ PEÑUELA (2013). Op. cit. p. 224.

⁵⁹² ABEL LLUCH (2020) Op. cit. p. 74.

⁵⁹³ ABEL LLUCH (2019) Op. cit. pp. 155-156, también en ABEL LLUCH (2020) Op. cit. pp. 120-122.

⁵⁹⁴ ABEL LLUCH (2019) Op. cit. pp. 157-158, también en ABEL LLUCH (2020) Op. cit. pp. 122-124.

3.5. LAS TEORÍAS PLANTEADAS EN ESTA INVESTIGACIÓN

En primer término, es preciso entender que los problemas derivados del testimonio radican principalmente en que el testimonio es una fuente de conocimientos y creencias que presenta la dificultad de cuándo creer en él y cómo justificarlo.

Para justificar el testimonio, según hemos podido entender en los epígrafes anteriores, las teorías generales que se han planteado obedecen a visiones reduccionistas y anti-reduccionistas, que podrían resumirse de acuerdo con el modelo de dependencia epistémica que suponen, así “al formar creencias a partir del testimonio, la audiencia pasa a depender epistémicamente del hablante. Para las posturas reduccionistas, la audiencia es dependiente del hablante en el sentido de que este es el que proporciona evidencia (donde la evidencia en cuestión consiste en un tipo particular de evento, un acto de habla). Al interior de una postura anti-reduccionista, en cambio, la audiencia depende epistémicamente del hablante porque hereda las propiedades epistémicas de su creencia. El testimonio como acto de habla es solo un proceso confiable (en ciertas condiciones) a través del cual el oyente puede heredar una creencia con las propiedades epistémicas que esta posee (justificación, racionalidad, conocimiento). Así, la dependencia epistémica se dirige a un tipo particular de estado, a saber, una creencia”⁵⁹⁵.

Entendida la explicación anterior, y en las legislaciones procesales civiles que estudiamos en los capítulos anteriores, se podría decir que la desconfianza en el testimonio es tal que para confiar en él se han seguido visiones reduccionistas que implican la necesidad de evidencias para su justificación. Luego, en el caso específico de las tachas, en Chile, por ejemplo, no se permite la prueba testimonial⁵⁹⁶ para probarlas, lo que también sería parte de una tesis reduccionista.

De todas formas, creemos que seguir una tesis totalmente anti-reduccionista tampoco refleja una solución al problema planteado porque en los extremos, creer sin más o creer a no ser que existan razones para no hacerlo podría derivar en confianzas extremas en ciertos medios de prueba que hoy ya reflejan problemas como son, a modo de ejemplo, la prueba pericial o documental y la supuesta “superioridad” de las mismas.

Además, hay un tema importante en relación con la confianza en el testimonio, porque si bien se puede ser reduccionista de acuerdo con el primer aspecto, es decir, al exigir razones adicionales que justifiquen el testimonio, el reduccionismo en el segundo aspecto, esto es, que la

⁵⁹⁵ LOGUERCIO. Op. cit. p. 9.

⁵⁹⁶ Artículo 378 CPC chileno.

evidencia que lo justifique no sea testimonial, es muy difícil de requerir porque muchas veces el apoyo está dado por el testimonio, por ejemplo, de un experto⁵⁹⁷.

Pese a todo, ambas teorías tienden a centrar sus creencias absolutas o no, en el sujeto o testigo y muchas veces olvidan el contenido de la declaración o testimonio, lo que implica no evaluar de manera completa el testimonio producido.

Para esta investigación, no se seguirá una teoría netamente reduccionista ni anti-reduccionista, sino que la propuesta implicará, como se podrá revisar al final de este capítulo, elementos de ambas, siempre entendiendo que lo central e importante es que el juzgador sea capaz de evaluar de manera separada al sujeto o testigo y luego el contenido de su declaración o testimonio, para así, de esa manera, ser capaz de justificar, junto con los otros elementos del juicio, ya sean estos otros medios de prueba, o simplemente la coherencia y contexto del relato, la prueba testimonial -en sentido amplio- que se le ha presentado.

4. ELEMENTOS QUE COMPONEN EL CONCEPTO

Las complicaciones que denotan la regulación y el tratamiento doctrinario de la prueba testimonial, han traído como consecuencia el reducir la posibilidad de que el juzgador cuente con la mayor cantidad de antecedentes que dicho medio de prueba puede aportar.

Este recelo ha hecho muchas veces olvidar que lo importante dentro de un juicio es que el juez tenga la mayor cantidad de antecedentes para poder resolver el conflicto que se le presenta y que, en muchas ocasiones, son aquellas personas, de las que el legislador duda, quienes tienen la mayor cantidad de información. En otras palabras, lo que ocasiona el centralismo en el testigo o sujeto es que se termina olvidando de la declaración o testimonio que este presta, siendo contaminado por quién lo desarrolla.

Nuestra propuesta conceptual consiste en distinguir, dentro de un concepto amplio de testimonio, dos elementos: (i) el testigo o sujeto y (ii) el contenido de su declaración o testimonio, con el objeto de que puedan ser examinados de manera separada tanto en el momento de la conformación del material probatorio como en el de la valoración de la prueba.

4.1. SUJETO Y CONTENIDO

Los conceptos de testigo o sujeto, y de contenido o testimonio que desarrollaremos, son posibles de concluir de la definición amplia ya planteada de testimonio, así como de algunas

⁵⁹⁷ Ver PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 106.

ideas del tratamiento que se le ha dado a la prueba testimonial, aunque mantenemos nuestra crítica respecto al enfoque simplista que se ha desarrollado de este medio de prueba.

Así, lo que llamaremos declaración o testimonio no es más que el resultado de una actividad⁵⁹⁸. En este caso será el resultado de la declaración formal efectuada, como parte de la ritualidad, que realiza el testigo o sujeto -que ya definiremos-. En otras palabras, será el resultado de la declaración, la que ha sido entendida como “el acto dirigido a verter en el proceso ese hecho pasado mediante la declaración del testigo”⁵⁹⁹ o “el acto humano dirigido a representar un hecho no presente”⁶⁰⁰.

El testimonio, no es propiamente la actividad en sí, que es mera formalidad, sino que lo que dicha actividad nos entrega, es decir, el conocimiento o creencia que nos transmite, y que será, en el caso de un juicio, el o los antecedentes necesarios que permitan finalmente tomar una decisión respecto al conflicto planteado. Es por lo anterior que nos referiremos a este elemento como declaración o testimonio.

Definido entonces lo que entendemos por declaración o testimonio, queda analizar el concepto de testigo o sujeto, el cual puede presentar algunas dificultades adicionales. Lo recién señalado, respecto a las dificultades que presenta su conceptualización, puede resultar paradójico ya que a lo largo de esta investigación hemos señalado, en reiteradas ocasiones, que existe un centralismo casi extremo en el testigo, por lo que debiese ser fácil entonces definirlo, pero no es así.

La dificultad planteada estriba en que la conceptualización del mismo no vendrá dada desde las ideas tradicionales del derecho procesal, es decir, si bien lo integraremos finalmente a un concepto que permita ser utilizado a nivel procesal, el concepto de testigo o sujeto vendrá desarrollado desde la idea de agente, y por ello desde la filosofía, haciéndose necesario precisar algunas ideas con antelación.

En primer término, y si bien esta tesis tiene por objeto plantear una revisión a los exámenes de conformación y valoración de la prueba testimonial que se realizan, y más aún, hacer extensiva dicha revisión a otros medios de prueba que podrán entenderse como testimonio, y por ello nuestros conceptos de testigo o testimonio se centrarán en ellos, no podemos olvidar que hay otros agentes que participan de un proceso y que tendrán distintos roles procesales, lo que dependerá de la agenda epistemológica que le ha sido asignada a los

⁵⁹⁸ GUASTINI, Ricardo: *Interpretar y argumentar*. Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 31. Se refiere a los posibles significados de interpretación, pero se usa la analogía.

⁵⁹⁹ RIVERA MORALES, Rodrigo: *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2011, p. 186.

⁶⁰⁰ CARNELUTTI. Op. cit. p. 151.

operadores jurídicos⁶⁰¹. Esto es necesario tenerlo en consideración para ser capaz de elaborar “(...) una teoría capaz de integrar la información incluida y excluida por dichas teorías”⁶⁰².

Será dentro de un proceso donde se definirán los roles de estos diversos agentes, los cuales pueden ser doxásticos prácticos y otros teóricos, dependiendo de sus recursos cognitivos, y la búsqueda de sus fines epistemológicos⁶⁰³, ya que es necesario finalmente entender “(...) el proceso jurídico como una estructura general que define los roles, los objetivos y las acciones a ser ejecutadas en contextos jurídicos”⁶⁰⁴.

Así las cosas, en general será agente un sujeto que conoce algo, pudiendo ser un productor de cambios en el mundo si se cuenta con las capacidades para realizar voluntariamente, entender y explicar dichos cambios⁶⁰⁵, resultando entonces un factor clave la voluntariedad, distinguiéndose así el sujeto-agente de otros objetos⁶⁰⁶ o, en otros términos, “un agente es un ser con capacidad para actuar, y agencia denota el ejercicio o manifestación de esa capacidad”⁶⁰⁷, encontrándose ellos en todas partes interactuando entre sí⁶⁰⁸.

Esta entidad que hace algo, en palabras de NIÑO OCHOA y MARRERO AVENDAÑO, “(...) puede ser individual, como los seres humanos, colectivo, como un equipo de fútbol, o institucional, como la NASA”⁶⁰⁹. Luego, cada uno de ellos tiene unas respectivas agendas, que vendrían siendo “los objetivos de los agentes”, respecto a los cuales los distintos agentes tienen diversos recursos para resolverlas, relativos principalmente al tiempo, a sus habilidades e información y que pueden ser relativas a la formación de una creencia o de presentación y defensa⁶¹⁰.

De esta forma, dentro de un juicio podemos encontrar distintos agentes que confluyen entre sí con sus diversas agendas, lo que permite otorgarle una serie de roles procesales, los que

⁶⁰¹ MARRERO AVENDAÑO, Danny: “Lineamientos generales para una epistemología jurídica” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Paéz). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS., 2015 p. 16.

⁶⁰² *Ibíd.*

⁶⁰³ MARRERO AVENDAÑO. Op. cit. p. 31.

⁶⁰⁴ NIÑO OCHOA, Douglas; MARRERO AVENDAÑO, Danny “El testimonio de un experto. Una perspectiva agentiva” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Paéz). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS., 2015, p. 185.

⁶⁰⁵ FIGUEROA RUBIO, Sebastián: “Reconocer y explicar lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein”, en *Ensayos, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral* (Edit. Juan Ormeño), Santiago, Chile, Ediciones LOM, 2016, p. 146.

⁶⁰⁶ *Ibíd.* p. 148.

⁶⁰⁷ “In very general terms, an agent is a being with the capacity to act, and ‘agency’ denotes the exercise or manifestation of this capacity”. SCHLOSSER, Markus: *Agency*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy, (editor Edward N. Zalta) Fall (2015). Disponible en internet en: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=agency>. [Fecha última revisión: 25 de mayo 2020] Traducción propia.

⁶⁰⁸ “In a very broad sense, agency is virtually everywhere. Whenever entities enter into causal relationships, they can be said to act on each other and interact with each other, bringing about changes in each other. In this very broad sense, it is possible to identify agents and agency, and patients and patiency, virtually everywhere” *Ibíd.* Traducción propia.

⁶⁰⁹ NIÑO OCHOA, MARRERO AVENDAÑO. Op. cit. p. 197.

⁶¹⁰ *Ibíd.* p. 198.

de alguna u otra manera van conformando el crucigrama necesario para que pueda resolverse el conflicto planteado.

Entendido lo anterior es que para efectos de esta investigación hay que tener presente, en primer lugar, que al referirnos a la idea de testigo o sujeto lo haremos desde la perspectiva de la prueba testimonial y del testimonio como un concepto amplio, pero siempre a partir del rol que en los párrafos siguientes le asignaremos. Es decir, aquí cuando hablemos de testigo o sujeto, lo haremos desde el enfoque de esta tesis que es el testimonio, y sin desconocer la existencia de que en las diversas relaciones que se gestan dentro de un proceso claramente hay otros agentes; es más, para poder definir a nuestro testigo o sujeto tendremos igualmente que mencionar al oyente o adjudicador de los conocimientos o creencias.

Así, cuando definimos el testimonio de manera amplia señalamos que este implicaba una transferencia de conocimientos o creencias a una determinada audiencia, por lo que de esa sola idea podemos observar la existencia de dos agentes como tales; el hablante que será el testigo o sujeto en que se centra esta tesis, y la audiencia u oyente a quien se le entregan conocimientos que esta no tenía. De todas formas, el oyente en este caso, y en sentido amplio, sería el árbitro o juez, es decir, quien toma las decisiones⁶¹¹.

Es decir, la relación que surge entre estos dos agentes en un proceso es la de adjudicación de conocimiento que de modo simple se materializa “cuando un agente, el adjudicador, asevera que otro agente, el supuesto cognoscente, conoce algo”⁶¹². Lo contrario sería una denegación de conocimiento⁶¹³.

La relación establecida respecto a las adjudicaciones de conocimientos plantea la pregunta o el problema de que si el adjudicador, a quien nosotros llamamos en su momento oyente (en el caso del proceso sería principalmente el juez), puede afirmar que el cognoscente, a quien llamamos hablante, conoce algo, lo que es distinto al problema de posesión de conocimiento referido a si efectivamente se conoce, o sea, el objeto de las atribuciones de conocimiento son las posesiones de conocimiento⁶¹⁴.

El caso del agente que nos convoca en esta tesis, es decir de quien transfiere el conocimiento o creencia, siempre se plantea desde la idea de la atribución de ciertos conocimientos. Luego, una de las complejidades que presenta es que la posesión de los mismos no es siempre completa como muchas veces le es atribuida por factores como la memoria y la

⁶¹¹ CARBONELL BELLOLIO, Flavia: “Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional” en *Revista Escuela de Derecho*, año 6, N° 6 (2005), p. 139.

⁶¹² NIÑO OCHOA, MARRERO AVENDAÑO. Op. cit. p. 188.

⁶¹³ *Ibíd.* p. 188.

⁶¹⁴ *Ibíd.* p. 188.

percepción⁶¹⁵, el tiempo transcurrido entre el conocimiento del hecho y la transferencia del mismo, de los nervios derivamos que la exposición de conocimientos y creencias se realiza en torno a ritualidades desconocidas para él⁶¹⁶.

Es por lo anterior que el hablante debe aseverar (idealmente) solo aquello con respecto a lo cual cumple cierto requisito epistémico que apoye su verdad⁶¹⁷. Este puede ser que conozca lo que afirma, que tenga una creencia en mayor o menor medida justificada o que sea por lo menos razonable creer lo que afirma⁶¹⁸, ya que finalmente dicho agente “es responsable de la verdad de lo que dice”⁶¹⁹.

Respecto al testigo o sujeto en que nos centramos en esta investigación podemos decir que cumple una labor narrativa dentro del proceso, al suponer que tiene conocimientos sobre ciertos hechos de los que se espera relate lo que conoce. Así, “(...) las historias narradas por los testigos presentan dos aspectos relevantes que vale la pena destacar. En primer lugar, expresan una fuerte pretensión de verdad, mucho más fuerte que la pretensión que -como hemos visto antes- es típica de las narraciones de los abogados. (...) Esto no significa, obviamente, que los testigos nunca mientan, pero sí que existe al menos una presunción *prima facie* a favor de la veracidad de lo que el testigo relata. (...) Por otra parte, habitualmente el examen de un testigo incluye preguntas que están específicamente dirigidas a verificar su credibilidad”⁶²⁰.

Lo anterior, presenta parte de la especificidad de este agente dentro del proceso, lo que permite comenzar a definirlo con mayor precisión, ya que es un sujeto que conoce algo y cuyo papel dentro de un proceso es narrar dicho conocimiento. Sin embargo, dentro del proceso se encuentra, en primer lugar, con expectativas de dicho conocimiento que no son acordes con lo que él realmente posee, es decir, se le atribuyen mayores conocimientos; en segundo término, se le mira con recelo en base a factores como el lenguaje no verbal, estereotipos y prejuicios sociales⁶²¹, pero como tercer aspecto, las formalidades de dicho proceso le permiten a la audiencia creer o no en él.

Lo anterior no debe hacernos olvidar que finalmente la audiencia debe desprenderse del control que pretende tener sobre los conocimientos del hablante porque carece de toda la evidencia necesaria para ello⁶²² ya que siempre hay limitaciones de tiempo y recursos, estando

⁶¹⁵ MANZANERO, Antonio: *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, España, 2008, Ediciones Pirámide, p. 178.

⁶¹⁶ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica” en *Revista de Derecho Procesal Justicia*, 2 (2014), p. 353.

⁶¹⁷ LOSADA, Alfonso: “El testimonio como dar la palabra” en *Teorema*, XXXIV/1 (2015), p. 7.

⁶¹⁸ *Ibíd.* p. 7.

⁶¹⁹ *Ibíd.* p. 7.

⁶²⁰ TARUFFO (2010). *Op. cit.* pp. 63-64.

⁶²¹ COLOMA CORREA et al. *Op. cit.* pp. 328 -335.

⁶²² ADLER (2002). *Op. cit.* p. 148. “the hearer lacks adequate specific evidence of either the trustworthiness of the speaker or the truth of what the asserts. But this motivation loses its grip if we have enormous background evidence supportive of compliance with the default rule”. Traducción propia.

otros agentes, en este caso quien ejerce de hablante, en una mejor posición epistémica que justifica la división de labores en el juicio⁶²³.

En definitiva, y teniendo en consideración todo lo señalado, para esta tesis el testigo o sujeto será aquel que conoce algo y que, al transferir dicho conocimiento dentro de un juicio, aportará una razón al juzgador para formar la creencia en la proposición correspondiente que es aquella expresada en el acto testimonial⁶²⁴. Así, entendiendo que “(...) los sistemas jurídicos no son independientes de los agentes jurídicos”⁶²⁵, el agente al que nos referiremos en esta tesis será, si se quiere denominar así, el testigo o sujeto, a quien la doctrina tradicional lo clasificaría como una fuente de prueba⁶²⁶, y que permitirá, mediante sus conocimientos introducir al proceso alguno de los elementos necesarios para una decisión más acorde a la verdad.

4.2. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN PLANTEADA

La pregunta que lógicamente surge respecto a los elementos que se plantearon en precedencia y que hemos venido anunciando a lo largo de la investigación, es por qué sería necesaria realizar la distinción entre el testigo o sujeto y la declaración o testimonio dentro de un proceso judicial, y consecuentemente por qué ello implica una revisión de los planteamientos procesales más tradicionales.

Para responder la primera pregunta respecto a, por qué se hace necesaria la distinción entre los dos elementos, consideramos que esto se explica de forma certera por las palabras que nos proporciona PÁEZ PEÑUELA al respecto. Así, dicho autor señala que “la valoración final de un testimonio dependerá por tanto de dos variables muy dispares. Por un lado, tenemos la credibilidad y la competencia del testigo, y es en torno a estas que girarán los alegatos de las partes; por el otro, tenemos la relevancia, el poder explicativo y la fuerza probatoria del testimonio, que constituyen la base objetiva para construir la fortaleza de la prueba testimonial. La actitud epistémica más racional será entonces la de invertir el mayor esfuerzo en justificar/refutar aquellas afirmaciones de un testigo que tengan el mayor valor

⁶²³ Ibíd. p. 154, “our normal epistemic position is that we need large amounts of diverse information (the news, the weather, history, local events, timetables, proper attire to a party, gossip), but we are extremely limited in time and resources. It is seldom feasible to gather all of this diverse information ourselves. We know, however, that there are others who are in a much better position to acquire and to evaluate this information, and who are willing to share it with us. It would then be irrational for us not take advantage of the natural division of epistemic labor. If we did not, we would waste resources and learn less”. Traducción propia.

⁶²⁴ LOSADA. Op. cit. p. 7.

⁶²⁵ MARRERO AVENDAÑO. Op. cit. p. 28.

⁶²⁶ En relación con esta materia Giulio Ubertis señala: “El sujeto o el objeto del cual puede derivar al procedimiento al menos un elemento de prueba es la “fuente de prueba”, que a su vez puede ser tanto personal (como en el caso del testigo)- y en esta eventualidad se habla también de órgano de prueba -como real (así, en la hipótesis del documento). La actividad a través de la cual se introduce en el procedimiento al menos un elemento de prueba es el medio de prueba (declaración testifical, registro domiciliario, interceptación telefónica, etc.)”. UBERTIS, Giulio: *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, España, Editorial Trotta, 2017, p. 73.

informativa⁶²⁷. Luego, que un testimonio esté justificado no quiere decir que se acepte dicha justificación.

La constante desconfianza en el testimonio en general se debe, como ya hemos reiterado anteriormente, a que el centro de su análisis se encuentra en el testigo y por tanto al desconfiar de él, se desconfía de todo lo que dicha persona relata, sin importar el contenido de la declaración. Se ha señalado que “al juez -ya se ha advertido- interesa no solo recibir un *dictum* testimonial sino también, y sobre todo, verificar la credibilidad de ese *dictum*. Pero, como ya se ha dicho, el camino que llega al juicio de credibilidad del *dictum* testimonial pasa a través de la *fides* del testigo”⁶²⁸⁻⁶²⁹.

Una dificultad adicional a este mero centralismo, y que no es más que un reflejo del mismo, se presenta por la existencia de motivos de tacha o listados de personas tachables que implican que *per se* el juzgador deba desconfiar de ciertas personas por la existencia de cierto tipo de relaciones, más bien podemos decir que a un grupo de personas “se les ha colocado la etiqueta de interesados, no se confía de su testimonio, y se procura alejarlos del proceso, o al menos tratarlos con la prevención que impone una tacha o incluso una dispensa”⁶³⁰.

Estas dos situaciones expuestas no hacen más que olvidar las dos variables dispares que PÁEZ PEÑUELA plantea. Por una parte, hay un factor de credibilidad del testigo o sujeto, que debe ser independiente de las relaciones que este tenga con alguna de las partes, pero, por otro lado, está lo que en esta tesis llamamos declaración o testimonio, y que tiene que ver con el contenido de la declaración que ha sido efectuada, que por su relevancia, poder explicativo y fuerza probatoria debe examinarse más allá de si confiamos o no en el testigo o sujeto. Muchas veces incluso el testigo podría ser un mentiroso, pero lo que le debiese importar al proceso, epistémicamente hablando, es saber si los hechos son verdaderos o falsos, y no si el testigo es sincero o no, es decir, un testigo mentiroso podría ser igualmente una fuente de corroboración si es luego confirmado⁶³¹.

MIRANDA VÁZQUEZ es claro en este sentido al señalar que “(...) una vez que se ha escrutado la sinceridad del declarante -con resultado favorable- nos topamos con otro aspecto tan importante como el primero (...). Me refiero a la exactitud de la declaración. En este punto

⁶²⁷ PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. p. 115.

⁶²⁸ DOSI. Op. cit. p. 102.

⁶²⁹ *Ibíd.* p. 95.

⁶³⁰ NIEVA FENOLL (2010) Op. cit. p. 266.

⁶³¹ RAMOS, Vitor Lia de Paula: *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2018, p. 142 “Para a busca epistémica de um processo, importa saber se os fatos narrados são verdadeiros ou falsos, e não se a testemunha está sendo sincera ou mentindo; assim, por exemplo, um depoimento mentiroso, mas verdadeiro, poderá ser fonte de corroboração, se confirmado”. Traducción propia.

se debe atender a la calidad -por este orden- de la percepción del hecho, de la memoria del deponente y de la recuperación del recuerdo”⁶³².

Esta distinción creemos es trascendental al momento de conformarse y valorarse el material probatorio. En la etapa de conformación del material probatorio el examen que se realiza está centrado netamente en el testigo o sujeto, evidenciándose esto en la institución de las tachas, que si bien puede discutirse si implican un ejercicio de exclusión o valoración, igualmente tienen como efecto la supresión de ciertas personas, y consecuentemente de sus declaraciones producto de las relaciones que tendrían con alguna de las partes, lo que genera la creencia de que mentirán en favor o en contras de ellas. Es así como el examen del testigo o agente contamina entonces la entrada en juicio de una declaración cuyo contenido puede ser útil para la resolución del conflicto⁶³³.

En otras palabras, en el momento de la conformación del material probatorio no debiese examinarse al testigo o sujeto como tal, sino que de acuerdo a los criterios ya esgrimidos debería tomarse en consideración la relevancia de lo que este va a declarar.

Lo mencionado se relaciona con dos aspectos. El primero, el carácter infungible del testigo, es decir, este no podría cambiarse por circunstancias personales del mismo porque solo él tiene la información necesaria⁶³⁴.

El segundo aspecto se vincula con que las tachas, de aplicarse, y vinculadas a las características personales del testigo, son contrarias a la infungibilidad del testigo⁶³⁵. La tacha se centra en la persona del testigo y no en el contenido de la declaración, “(...) contradiciendo de forma evidente los postulados de la moderna psicología del testimonio”. Además, predispone al juez respecto a la veracidad del declarante por el momento en que se efectúan las preguntas⁶³⁶.

Así, en la etapa de conformación no puede examinarse al testigo sino solo el contenido de su declaración porque las circunstancias vinculadas a la tacha, o cualquier aspecto relacionado con la eventual parcialidad del testigo, guardan relación con su valoración⁶³⁷. Luego, una eventual tacha, por ejemplo, no determina la ineficacia del testimonio⁶³⁸.

⁶³² MIRANDA VÁZQUEZ (2014). Op.cit. pp. 350-351.

⁶³³ FRAMARINO DEI MALATESTA, haciendo referencia al ámbito penal, pero con total concordancia al aspecto que analizamos menciona que: “Por lo tanto, para apreciar subjetivamente un testimonio no basta, desde el punto de vista de la posibilidad de engaño del testigo, tener en cuenta solo los motivos de sospecha, sino que es preciso, aún más, examinar la especial perfección de los sentidos, su grado especial de inteligencia y de memoria, como también el estado de sus conocimientos con relación a la materia de lo que declara”. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Versión castellana por Simón Carrejo y Jorge Guerrero. Tomo II. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995, p. 70.

⁶³⁴ PICÓ I JUNOY (2000). Op. cit. p. 2010.

⁶³⁵ *Ibíd.*

⁶³⁶ ABEL LLUCH (2020). Op. cit. p. 141.

⁶³⁷ PICÓ I JUNOY (2019). Op. cit. p. 825. DEPARTAMENTO Jurídico de Sepín: *Proceso civil: Interrogatorio de parte, testigos, reconocimiento judicial y presunciones*. Madrid, España, Editorial Sepin, 2014, p. 144.

⁶³⁸ PICÓ I JUNOY (2019). Op. cit. p. 855.

Como bien nos señala RAMOS MÉNDEZ, “Los testigos más próximos a las partes - parientes consanguíneos o afines, que, a veces, son los únicos disponibles- o al objeto del juicio -interesados directos o indirectos- son oídos, con la simple prevención de que manifiesten tales circunstancias o, aun si no lo hacen, porque alguien lo pone de relieve. Su declaración es tan válida como la del testigo “limpio”. Lo único que ocurre es que el tribunal está advertido de ello para depurar adecuadamente el testimonio”⁶³⁹.

En la etapa de valoración, el centralismo en torno al testigo no deja de existir. La realidad es que quienes estiman que el examen de las tachas corresponde ser realizado en este momento, solo centran la atención y la valoración en ellas, y quienes no lo creen así y lo relacionan con una forma de exclusión, igualmente evalúan el testimonio en atención a la credibilidad del testigo y no al contenido de la declaración que este presta.

Aquí lo crucial es atenerse al caso concreto enjuiciado y tener en cuenta tres factores en relación al testigo: en primer lugar, la motivación del resultado de la tacha, es decir, la circunstancia objetiva de tacha que concurre en el testigo y de la afectación a su declaración. En segundo lugar, el motivo de la tacha, ya que por ejemplo una tacha de parentesco no tendrá la misma trascendencia en un pleito de familia que en una reclamación económica. Y finalmente la actitud de la parte contraria, admitiendo o negando la realidad de la tacha⁶⁴⁰.

De esta manera, la importancia de distinguir entre los dos elementos no radica en absoluto en eliminar el examen del testigo o sujeto, sino que más bien busca no olvidar el examen de la declaración o testimonio como consecuencia de solo centrarse en el primero de los elementos señalados. Esto, porque no es posible afirmar que un testigo *per se* mentiroso realizará una mala declaración, ni una declaración atingente al caso será dado por el testigo más creíble porque, de lo contrario, no es posible determinar la falsedad de una declaración, siendo la única opción analizar esa declaración de forma objetiva e independiente de la persona del declarante⁶⁴¹⁻⁶⁴². Lo anterior, porque además “la mayoría de los deponentes no mienten -de forma consciente y deliberada- sino que creyeron ver cosas diferentes a las sucedidas, sin contar con las deformaciones del recuerdo, que obedecen a muchos factores, amén del paso del

⁶³⁹RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 717.

⁶⁴⁰ PICÓ I JUNOY (2019). Op. cit. p. 858.

⁶⁴¹ NIEVA FENOLL (2010). Op. cit. 222. Ver también GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles: “Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto” en *Revista chilena de derecho*, Volumen 46, N° 3 (2019), p. 814.

⁶⁴² FRAMARINO DEI MALATESTA también menciona en referencia a esto que: “Para la apreciación completa del testimonio no basta considerar las condiciones personales que, abstracción hecha del testimonio en concreto, hacen pensar que el testigo se engaña o quiere engañar, pues esto es suficiente solo desde el punto de vista de la apreciación subjetiva”. FRAMARINO DEI MALATESTA. Op. cit. p. 73.

tiempo”⁶⁴³, siendo importante tener presente que lo central debiese estar en las operaciones de percepción, recordar y evocar⁶⁴⁴.

Es importante destacar de lo anterior la trascendencia de los dos elementos, ya que “todo testimonio aporta tanto elementos externos, que son descripciones de sucesos, como internos, de índole fundamentalmente moral. Los primeros son objetivamente verificables y cualquiera que haya presenciado el evento puede corroborarlos. En este espectro de la declaración es secundario quién haga la declaración, siempre y cuando haya presenciado el evento en cuestión. Los segundos, en cambio, articulan el relato fáctico y le proporcionan un sentido a la historia. Su aporte no es fáctico, sino fundamentalmente de corte moral. La identidad de quien declara es importante, pues en su declaración se exteriorizan sus convicciones”⁶⁴⁵.

Además, es necesario considerar que la declaración proporcionará información necesaria para esclarecer el problema que se plantea en el juicio y para entender incluso otros medios de prueba. No entenderlo así es generar la contaminación de la declaración por el testigo⁶⁴⁶.

En otras palabras, “es necesario trasladar la valoración de la persona del testigo a la declaración del testigo, previendo al juez sobre los riesgos de las impresiones subjetivas personales y los derivados de la intermediación, resultando necesario el diálogo interdisciplinar entre la doctrina procesalista y otras ciencias, en particular, la psicología del testimonio, la epistemología y la ciencia de la argumentación jurídica”⁶⁴⁷.

El planteamiento que proponemos en esta investigación, sobre distinguir entre testigo y testimonio, se deriva de que si bien hay casos en que para verificar por parte del juzgador si lo que se relata es creíble o no efectivamente, se hace necesario examinar la persona del testigo porque “un primer tipo de mecanismos cuyo propósito es verificar la fiabilidad de los testimonios tiene que ver con la persona del testigo”⁶⁴⁸, o porque la atribución de méritos epistémicos de una declaración podría no estar completamente asociada a lo que se haya dicho, “la atribución de méritos epistémicos de una declaración de testigos podría no estar asociada al significado de lo que haya sido dicho, sino que podría ser la resultante de ciertas inferencias realizadas a partir de factores tales como la conducta previa del emisor o la manera en que se presenta su declaración. Lo que aquí se lleva a cabo es fundamentalmente un juicio acerca de ciertas características del emisor del mensaje, las cuales impactarían en la atribución de

⁶⁴³ MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “La relevancia de los indicios en la valoración de la prueba testifical” en *Revista Jurídica de Catalunya*, año CXVI (2017), p. 76.

⁶⁴⁴ *Ibíd.* p. 78.

⁶⁴⁵ LYTHGOE. *Op. cit.* p. 40.

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ COULON. *Op. cit.* p. 586.

⁶⁴⁷ ABEL LLUCH (2020). *Op. cit.* p. 151.

⁶⁴⁸ TARUFFO (2008). *Op. cit.* p. 63.

credibilidad de lo que se dice y, consecuentemente, en los méritos epistémicos a aquello que ha sido declarado”⁶⁴⁹. Hay otros casos en que las características del testigo no estarían asociadas a su declaración, pero que ese constante centralismo en el mismo, que se ve reflejado en las legislaciones estudiadas, hace que igualmente se olvide la posibilidad de la realización de inferencias en torno a la declaración y se termine examinando todo en torno al sujeto.

Más concretamente, en el momento de la conformación del material probatorio creemos que solo debe realizarse un examen de relevancia⁶⁵⁰ y admisibilidad en torno a la declaración o testimonio de lo que va a declarar y no respecto al testigo o sujeto⁶⁵¹, y que el examen de este último deberá efectuarse en la etapa de valoración de la prueba distinguiendo, por una parte, la evaluación de las características personales del testigo o sujeto y, por otra, la declaración en torno a las razones epistémicas que se dan para creer en ella.

Así, el juzgador deberá evaluar al momento de la valoración “(...) si es un hablante que posee credenciales epistémicas apropiadas sobre el tema que respalden la verdad de lo que es dicho (sean estas credenciales conocimiento, justificación o alguna otra cosa), o más precisamente si está ejerciendo su competencia en esa ocasión -o alternativamente, si hay indicaciones de lo contrario-. Si tal reconocimiento tiene lugar, y si lo que es dicho mediante el testimonio es verdadero, la audiencia habrá formado una creencia justificada de modo tal que dé lugar a conocimiento”⁶⁵². La pregunta es si esa creencia se basa en otras evidencias (reduccionismo) o sobre la habilidad reconocitiva sobre la situación testimonial⁶⁵³.

De esta manera, lo anteriormente planteado nos lleva entonces a responder la segunda de las preguntas enunciadas en este epígrafe, el por qué esta distinción nos hace replantearnos las ideas procesales más tradicionales, y para ello debemos realizar dos matices. El primero referido a otros medios de prueba, y el segundo a que la distinción es solo una primera etapa en el modo de examinar la prueba.

Respecto al primero de los matices, es preciso señalar que, si bien nos hemos referido a la prueba testimonial a lo largo de la tesis, en el próximo capítulo plantaremos la posibilidad de hacer extensivo el concepto de testimonio y, por tanto, la distinción planteada, a otros medios de prueba que podemos considerar como testimonios. Como menciona MUÑOZ SABATÉ, respecto a la distinción entre el concepto de testimonio y testigo no hay diferencia con otros medios de prueba porque “(...) entre el confesante y la confesión, o entre el testigo y el testimonio, no

⁶⁴⁹ COLOMA et al. Op. cit. p. 328.

⁶⁵⁰ En este sentido revisar Stein que lo ha descrito como el Principio de Máxima Individualización, PMI por sus siglas en inglés. STEIN, Alex: *Foundation of evidence law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2005, p. 100.

⁶⁵¹ ZUCKERMAN señala la idea de que todo agente debería incluirse en juicio porque su eventual juicio debe hacerse en la etapa de valoración, o sea, toda persona es capaz de ser testigo si así fue requerido. ZUCKERMAN. Op. cit. p. 1.037.

⁶⁵² LOSADA. Op. cit. p. 15.

⁶⁵³ *Ibíd.* p. 16.

media más distinción que la del punto de vista: ambos no son dos hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés”⁶⁵⁴.

Así, la distinción entre testigo y testimonio, por ejemplo, puede darse en la declaración de la víctima, como aquí se refleja: “En concreto, los requisitos que han de reunir para que constituyan prueba de cargo se refieren tanto a la persona del declarante (ausencia de incredibilidad subjetiva) como a la propia declaración (credibilidad, firmeza a lo largo del procedimiento y corroboración mediante datos objetivos)”⁶⁵⁵.

Entendido lo anterior, nos encontramos con el segundo matiz que plantaremos en relación con la pregunta esbozada. Lo desarrollado hasta ahora es una propuesta distinta de las ideas tradicionales porque involucra no solo dejar atrás el centralismo del testigo y situarlo de igual a igual con la declaración, sino que además conlleva un ejercicio adicional que es la distinción de los elementos en cada uno de los momentos probatorios señalados, pero para concluir con la evaluación conjunta de ellos. Así, como bien menciona FERNÁNDEZ LÓPEZ en torno a la declaración de partes, pero aplicable a cualquier tipo de testimonio -si tomamos un concepto amplio de testimonio-, al tratarse de requisitos aisladamente considerados estos no permiten concluir por sí solos la atendibilidad de la declaración como suficiente prueba de cargo y, por tanto, deberán presentarse de manera conjunta⁶⁵⁶.

5. EL TESTIMONIO EN JUICIO

Como parte de este capítulo se hace necesario abordar de forma especial la manera en que las ideas planteadas sean aunadas, y cómo en la práctica judicial podrían aplicarse los conceptos señalados, especialmente cómo la distinción entre testigo o sujeto y declaración o testimonio podría materializarse.

Sin embargo, antes de continuar, es preciso aclarar que las ideas que aquí plantaremos se visualizan desde un concepto amplio de testimonio, por lo tanto, lo que mencionaremos será extensivo como ideas y con los matices que consideremos adecuados en su momento, para el próximo capítulo sobre la posibilidad de aplicar un concepto amplio de testimonio y sus elementos en otros medios de prueba.

En primer término, es necesario recordar que las clasificaciones tradicionales entre prueba directa e indirecta denotaban que, entendiendo la prueba testimonial de forma

⁶⁵⁴ MUÑOZ SABATÉ (2001). Op. cit. p. 283.

⁶⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N. 15 (2007), p. 5.

⁶⁵⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas” en *Revista Jueces para la democracia*, N. 64 (2009), p. 195.

restringida, esta no debía justificarse por una supuesta mayor confianza, que además hemos evidenciado no es tal, hacia la prueba directa⁶⁵⁷, y que, además, producto de la intermediación el juez no podría justificarlo. No obstante ello, como pudimos revisar en el primer capítulo, las diferencias entre prueba directa e indirecta no son claras, y que, por ello, “(...) la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de la experiencia. Por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez rigen tanto la prueba directa como para la indirecta”⁶⁵⁸, o como bien señala GASCÓN ABELLÁN, en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase”⁶⁵⁹.

De esta forma, es incorrecto -y esto es lo primero que debe volver a aclararse- señalar que la prueba testimonial no necesitaría de justificación y, por tanto, tratar de hacer extensiva esa idea a todo lo que consideremos testimonio, porque “aunque el número de pasos en la cadena de inferencia que conecta un elemento de prueba con una hipótesis será relevante cuando se trata de evaluar y comparar el grado de corroboración que este le aporte -pues cada paso constituye una fuente de incertidumbre que se agrega al razonamiento-, es importante notar que se trata de una diferencia de grado, que habrá que estimar en concreto (es posible que una determinada prueba directa, expuesta, por ejemplo, a contrapruebas auxiliares que debilitan su credibilidad atribuya menor grado de corroboración que una prueba indirecta, apoyada en sus varios pasos por prueba auxiliar que la refuerce), y no de una diferencia cualitativa”⁶⁶⁰.

Así las cosas, “si la decisión probatoria ha de ser motivada, la motivación debe extenderse también a la denominada prueba directa; máxime si se considera que es precisamente este la que constituye el material probatorio esencial (y a veces casi el único) en muchos procesos. La motivación no será completa si no se justifica también como se ha valorado esa prueba”⁶⁶¹, porque la motivación busca evitar el ejercicio arbitrario de un poder y se extiende a toda la prueba rendida en juicio, incluso la directa⁶⁶².

Entonces, debemos entender que, sin importar el medio de prueba, este debe ser justificado en la respectiva sentencia y, en el caso del testimonio ampliamente entendido, los problemas que este presenta desde el punto de vista de la justificación pueden observarse tanto desde el punto de vista del sujeto como de su testimonio.

⁶⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN (2012). Op. cit. p. 203.

⁶⁵⁸ GONZÁLEZ LAGUIER (2003). Op. cit. p. 45.

⁶⁵⁹ GASCÓN ABELLÁN (2012). Op. cit. p. 203.

⁶⁶⁰ ACCATINO, Daniela: “El modelo legal de fundamentación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Daniela Accatino editores.), Valdivia, Chile, Universidad Austral, Legal Publishing, 2010, p. 11.

⁶⁶¹ GASCÓN ABELLÁN (2012). Op. cit. pp. 208-209.

⁶⁶² GASCÓN ABELLÁN (2010). Op. cit.

FERNÁNDEZ LÓPEZ lo ilustra muy bien⁶⁶³ al señalar que, respecto al declarante, se le exige la constatación de que no existen razones de peso para pensar que prestan su declaración movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia (en ambos casos) o, en el caso concreto del coimputado, la autoexculpación o la obtención de beneficios procesales o penitenciarios, debiendo además atender ciertas características propias de la personalidad de quien declara, como su desarrollo y madurez mental. En el caso de la declaración o testimonio, esta deberá ser corroborada mediante datos objetivos, así debiese ser verosímil, es decir, no resulte fantástica o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia; se mantenga firme a lo largo del proceso, lo que implica que no ha de modificarse sustancialmente en las sucesivas ocasiones en las que se ha de prestar testimonio, que la declaración no presente ambigüedades o vaguedades y, por último, que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes. Por último, la declaración ha de estar corroborada por datos periféricos de carácter objetivo⁶⁶⁴.

Es así como podemos observar que los problemas en torno al testimonio no se solucionan solamente realizando la distinción que hemos planteado, sino que implican un paso más allá que tiene que ver con la justificación de esta distinción en torno a los mismos.

Es en este aspecto en que el papel que ejerce el tribunal en torno a su sentencia es crucial porque si bien la distinción de los elementos del testimonio -sujeto y testimonio- se hace más patente en la sentencia, donde luego de realizar dicha distinción deberá justificar su decisión en torno a todos los medios de prueba que se la hayan presentado. Se deberá considerar la misma diferenciación en el momento de conformar el material probatorio e incluso en el propio interrogatorio, para poder llegar a la valoración del testimonio y realizar la misma de manera óptima.

Así, debemos considerar, para una mejor justificación de la decisión, lo planteado en esta investigación respecto a que es que al momento de conformar el material probatorio y realizarse el examen respectivo, que la relevancia y pertinencia solo debe centrarse en la declaración o testimonio. Respecto al testigo o sujeto no debiese existir un examen previo porque este vendría dado por prejuicios y desconfianzas respecto a ciertas relaciones.

¿Por qué reiteramos esto en la justificación?, porque para una mejor motivación de la sentencia el juez debe contar con la mayor cantidad de antecedentes posibles y eso es solo posible si se miran las etapas de la actividad probatoria como un todo. Así, “es esencial que el juez, en la sentencia, tenga en cuenta todos los datos disponibles, desarrolle un razonamiento internamente coherente y formule una decisión que no contraste con las pruebas adquiridas,

⁶⁶³ Es necesario aclarar que su trabajo se refiere al ámbito penal y en torno a la declaración de partes, sin embargo, creemos que es posible extender sus ideas a las materias civiles. Respecto al medio de prueba esto también es posible ya que el concepto de testimonio que venimos usando es amplio.

⁶⁶⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ (2007). Op. cit. p. 6.

según los peculiares caracteres de toda correcta reconstrucción fáctica conforme a los criterios de verdad indicados en su momento”⁶⁶⁵.

De esta manera es crucial la etapa de conformación porque “(...) es conveniente destacar que los elementos de juicio que deberán ser tenidos en cuenta para la adopción de la decisión sobre los hechos probados son solo aquellos que han sido presentados y admitidos en el proceso. De este modo, la decisión del juez o tribunal estará basada en un conjunto de elementos o pruebas que es, a su vez, un subconjunto del conjunto de todos los elementos de juicio disponibles: el formado por aquellos de estos últimos que han ingresado en el expediente judicial”⁶⁶⁶.

En segundo lugar, hay una labor importante del tribunal y de los abogados de las partes, que puede parecer más bien una formalidad, pero que es parte de la estructura probatoria y es la actividad en sí. En este aspecto es necesario revisar el interrogatorio que se efectuará, ya que como bien lo ilustra CAROFIGLIO, “en gran número de campos de la actividad humana el obtener una determinada respuesta en lugar de otras posibles no depende solamente -o no depende tanto- del grado de sinceridad del interrogado y del caudal de información y conocimientos que este posee: también depende del modo como procede quien le formula la pregunta, y del contexto en que lo hace”⁶⁶⁷.

Así las cosas, a través del interrogatorio es posible también separar los elementos planteados, por una parte, siendo capaces de demostrar que el interrogado es del todo indigno de crédito⁶⁶⁸, atacar la fiabilidad o darle menor importancia a lo que dice⁶⁶⁹, o entendiendo que el testigo es un narrador y por tanto, pasando ya al elemento, declaración o testimonio, el interrogatorio debiese ser capaz de validar la historia por el testigo narrada ya que la validación de historias en un proceso es “un conjunto de patrones a los cuales se les reconoce la propiedad de hacer posible que un auditorio privilegiado reconozca que cierta historia que ha sido planteada en un caso concreto es mejor que otra(s) en competencia”⁶⁷⁰. Luego, “(...) un adecuado interrogatorio podría hacer prescindibles los detalles objeto de la tacha, haciendo que la declaración de quien fuere, por mayor o menor interés que tuviera en la causa, pudiera ser útil”⁶⁷¹.

El mismo papel jugaría el contrainterrogatorio, ya que el testimonio es una forma de aproximación a ciertos hechos, confiándose *per se* y sin cuestionamientos mayores en lo que se

⁶⁶⁵ UBERTIS. Op. cit. p. 100.

⁶⁶⁶ FERRER BELTRÁN (2007). Op. cit. p. 40.

⁶⁶⁷ CAROFIGLIO. Op. cit. p. 25.

⁶⁶⁸ *Ibíd.* p. 32.

⁶⁶⁹ *Ibíd.* p. 41.

⁶⁷⁰ COLOMA, Rodrigo: “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales” en *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho* (directores Pierre Brunets y Federico Arena). Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2011.p.76.

⁶⁷¹ NIEVA FENOLL (2010) Op. cit. p. 267.

nos señala, y sin tener, al mismo tiempo, forma de verificar lo que se nos ha dicho, o pudiendo verificarse solo a través de otros testimonios⁶⁷²⁻⁶⁷³, por lo que el objetivo del mismo podrá buscar “(...) hacer patente la falta de cohesión estructural de lo narrado por el testigo, de modo que su relato resulte objetivamente creíble y, por ende, inservible a efectos de sustentar ninguna hipótesis procesal; y dos, a la de aquellas casos en que el contrainterrogatorio invalida solo uno de los elementos del relato -o, digamos, una parte de lo que el testigo ha aportado al conocimiento de los hechos- haciendo que ese elemento ya no sirva para sustentar una determinada hipótesis procesal”⁶⁷⁴.

Ahora, como fue posible apreciar, el contrainterrogatorio no necesariamente apuntaría al elemento del testigo o sujeto sino a la evaluación de la declaración o testimonio como resultado de la actividad que está realizando dicho sujeto.

Algunos agregan, y creemos necesario mencionar -pero solo de forma general ya que no es el objetivo de esta tesis- que otro elemento ligado, aunque más a las formalidades que a la evaluación misma del testimonio, sería la inmediación. Esta, en torno al testimonio y en su momento respecto a la clasificación de prueba directa e indirecta tuvo mucha repercusión, porque uno de los argumentos dados para no avalar a la prueba testimonial en sentido estricto fue que la inmediación impedía que luego el juez transmitiera lo por él percibido y, por ello, la garantía que este significaba se ha visto trastocada.

Debe entenderse que “la inmediación no es un método para el conocimiento, sino que tiene valor instrumental y, desde este punto de vista, un mal uso de la misma -si es entendida como sistema de “<percepción íntima”> de datos que no pueden ser expresados mediante el lenguaje, como sucede, por ejemplo, con el lenguaje gestual cuando se utiliza como indicio para establecer la credibilidad de un testigo- puede convertir a esta garantía jurisdiccional (y así está sucediendo en la práctica, con un claro influjo sobre la reforma del recurso de apelación) en un mecanismo que impida el control de la racionalidad de la decisión judicial”⁶⁷⁵. Esto, porque sea entendido que la ventaja de la inmediación sería que “la efectiva recepción judicial del testigo debe tener mucho de sicodiagnóstico y este solo es posible en presencia, percibiendo el gesto, el tono y las modulaciones de la voz; las emociones, cohibiciones o impulsos que asoman al rostro y en la dicción; variedad de datos sicotípicos que afloran en el acto de la declaración”⁶⁷⁶.

Es por lo anterior que bajo ningún motivo debe desvirtuarse la inmediación y por ello la mencionamos, porque si bien “(...) es evidente que las “<impresiones”> recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual el principio de la libre valoración, interpretado con el

⁶⁷² PÁEZ PEÑUELA (2014). Op. cit. pp.99-100.

⁶⁷³ Ver THAGARD. Op. cit. p. 295.

⁶⁷⁴ CAROFIGLIO. Op. cit. p. 60.

⁶⁷⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ (2007). Op. cit. pp. 11-12.

⁶⁷⁶ DÍAZ FUENTES. Op. cit. p. 304.

tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar⁶⁷⁷. En el mismo sentido, destacar que el problema de la inmediación es que “se sobrevalora la significación de datos, cierto, solo apreciables para quien los percibe en directo, pero que son los más ambiguos y equívocos, los más abiertos al uso incontrolado del arbitrio y a la inducción del error en el juicio⁶⁷⁸ y que, junto con ello, se blindaría al juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano jurisdiccional y se estimularía a los jueces a una aproximación más intuitiva de la prueba⁶⁷⁹.”

Además de lo señalado, el otro problema que plantea MIRANDA VÁZQUEZ es que la información que le llega al juzgador, será por una parte, la estrictamente verbal o lingüística, es decir, el mensaje, pero por otra, una no verbal referida a la forma en que este se traslada⁶⁸⁰, lo que trae ciertos problemas porque el lenguaje no verbal es ambiguo, pudiendo sus signos corresponder a distintas etiologías⁶⁸¹.

En tercer término, y entendida la importancia de la distinción planteada en el momento de conformación del material probatorio y del desarrollo de la actividad misma, debemos centrarnos en la valoración de los elementos de prueba.

Es por todo lo anterior que, en el capítulo inicial, realizamos un breve apartado sobre la valoración de la prueba, estableciendo que existen dos grandes sistemas respecto a la forma de realizar la valoración, uno es el de la prueba legal o tasada, que en palabras simples y remitiéndonos a lo ya señalado sería una especie de prolongación lógica y coherente de la prueba irracional o de ordalía⁶⁸², y que hasta hoy está presente en la legislación chilena. El otro sistema es el de prueba libre, que es el que postulamos como más acorde a las ideas que en esta tesis exponemos.

Desde la mirada de la libertad en la valoración de la prueba, podemos reiterar que el ejercicio de valoración de los elementos de prueba se refiere “(...) a la determinación del apoyo empírico que los elementos de prueba aportados proporcionan a las hipótesis sobre los hechos del caso que se enfrentan en el proceso. Asumiendo una concepción racional de la libre valoración, en este momento se trata de evaluar las relaciones de corroboración o confirmación que es posible establecer entre los elementos de juicio que aportan las evidencias disponibles y las proposiciones sobre los hechos del caso que son objeto del proceso, sobre la base de los conocimientos científicos de que disponemos y de las generalizaciones empíricas comúnmente

⁶⁷⁷ GASCÓN ABELLÁN (2010). Op. cit. p. 175.

⁶⁷⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: Sobre prueba y proceso penal. “*Discusiones: Prueba y conocimiento*”, N° 3, (2003). pp. 55-66.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

⁶⁸⁰ MIRANDA VÁZQUEZ “La intermediación judicial como presupuesto fundamental de la valoración en conciencia de la prueba personal (trece argumentos en contra de esta tesis)” (2015), Op.cit. p. 16.

⁶⁸¹ *Ibíd.* p.18.

⁶⁸² GASCÓN ABELLÁN (2010). Op. cit. p. 13.

aceptadas (las llamadas máximas de la experiencia). Es importante notar que esas relaciones de corroboración se expresan como inducciones probabilísticas que no pueden demostrar la verdad de una hipótesis, sino que solo la confirman como una explicación posible de la existencia de las evidencias valoradas, lo que por sí solo no excluye que otras hipótesis puedan resultar igualmente explicativas”⁶⁸³⁻⁶⁸⁴.

En el caso de este nuevo análisis o revisión que hemos expuesto en torno al testimonio, podemos decir que un sistema de sana crítica, entendiendo como aquel libre, pero con ciertas limitantes, es el que mejor se adecua al mismo. Luego, la primera de las limitantes de este sistema, serán las reglas de la lógica ya que la exigencia es que “(...) no basta que no haya contradicciones entre sus argumentos y que se dé cuenta de las pruebas aportadas al proceso que constituyen eventos que tenían que haberse producido si los enunciados probatorios son verdaderos, sino que será necesario que se consideren las pruebas auxiliares y contra-pruebas (entre ellas, por supuesto, las informaciones obtenidas de los contra-interrogatorios de testigos y peritos), que puedan incidir en el grado de apoyo inductivo que un elemento de juicio aporta a un enunciado probatorio”⁶⁸⁵. Ahora, los otros dos límites son las máximas de la experiencia y principios científicos afianzados que apuntan “(...) a la solidez epistémica de las generalizaciones que sirven que sirven de base a la inferencia probatoria, requiriendo ahora que al establecer esa relación entre una prueba y una hipótesis, o al evaluar las pruebas auxiliares y contra-pruebas relativas a la validez de las generalizaciones que la avalan, el tribunal se apoye en razones intersubjetivamente aceptables, ya sea porque corresponden a lo que de acuerdo a la experiencia ocurre habitualmente, o porque se apoyan en leyes científicas o conocimientos técnicos, en cuya validez actual concuerdan las comunidades de especialistas”⁶⁸⁶.

Teniendo lo anterior en consideración, y en el caso específico del testimonio, la sana crítica como tal nos resulta fundamental y más adecuada, a la hora de valorarlo, diferenciando entre el testigo o sujeto y la declaración o testimonio.

Para poder realizar todo lo anterior, se hace necesario, respecto a la declaración o testimonio y siguiendo estas mismas ideas planteadas, que la información disponible sea de tal calidad epistémica que pueda crear creencias justificadas en el tribunal, lo que va a depender de que los datos generados superen el análisis de calidad epistémica a cargo de los jueces. Así, las inferencias (extraídas de las piezas de información que permanezcan en pie) podrán, en

⁶⁸³ ACCATINO, Daniela: “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2011), p. 485.

⁶⁸⁴ Esta idea de corroboración también la desarrolla WALTON. Op. cit. p.33.

⁶⁸⁵ ACCATINO (2010). Op. cit. p. 15.

⁶⁸⁶ *Ibíd.* pp. 15-16.

principio, ser ancladas en la realidad y, a partir de ello, el discurso o texto que sea generado podrá llegar a calificarse como justificado⁶⁸⁷.

Entenderemos por calidad epistémica, siguiendo a los mismos autores, “(...) como una propiedad atribuible a ciertos datos y que habilita a un sujeto para generar, a partir de estos, conocimientos válidos en un determinado contexto. El elemento contextual es importante ya que aquello que se reconozca como calidad epistémica de un enunciado en un determinado espacio, no será necesariamente transferible a otro. Se trata de una propiedad que admite gradación, esto es, podrá atribuírsele mayor o menor fuerza para los fines expresados. Al hablar de calidad epistémica se tendrá en consideración el contexto propio de los procesos judiciales”⁶⁸⁸.

Es posible señalar “(...) que la calidad epistémica esperada de las declaraciones testificales, es determinable mediante el cruce de dos variables: por una parte, se deberá tener en cuenta las funciones que se espera sean satisfechas por la actividad probatoria llevada a cabo en los juicios y, por la otra, se precisará identificar las creencias de un auditorio privilegiado respecto de las propiedades que inciden en la atribución de méritos epistémicos a las declaraciones de testigos”⁶⁸⁹.

Así, en torno a la declaración o testimonio deberán evaluarse, por un lado, la coherencia, reconociéndose “(...) *prima facie*, méritos epistémicos a aquellas declaraciones que sean calificadas como coherentes y, al contrario, se negará *prima facie* calidad epistémica a declaraciones en las cuales se incurra en contradicciones. El análisis de coherencia es un análisis de compatibilidad, esto es, acerca de si resultan simultáneamente posibles dos o más hechos de los que darían cuenta los testigos”⁶⁹⁰, así “las posibilidades de incoherencia pueden darse a distintos niveles. Ergo, podrá haber incoherencia entre las distintas partes de una misma declaración o entre dos o más medios de prueba que han sido generados en el mismo juicio”⁶⁹¹, y por otro lado, un análisis sobre la plausibilidad, “(...) de que lo que ha sido dicho haya efectivamente ocurrido”.

El filtro de la coherencia de los discursos sirve para eliminar cierta clase de datos. Sin embargo, dentro del significado de coherencia no hemos considerado las tensiones que podrían producirse entre la declaración de un testigo y el “*background*” de conocimientos reconocido como válido para extraer inferencias en el seno de una determinada cultura. Esta forma de análisis sería de plausibilidad y posibilita el fortalecimiento o debilitamiento de las declaraciones de los testigos a la luz de sus méritos epistémicos”⁶⁹². Cabe agregar que el análisis

⁶⁸⁷ COLOMA et. al (2009). Op. cit. p. 317.

⁶⁸⁸ *Ibíd.* p. 306.

⁶⁸⁹ *Ibíd.* p. 307.

⁶⁹⁰ *Ibíd.* p. 324.

⁶⁹¹ *Ibíd.* p. 324.

⁶⁹² *Ibíd.* pp. 325-26.

de plausibilidad admite gradación y en ese sentido habrá fragmentos de discursos que son eliminados no por la imposibilidad de que algo haya sucedido, sino más bien por la escasa probabilidad, o irracionalidad, de que una persona a la que refiera la declaración hubiere actuado como se dijo que actuó⁶⁹³.

Respecto al testigo o sujeto, lo que debe evaluarse es la credibilidad del mismo, que sería “la valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo. Esta valoración se basa en inferencias que consideran diferentes aspectos como las circunstancias y características del testigo y del delito, nuestros conocimientos y creencias, y la congruencia estimada entre las declaraciones y otros elementos de prueba”⁶⁹⁴. Esta evaluación de credibilidad ha dado lugar precisamente al desarrollo de la psicología del testimonio⁶⁹⁵ y al uso de distintos procedimientos e instrumentos para valorarla, lo que responde a una demanda social probablemente tan antigua como la propia sociedad: la necesidad de poder discriminar verdad y mentira⁶⁹⁶. Además, “(...) si el testigo es coherente en toda su explicación y se encontraba casualmente en el lugar de los hechos, hay motivos fundados para considerar que su testimonio es veraz de entrada”⁶⁹⁷.

Debe tenerse en consideración, también, que si el testimonio es fuente de conocimiento hay un elemento importante relacionado con la responsabilidad del hablante, ya que “un conocimiento de segunda mano, donde esto significa que el sujeto que obtiene conocimiento testimonial no llega a su propia conclusión acerca del asunto en cuestión, sino que gran parte de su justificación se funda en su confianza en la autoridad de otro. Las razones basadas en la confianza en la autoridad del hablante constituyen razones de segunda persona; estas son razones que se basan en las relaciones interpersonales de autoridad y responsabilidad entre un hablante y su audiencia”⁶⁹⁸.

Ahora, y habiendo presentado cómo proponemos la valoración del testigo o sujeto y su declaración o testimonio por separado, debemos señalar que en la sentencia deberá el tribunal, luego de realizado el ejercicio planteado, otorgarle un solo valor de manera conjunta al testimonio en sí y a la relación de este con los otros medios de prueba, “al proceder con la evaluación de las pruebas, el juez comparará lo que dijo el testigo con los otros elementos

⁶⁹³ *Ibíd.* p. 326.

⁶⁹⁴ MANZANERO. *Op. cit.* p. 178.

⁶⁹⁵ Es posible también revisar trabajos de WELLS, Gary; Olson, Elizabeth: “Eyewitness testimony” en *Anuario Revista Psychology* N. 54 (2003), pp. 277-95. También, p. 123. SOBRAL, Jorge; PRIETO, Ángel: “Persuasión y testificación: una (re)visión social de la credibilidad del testimonio” en *Psicothema*, vol. 5, núm. Sup (1993), pp. 393-410.

⁶⁹⁶ MANZANERO. *Op. cit.* p. 177.

⁶⁹⁷ NIEVA FENOLL (2010). *Op. cit.* p. 273.

⁶⁹⁸ LOGUERCIO. *Op. cit.* p. 8.

probatorios en los registros, a fin de atribuirle valor solo en conjunto”⁶⁹⁹, y aquí entonces llegamos al centro del asunto y a la clausura de la actividad probatoria.

Así, el juez deberá conectar los diversos enunciados fácticos de forma lógica, pero no de acuerdo a lo que su intuición le señale o la observación que realice⁷⁰⁰, sino formulando hipótesis que sean verificadas a través de las pruebas presentadas⁷⁰¹.

Señalamos lo anterior, porque por un lado será necesario, habiendo distinguido entre testigo o sujeto y declaración o testimonio para su evaluación, realizar una valoración conjunta de los elementos y tomar dicha distinción entonces para efectos analíticos del juez, pero por otra parte esta valoración ya conjunta también rebota en la distinción sujeto/testimonio, porque muchas veces la forma de corroborar la credibilidad del testigo o la coherencia de su relato estará dada por la interacción y por lo que otros medios de prueba nos otorguen como evidencia⁷⁰². Así, para poder valorar el testimonio se necesita en algunos casos la corroboración, que permite que un elemento de prueba aumente el valor de otro elemento⁷⁰³.

Entonces, la idea de motivación es en este punto donde se torna completamente relevante, ya que este “(...) defiende un modelo de justificación -que algunos autores denominan “analítico”- que requiere una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y las razones que lo sustentan y de la cadena de inferencias que permite tener por justificadas las conclusiones probatorias”⁷⁰⁴. En otras palabras, es un argumento de justificación que tiene por objeto proporcionar las razones racionales sobre las cuales la decisión es objetivamente aceptable⁷⁰⁵.

Para lo anterior, el juez deberá realizar todo el entramado análisis por nosotros propuesto, ya que el hecho de que “(...) la exigencia que la motivación se estructure en forma dialógica y comprenda no solo la justificación lineal de la hipótesis fáctica acogida, sino también la valoración singularizada de las pruebas desestimadas y la confrontación de las hipótesis desechadas, refleja adecuadamente el carácter relacional de la justificación de los enunciados que declaran hechos probados respecto del conjunto de elementos de juicio representado por todas las pruebas admitidas y practicadas en el proceso y constituye el

⁶⁹⁹ RAMOS (2018) Op. cit. p. 145. “Ao proceder com a valoração da prova, o juiz deverá cotejar o que foi dito pela testemunha com os demais elementos probatórios constantes dos autos, para atribuir-lhe valor somente em conjunto”. Traducción propia.

⁷⁰⁰ TARUFFO (2012), pp. 78-79.

⁷⁰¹ *Ibíd.* p. 95.

⁷⁰² Ver también sobre la posibilidad de desvirtuar declaraciones con otros medios de prueba RIVERA. Op. cit. p. 190.

⁷⁰³ WALTON, Douglas; Reed, Chris: “Evaluating Corroborative Evidence” en *Argumentation*, 22, 4 (2008), p. 531. “Corroboration, more broadly, however, might be taken to apply to any case in which one item of evidence boosts up the value of another item of evidence higher than it was before”. Traducción propia.

⁷⁰⁴ ACCATINO, Daniela: “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” en *Revista de Derecho*, Volumen XIX, N° 2 (2006), p. 13.

⁷⁰⁵ TARUFFO (2012), p. 97.

necesario correlato de la garantía de un proceso contradictorio⁷⁰⁶, siendo necesario consignar la cadena de inferencias que permiten tener por justificadas las conclusiones probatorias⁷⁰⁷.

De esta manera, lo que aquí proponemos es que el juez sea capaz de justificar en la sentencia su decisión, así como las conclusiones que ha obtenido de los testimonios o del testimonio en juicio, en conjunto con el resto de los medios de prueba, si es que se presentaron y valoraron otros. Las creencias que este adquiere a través dichos testimonios no podrá justificarlas, pero sí el contenido de las creencias porque “(...) las creencias son algo que nos sucede, algo cuya ocurrencia no depende de nuestra voluntad, y puesto que solo los actos voluntarios admiten justificación, no habría entonces posibilidad de justificar el resultado de la valoración de la prueba realizada por el juez”⁷⁰⁸.

En definitiva -y aquí seguimos con las ideas de ACATTINO SCAGLIOTTI- nuestra propuesta respecto a un análisis diferenciado de los elementos del testimonio solo podrá llevarse a cabo si se abandonan las nociones subjetivistas de prueba y se sustituyen por una noción que haga posible hablar de la justificación de la decisión judicial sobre la prueba y que permita dar cuenta de su falibilidad y de su carácter relacional respecto de los elementos de juicio aportados al proceso⁷⁰⁹, de la mano de una valoración libre de la prueba que deje atrás -y aquí se hace hincapié más a la legislación chilena- las reglas de tasación legal, porque de esa manera nos apoyaríamos en criterios de racionalidad de epistemología general⁷¹⁰.

Todo lo anterior, sin obviar una forma de fundamentación holista que permita comprender los procesos psicológicos de la decisión, así como la integración narrativa de las proposiciones que se declaran probadas y la integración de las razones probatorias, pero que al mismo tiempo defienda el análisis atomista que pretende minimizar el riesgo de error⁷¹¹.

6. COROLARIO

Este capítulo nos ha permitido revisar la importancia y los problemas que tiene el testimonio, entendido este en un sentido amplio como una forma de transferir conocimiento y como consecuencia de generar creencias en el oyente o audiencia. De la mano de esta idea de testimonio, fue posible además apreciar dos elementos que lo componen, cuales son el testigo o sujeto y la declaración o testimonio.

⁷⁰⁶ ACCATINO (2006). Op. cit. p. 13.

⁷⁰⁷ *Ibíd.* p. 18.

⁷⁰⁸ *Ibíd.* p. 20.

⁷⁰⁹ *Ibíd.* p. 22.

⁷¹⁰ ACCATINO (2010). Op. cit. p. 1.

⁷¹¹ ACCATINO, Daniela: “Atomismo y holismo en la justificación probatoria” en *Isonomía*, N. 40 (2014), pp. 53-54.

Como se ha venido criticando a lo largo del presente trabajo, las ideas tradicionales de prueba testimonial olvidaron la determinación de la naturaleza jurídica de dicho medio de prueba, centrándose en el testigo y la desconfianza que él genera, o en meras formalidades, lo que ha impedido, a nuestro modo de ver, es que este medio de prueba se analice correctamente.

Consecuencia de lo anterior, nuestra primera propuesta fue, plasmando lo antes dicho, plantear un nuevo concepto amplio de testimonio en que fuera posible configurar dos elementos que llamamos, testigo o sujeto y declaración o testimonio, que permitiera incluir a los medios de prueba testimoniales.

Elaborado el nuevo concepto y sus elementos, existirían cualidades comunes a lo planteado en la prueba pericial y la declaración de partes, lo que podría tener como efecto -y es lo que analizaremos como posibilidad en el próximo capítulo- una regulación parcial común y un análisis de dichos medios de prueba en el momento de la conformación y valoración del medio de prueba similar al que aquí planteamos.

CAPÍTULO IV. LA UNIDAD TESTIMONIAL Y LOS MEDIOS DE PRUEBA: OTRAS PRUEBAS TESTIMONIALES CONFORME AL CONCEPTO PROPUESTO EN ESTE TRABAJO

A lo largo de esta investigación hemos podido observar cómo el tratamiento tradicional que se le ha dado a la prueba testimonial ha generado que sean mirados con desconfianza los sujetos que la desarrollan dentro de un proceso. La desconfianza en este medio de prueba y especialmente el centralismo en los sujetos, hemos podido revisar que también se ha hecho extensivo al desarrollo de otros medios de prueba que tienen igualmente la naturaleza jurídica de testimonios como son la prueba pericial y la declaración de las partes.

La desconfianza a la que hemos aludido, se ha debido -desde nuestro punto de vista- al tratamiento que la legislación ha otorgado a estos medios de prueba y del cual la doctrina se ha hecho eco en sus diversos análisis. Esto se ha traducido en un tratamiento basado en meras formalidades, pero principalmente centrado en el sujeto y la desconfianza que se tiene a la sinceridad y a la memoria de las personas, olvidando por completo el querer indagar en el contenido de lo que el sujeto señalará y que claramente será útil para la resolución del conflicto sometido a la decisión del tribunal.

Es por lo anterior que planteamos en el capítulo anterior la necesidad de re-analizar el concepto tradicional de prueba testimonial y reemplazarlo por una nueva concepción de testimonio que permita, por una parte, distinguir su naturaleza jurídica y los elementos que lo componen, así como también, por otra, aplicarse a ciertos medios de prueba que comparten la misma naturaleza jurídica.

Lo anteriormente señalado lo afirmamos porque la finalidad dentro de un proceso es que el juzgador tome una mejor y justa decisión, y esta solo será posible si se cuenta con la mayor cantidad de antecedentes disponibles. Así, no puede ser solo la mera desconfianza en las personas una razón *per se* de exclusión de un medio de prueba, ya que independiente de la posición que ese testigo tenga respecto a una de las partes, igualmente el contenido de su declaración puede ser un aporte para la resolución del conflicto. En otras palabras, no se debe esperar que una sola persona resuelva el asunto, sino que el antecedente por él entregado debe además ser capaz de ser mirado en conjunto con el resto de las pruebas.

De esta manera, y a partir de este diagnóstico, es que reconstruimos -en el capítulo tercero- la definición que la doctrina tradicional le ha otorgado a la prueba testimonial, centrándonos en su naturaleza jurídica y entendiendo que esta es epistémicamente un testimonio. Luego, construimos un concepto que no solo recogió la idea de testimonio como tal,

sino que también fue capaz de integrar de igual manera los elementos que lo componen: el testigo o sujeto y el testimonio o declaración que este efectúa.

Al realizar la reconstrucción conceptual planteada fue posible darnos cuenta, como señalábamos, que no solo la prueba testimonial es epistémicamente un testimonio, sino que otros medios de prueba también presentan esta particularidad, como son la prueba pericial y la declaración de partes. Además, también es posible encontrar en estos dos medios de prueba los dos elementos esbozados en el párrafo precedente, añadiéndose a ello el especial centralismo en el sujeto, siendo este último el punto de quiebre en los tres medios de prueba. Luego, en algunos de ellos este centralismo genera mayor desconfianza en dicho medio de prueba -como el caso de la prueba testimonial y la declaración de las partes-, y en otros tiene como consecuencia la sobrevaloración del mismo -como sería el caso de la prueba pericial-.

Así las cosas y partiendo de la base de que los tres medios de prueba señalados comparten su naturaleza jurídica de testimonios y, en principio, solo se diferenciarían respecto a los grados de especialidad o conocimiento que poseen o entregan, es que en el presente capítulo revisaremos la posibilidad de una regulación común de la prueba testimonial, pericial y la declaración de las partes. Para esta tarea examinaremos los principales elementos disímiles de estos tres medios de prueba, para luego reconocer cuáles han sido los aspectos comunes que la doctrina ha señalado para ellos.

Finalizaremos revisando lo que ya hemos anunciado, respecto a cómo estos tres medios de prueba se comportan como testimonios y si según todo lo establecido es o no posible, y en qué medida, una regulación procesal común.

Para efectos de este trabajo, y antes de comenzar con el análisis pormenorizado que hemos propuesto, creemos necesario tener presentes algunos de los conceptos más tradicionales que se le han otorgado a la prueba pericial y a la declaración de las partes. Esto nos servirá de base para examinar y profundizar lo que ya anunciamos en párrafos anteriores y complementar estos conceptos más conservadores con otras ideas ligadas a ellos.

Para realizar lo anterior revisaremos de manera general algunos conceptos relevantes de prueba pericial y de la declaración de las partes. Así y, en primer término, dentro de las definiciones que encontramos de prueba pericial, podemos observar que un grupo de ellas se centran en el informe que entrega el perito y, otro, simplemente en el perito o sujeto mismo, sin entrometerse en sus elementos o su naturaleza jurídica. Dentro del primer grupo que señalamos y, solo a modo de ejemplo, revisando la doctrina española, encontramos que este medio de prueba sería aquel “(...) por medio del cual se aporta al proceso un informe o dictamen elaborado por un técnico en alguna de las normas de las ciencias, de las artes o del saber en general, acompañado, en su caso, de la posibilidad de que el autor del mismo pueda comparecer

en el juicio y someterse a las preguntas, observaciones y aclaraciones solicitadas por las partes y por el órgano judicial, todo ello con el fin de acreditar hechos jurídicamente relevantes del pleito para cuya apreciación o comprensión se precisen unos determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”⁷¹². En igual sentido, en el ámbito chileno, se ha señalado que la prueba pericial sería el informe y no el perito en sí, lo que es lógico por el procedimiento escrito utilizado en Chile, donde la prueba está constituida por el informe que se entrega al tribunal⁷¹³.

El segundo grupo de autores ha variado su enfoque desde el informe al sujeto que desarrolla este medio de prueba. Esta conceptualización ha cometido, a nuestro juicio, el mismo error que se produjo en torno a la prueba testimonial, que es concentrar la definición en la persona que la realiza. Este centralismo en el perito tiene un efecto muy similar al que se produce en la testimonial, ya que muchas veces solo por lo que señale su currículum podrá excluirse el mismo o, en otros casos, valorarse con una vara distinta, por regla general, sobre exaltándose a dicho perito respecto a su informe.

Como venimos señalando, podemos encontrar ciertas definiciones que sustentan la prueba pericial en torno al perito y que caracterizan a este medio de prueba como “(...) la actividad desarrollada por las personas expertas o peritos con la finalidad de verificar todo tipo de datos, sus características, sus modalidades o cualidades, sus relaciones con otros datos, sus causas y sus efectos”⁷¹⁴.

Ahora, creemos que la idea más clara de centralismo en el perito es la entregada por ABEL LLUCH, quien señala que la pericia es “(...) la actividad desplegada por el perito para emitir el dictamen pericial”⁷¹⁵ y el dictamen pericial “(...) es el informe -normalmente escrito- en que se plasma la actividad del perito. Si el perito es la fuente de prueba, el dictamen pericial es el medio de prueba, a través del cual acceden al proceso sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos”⁷¹⁶.

El matiz que se agrega al referirse a este medio de prueba y que tendría la prueba pericial respecto a la testimonial en relación al sujeto -que luego ya profundizaremos-, sería que en el primer medio de prueba el contenido de la declaración viene dado por un conocimiento

⁷¹² GARBERÍ LLOBREGAT. Op. cit. p. 411.

Una idea también más ligada al procedimiento de este medio de prueba es la que entrega PÉREZ Gil: “La prueba pericial se le define como una actividad, generalmente desarrollada por iniciativa o a instancia de las partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal información especializada dirigida a permitir a este el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes en el proceso”. PÉREZ GIL, Julio: *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia, España, 2010, Tirant Le Blanch, p. 49.

⁷¹³ DUCE JULIO, Mauricio: “La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo proceso civil” en *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?* (editor Francisco Leturia). Santiago, Chile, Ediciones LyD., 2011, p. 112.

⁷¹⁴ FONT SERRA, Eduardo: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, España, Editorial La Ley, 2000, p. 26.

⁷¹⁵ ABEL LLUCH. “Derecho Probatorio” (2012). Op. cit. p. 656.

⁷¹⁶ *Ibíd.*

científico, artístico o técnico del sujeto que podría sustentarse en quién es este sujeto. No obstante, muchas veces lo señalado en el currículum ha sido adornado o mencionado de forma diversa que, junto con un sinfín de grados académicos, no necesariamente son sinónimo de mayor conocimiento. Ya revisaremos cómo este asunto ha sido uno de los tomados en consideración, para la doctrina tradicional, respecto a un criterio distintivo entre estos dos medios de prueba.

Este enfoque de la prueba testimonial y la prueba pericial centrado en el sujeto no es muy diferente tampoco al momento de construir el concepto de declaración de las partes - terminología que utilizaremos haciéndonos eco de la legislación española del año 2000-. Este medio de prueba se ha entendido, simplemente, como “(...) un medio de prueba, indirecto, en el que el juez utiliza la declaración de la parte para, en su caso, obtener la certeza de los hechos alegados en el proceso; se trata de un medio de prueba en el que, a instancia de una de las partes, se utiliza la persona de la otra para conseguir esos fines probatorios”⁷¹⁷. Es decir, esta declaración lo que tendría, en principio, de distintiva en relación al resto de las declaraciones que efectúan otros sujetos en el proceso, es que son las mismas partes quienes vienen a declarar sobre hechos relevantes del proceso, de los que tenga noticia, sean o no personales del declarante (es decir, los haya o no protagonizado), a preguntas formuladas por otro litigante: la parte contraria, de ordinario, pero también un litisconsorte (“colitigante”) si, como no es infrecuente, existe oposición o conflicto de intereses entre ellos⁷¹⁸.

La mayoría de la doctrina procesal está de acuerdo con la idea general de conceptualizar la declaración de las partes en relación a la persona que declara, pasando a segundo plano y en muchos casos siendo irrelevante el contenido de dicha declaración, el que, para algunos autores, puede ser de cualquier hecho del que ha tomado noticia dicha parte, y para otros autores y legislaciones solo se estima que este medio de prueba se vincula a la declaración de hechos personales, perjudiciales y relevantes para el proceso⁷¹⁹.

En el caso de España, y tratando de diferenciarse de la antigua confesión, “(...) el nuevo interrogatorio de las partes presenta como característica destacada la ampliación de su objeto. El interrogatorio no queda restringido a los hechos en que la parte declarante haya participado directamente o haya tenido protagonismo inmediato (hechos personales)”⁷²⁰. En otras palabras, el término declaración de partes viene hoy de la mano, en el caso de la legislación española, de la expresión legislativa “interrogatorio de las partes”, la cual “(...) alude de modo expreso al medio de prueba, a través del cual accede al proceso la declaración de conocimiento de las partes,

⁷¹⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, et al. Op. cit. p. 247.

⁷¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, et al. Op. cit. p. 147.

⁷¹⁹ ASECIO MELLADO. Op. cit. p. 198.

⁷²⁰ JIMÉNEZ CONDE. Op.cit. p. 47.

a diferencia de la expresión confesión en juicio, tributaria de origen y concepción histórica del instituto, en el que confluye el juramento”⁷²¹⁻⁷²².

De esta manera, y adelantándonos a las próximas opiniones que desarrollaremos, se torna aún más importante el contenido que dichas partes van a aportar porque su declaración puede permitir, complementada con otro antecedente acompañado, determinar la verdad o falsedad de una cierta hipótesis de hecho, por lo que es determinante que declare sobre todo tipo de hechos, no solo los personales y perjudiciales. Así, para efectos de esta tesis, postulamos que la idea de declaración de partes vinculada a hechos personales y perjudiciales es incorrecta, porque solo estaría centrada en los efectos que produce la confesión, es decir, ya no tendría ni siquiera sustento la relación género y especie que se ha postulado entre ellas⁷²³.

En definitiva, para el desarrollo de este capítulo deben tenerse a la vista las definiciones anteriores que señalamos de prueba pericial y declaración de las partes, más aquellas analizadas en profundidad y criticadas sobre la prueba testimonial del capítulo segundo. A ello deberán añadirse ciertas características puntuales de estos mismos medios de prueba que mencionaremos a continuación junto con el concepto amplio de testimonio y los elementos contenidos en el mismo, desarrollados en el capítulo inmediatamente anterior -testigo o sujeto y testimonio o declaración-.

Todo lo anteriormente mencionado, permitirá identificar a lo largo de los próximos apartados las críticas planteadas de centralismo y desconfianza en los sujetos que se podrán identificar en cada uno de estos medios de prueba y al mismo tiempo denotar la naturaleza jurídica de testimonio que estos tienen. El carácter de testimonio nos abrirá entonces el paso para contestar la pregunta sobre una posible regulación común, estableciendo cuáles serían los criterios a considerar y en qué medida esta sería conveniente o más bien posible en materia procesal.

1. ELEMENTOS DISÍMILES ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LA PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES: PROBLEMAS

En el *civil law*, la doctrina tradicional en torno a los medios de prueba ha tratado de distinguir entre la prueba testimonial, la pericial y la declaración de las partes. Así, lo pudimos

⁷²¹ ABEL LLUCH, Xavier: “Del pliego de posiciones al interrogatorio oral” en *El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*. (director Xavier Abel Lluch). Barcelona, España, Bosch Editor, 2008, p. 27.

⁷²² Misma idea ABEL LLUCH. “Derecho probatorio” (2012). Op. cit. p. 532 “El término “interrogatorio de las partes” alude al medio de prueba, a través del cual accede al proceso la declaración de conocimiento de las partes; a diferencia de la expresión “confesión en juicio”, tributaria del origen y concepción histórica del instituto, en el que confluye el juramento”.

⁷²³ DEVIS ECHANDÍA. Tomo I. Op. cit. p. 563.

revisar en los conceptos señalados con antelación en este mismo capítulo, y de la misma manera, más específicamente, al revisar en profundidad la prueba testimonial en el capítulo segundo del presente trabajo.

Si bien la mayoría de las diferencias que se plantean entre estos tres medios de prueba han girado principalmente en torno al sujeto que los desarrolla o a ciertos aspectos formales, hay casos muy puntuales en que se ha profundizado en temas de fondo respecto a ellos, como sería, por ejemplo, si son o no testimonios, y solo tangencialmente se ha observado lo relativo al grado de conocimiento o especialidades que cada medio de prueba posee.

Junto con los criterios anteriores, que entendemos como los principales a evaluar, en este apartado revisaremos ciertos elementos que influyen en estos criterios y que nos permitirán un análisis más profundo de la justificación que la doctrina tradicional ha entregado para diversificar a estos tres medios de prueba. Luego, es preciso aclarar que la dogmática no ha sido uniforme en el sentido de señalar los mismos criterios de diferenciación para los tres, sino que ha sido algo más exhaustiva respecto a la prueba testimonial en comparación con la pericial y, en el caso de la testimonial en relación con la declaración de las partes se ha enfocado solo en el sujeto como criterio. Por último, hay una especial distinción entre el testigo y el llamado testigo-perito que realiza principalmente la doctrina española en materia procesal civil, y que en Chile solo se ha revisado en materia procesal penal.

Así las cosas, en el presente apartado revisaremos las principales diferencias que la doctrina tradicional ha señalado entre estos medios de prueba. Respecto a la prueba testimonial y la pericial, utilizaremos como criterios el tipo de hecho respecto al que declararán y en base a qué conocimientos; la fungibilidad y, por último, los derechos y obligaciones de cada sujeto que interviene. Ahora, cuando analicemos las diferencias entre la prueba testimonial y la declaración de las partes nos centraremos en el tipo de conocimientos que entregan. Por último, como ya señalamos, que revisaremos si es que hay una real diferencia entre el testigo y el testigo-perito.

Teniendo a la vista el análisis anterior, podremos determinar en los próximos apartados si estos aspectos disímiles son diferencias reales o aparentes, y además si le quitarían o no el carácter de testimonio a los medios de prueba señalados.

1.1. DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LA PRUEBA PERICIAL

1.1.1. TIPOS DE HECHOS Y CONOCIMIENTO

Dentro de los elementos en que más se ha enfocado la doctrina para distinguir a la prueba testimonial de la pericial⁷²⁴, es el tipo de hechos sobre los que declarará el testigo o el perito respectivamente. Se ha señalado, de forma general, que el testigo declara sobre hechos que percibió sin necesidad de poseer un conocimiento científico o técnico, a diferencia del perito que aporta normas o máximas de la experiencia que pueden aplicarse a los hechos concretos del caso y a otros similares⁷²⁵.

Lo señalado en el párrafo anterior es posible de extraer de los mismos conceptos de prueba pericial ya revisados en la introducción de este capítulo. Además, debe tenerse en cuenta que el sujeto que desarrolla dicho medio de prueba, es decir, el perito, se ha caracterizado como aquel tercero que posee conocimientos especializados, sin importar la posesión de título profesional, que vierte dichos conocimientos tras estudiar los hechos del proceso⁷²⁶, o como una persona cualificada por sus conocimientos especiales en materias no conocidas por las mismas personas de su nivel cultural⁷²⁷. Ergo, el énfasis está en el tipo de conocimiento que posee un grado de especialización mayor al del testigo.

En el mismo sentido, pero ahora desde la mirada del informe, se ha mencionado que este solo debe basarse en hechos o datos que los peritos han adquirido de índole procesal⁷²⁸. Es así como una característica común de ciertos conceptos de prueba pericial es que el contenido del informe que el perito va a entregar debe tener como base ciertos antecedentes, ya incluidos dentro del proceso respectivo; es por ello que se coincide en la idea de que el fin es que los conocimientos del perito le permitirían al tribunal apreciar ciertos hechos ya probados por otros medios de prueba⁷²⁹. En base a esta misma idea, se ha señalado por CHIOVENDA que lo que expondrá el perito acerca de estos datos no serían solo sus observaciones materiales y sus impresiones personales acerca de los hechos observados, sino las inducciones que deben derivarse objetivamente de los hechos observados o tenidos como existentes⁷³⁰. Esta sería, para

⁷²⁴ Mismo que plantea SERRA DOMÍNGUEZ (2009). Op. cit. pp. 429-430.

⁷²⁵ CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p. 107.

⁷²⁶ *Ibíd.*

⁷²⁷ FONT SERRA. Op. cit. p. 25.

⁷²⁸ GUASP DELGADO (1998). Op. cit. p. 353.

⁷²⁹ La misma definición puede verse en Cortés Domínguez del año 2017, “persona que aporta al proceso conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos a fin de que el juez pueda apreciar con ellos los hechos objeto de debate que, en la generalidad de las opciones que hemos visto contempla la Ley, han quedado probados por otros medios probatorios”. CORTÉS DOMÍNGUEZ et al. Op. cit. p. 277.

⁷³⁰ CHIOVENDA, Tomo II. Op. cit. p. 322.

el autor italiano, la clave de la distinción entre el perito y el testigo: el tipo de conocimiento que se tiene de los hechos y cómo este se obtuvo⁷³¹.

Ahora, para analizar de forma más completa y correcta la prueba pericial, en este sentido, creemos que debemos enfocarnos en las siguientes definiciones. Por ejemplo, la que menciona que la prueba pericial es aquella “(...) que aporta al proceso, mediante el dictamen pericial, conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que permiten al juez valorar la existencia de hechos, la manera de ser de estos, o que le permiten conocer el contenido o sentido de otras pruebas practicadas en el juicio”⁷³², la que de todas formas tiene su enfoque en el tipo de hechos y contenido que el perito entrega. En igual sentido RAMOS MÉNDEZ, quien la ha definido como una actividad procesal probatoria, que implica la “aportación al juicio de conocimientos científicos, artísticos, técnicos, o prácticos, que el tribunal no posee” y es una prueba personal⁷³³.

De todo este análisis de conceptos podemos observar cómo se caracteriza este medio de prueba en torno al contenido que es aportado al proceso, y cómo dicho contenido, según los autores citados, permitirá al tribunal tomar una decisión en torno a los hechos planteados por las partes. Así las cosas, el informe que este perito va a desarrollar tendrá que estar basado en los antecedentes que hayan sido aportados en el proceso, no en conocimientos extraídos de forma previa por el perito, aquí entonces tendríamos una nueva diferencia con el testigo, ya que no solo habría un tema de grados de conocimiento de la información respecto al perito, sino que también sobre el momento en que la información fue obtenida.

Si bien hemos señalado como más correctas ciertas definiciones de prueba pericial que se referían, por lo menos indirectamente, a la declaración misma o más bien al contenido, versus otras que solamente se situaban en aspectos formalistas, que se centran en el perito y no profundizaban en la naturaleza jurídica de este medio de prueba, no es posible ignorar que aunque se planteen estos criterios como distintivos de la prueba pericial con la testimonial, en el

⁷³¹ “Frente al testimonio en su concepto, aparecen las siguientes diferencias: i) el perito puede conceptuar sobre hechos pasados, presentes y futuros, mientras que el testigo debe limitarse a narrar su conocimiento acerca de los primeros; ii) cuando el testigo conoce los hechos, estos no tienen todavía carácter procesal y por lo general se ignora que sobre ellos se originará un proceso, salvo los casos de excepción cuando se trata de los ocurridos en su presencia en el curso del juicio y cuando una de las partes ha solicitado su presencia con advertencia de que luego será llamado a declarar en juicio; el perito sabe necesariamente que los hechos tienen el carácter de procesales, cuando ejerce su actividad de perito sobre ellos, porque ha sido investido judicialmente de esa calidad, y solo por excepción puede ocurrir que haya conocido los hechos antes de ser designado perito o extraprocesalmente; iii) el perito emite siempre juicios de valor que pueden ser de cualquiera naturaleza, excepto los puramente jurídicos, y el testigo no, pues solo por excepción puede formular conceptos limitados a la aclaración de sus percepciones, principalmente cuando es un testigo técnico; iv) el perito estudia los hechos en virtud de un previo encargo procesal, lo cual no ocurre en el testimonio, a menos que los testigos actúen en reconocimientos judiciales”. FLORES PRADA, Ignacio: *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2006, p. 492.

⁷³² CORTÉS DOMÍNGUEZ, et al. Op. cit. p. 277.

⁷³³ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 786.

primer medio de prueba igualmente existe un centralismo en el sujeto, lo que puede traer como consecuencia dejar al tribunal desprovisto de información para resolver un asunto⁷³⁴.

Ahora, lo que sí es posible concluir es que la característica que siempre se encuentra presente en la prueba pericial y que para muchos permite distinguirlo de la testimonial, es que los conocimientos que este perito viene en proporcionar pueden ser científicos, artísticos o técnicos (también se le llaman prácticos). En relación a ello, se ha señalado que el objeto de la prueba pericial está relacionada con “una actividad de percepción, para aquellos supuestos en los que la correcta percepción de unos hechos exige unos conocimientos técnicos o especializados; una actividad de deducción, de hechos secundarios percibidos normalmente por el propio perito (así, por ejemplo, la pericia médica), de hechos principales ignorados, sobre la base de reglas de saber técnico especializado; o una individualización de máximas de experiencia. Es posible que se pida al perito solo la indicación de las reglas técnicas, para que después el juez las pueda tomar en consideración en el momento de valoración de las pruebas, esto es, en la correcta reconstrucción de los hechos”⁷³⁵, o para otros, el perito opinará sobre hechos observados directamente, opinión sobre hechos presentados por terceros, opinión sobre principios generales de la disciplina que profesa o hecho que él observó a través de su conocimiento especializado⁷³⁶. Ninguna de estas temáticas propias de la prueba testimonial.

Es por lo anterior que RAMOS MÉNDEZ es tajante en señalar que “es clara la distinción entre testigo y perito, ya que, aun siendo ambas figuras medios de prueba, es diferente el papel que cumple cada una de ellas en el ámbito probatorio. En esencia, son diferentes las circunstancias que condicionan su actuación, su aportación específica a la prueba procesal y los protocolos de su actuación respectiva”⁷³⁷.

De esta manera, el testigo se distinguiría en que el conocimiento que va a entregar deriva de hechos que ha presenciado y le son ajenos; distinto al perito que viene en aportar al tribunal sus conocimientos especializados en torno a una determinada ciencia, técnica o arte⁷³⁸.

⁷³⁴ ILLESCA también aporta una idea similar en torno a la definición de prueba pericial al señalar que es “(...) la acción y el resultado de aportar al proceso el conjunto de conocimientos especializados en un concreto ámbito del saber, sea científico, artístico o técnico, o las singulares aptitudes o habilidades en algún campo determinado de la práctica, que no pueden ser proporcionados más que por quienes los posean o estén versados en aquellos, y sin los cuales no es posible adquirir datos de trascendencia para el proceso, considerando su importancia o estimar su exacta dimensión”. ILLESCA RÍOS, Ángel Vicente: *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona, España, Editorial Aranzandi, 2002, p. 46.

⁷³⁵ PICÓ I JUNOY, Joan: *La prueba pericial en el derecho civil español: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2003.

⁷³⁶ DUCE JULIO, Mauricio: *La prueba pericial*. Santiago, Chile, Ediciones Didot, 2014, p. 34.

⁷³⁷ RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 719.

⁷³⁸ “En cuanto a si la parte proponente puede decidir si propone a una persona como perito o como testigo-perito, habría que concluir, en principio y según lo expuesto sobre la distinción que existe entre una y otra figura, que no, pues la persona que va a declarar sobre los hechos que ha presenciado, aunque además tenga unos conocimientos científicos, técnicos, prácticos o artísticos, es un testigo y no un perito, de modo que sabiendo la parte, en el momento que lo propone, o poniéndose de manifiesto en la vista, que el testigo posee además dichos conocimientos específicos, se le puede escuchar también sobre los mismos, deviniendo un testigo-perito. En este sentido, no pueden declarar como testigo-perito, los peritos judiciales ni los peritos nombrados por las partes, los cuales aportan su

⁷³⁹ en relación a hechos que ya se encontrarían incorporados al proceso y en relación a materias que el tribunal no conoce⁷⁴⁰⁻⁷⁴¹. Por último, la declaración de partes viene en aportar hechos ejecutados por ella o de los cuales tiene conocimiento⁷⁴².

Además, en relación a lo señalado, se ha estimado que el perito verifica el hecho mediante deducciones y juicios técnicos o científicos, comunicándole ello al tribunal, mientras que el testigo efectúa una narración sobre lo que percibió por alguno de sus sentidos⁷⁴³, por ello se ha señalado que el testigo tiene un conocimiento histórico o pasado de los hechos⁷⁴⁴⁻⁷⁴⁵, en cambio el perito realiza una reflexión en torno a los hechos planteados y muchas veces mira hacia el futuro⁷⁴⁶.

Así, GUASP DELGADO ha señalado que “la verdadera diferencia entre testimonio y pericia no debe, pues, verse en la calidad de los sujetos que intervienen en una y otra (...). Ni tampoco en la calidad del objeto sobre que recae una y otra prueba (...). Ni tampoco cabe hallar la diferencia que se busca en la actividad que realizan el testigo y el perito (...). De todas estas direcciones únicamente cabe retener aquellas que reflejan la distinción esencial entre testigos y peritos y que aluden al modo de ponerse en relación cada uno de estos sujetos con el dato sobre

informe y son interrogados conforme establecen los artículos 337, 338 y 347”. QUERAL CARBONELL, Ana; RÍOS LÓPEZ, Yolanda: “Testigo interrogado. especial consideración del testigo-perito” en *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba* (Xavier Abel Lluch, Jona Picó I Junoy directores). Bosch Editores. 2008, p. 221.

“En los sistemas continentales, a diferencia de lo que sucede en los del *Common Law*, el testigo es una figura claramente diferenciada del perito. En este sentido, este último es una persona experta en un tema que informa acerca de una determinada cuestión técnica o científica, mientras que el testigo es un tercero ajeno a los hechos controvertidos que declara sobre los mismos porque los conoce de una u otra forma y de modo personal. Carnelutti hacía alusión a la importancia que revestía el hecho de distinguirlos estableciendo que el testigo solo relata, refiere, narra hechos; en tanto que el perito expresa juicios debido a algún conocimiento propio de su profesión y que el juzgador desconoce.” AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maité: Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil. “*Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*”, N° 1, año 1 (2012). pp. 338-345.

⁷³⁹ “(...) el objeto de la prueba pericial, claramente distinto al objeto de los demás medios probatorios, incluida la prueba de testigos, así como por la función que cumple uno y otros medios probatorios. La prueba pericial procura al juez las máximas de experiencia que este necesita para la valoración de lo que ha sido fijado por otros medios probatorios” CORTÉS DOMÍNGUEZ et al. Op. cit. p. 280.

⁷⁴⁰ “Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo para lo cual su experticia es un aporte y le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas. Es decir, el perito es alguien que comparece al juicio para aportar conocimiento experto (...)” DUCE JULIO (2014). Op. cit. p. 29.

⁷⁴¹ Ver también CHIOVENDA. Op. cit. p. 306.

⁷⁴² ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho civil y comercial*. 2° edición, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, Ediar. Soc. Anon Editores, 1958, p. 308 y RODRÍGUEZ PAPIC. Op. cit. p. 198.

⁷⁴³ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 380.

⁷⁴⁴ Se ha señalado que independiente de los conocimientos técnicos que el testigo pueda tener él aporta un conocimiento vivencial y preprocesal. RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María: “Independencia del perito y resguardo de su idoneidad técnica: perspectiva iberoamericana de la justicia civil” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 416.

⁷⁴⁵ “Por otra parte, el testigo -a diferencia, como veremos, del perito- no tiene como misión transmitir reglas generales fácticas o empíricas, “máximas de la experiencia”, sino efectuar declaraciones sobre hechos concretos o sobre particularidades o detalles históricos concretos, basadas siempre en la propia percepción, bien directa y ocular (*testes visu*), bien indirecta (por relato de otro, testigos presenciales o asimismo indirectos) (*testes de auditu*)” DE LA OLIVA et al. Op. cit. p. 153. La diferencia entre perito y testigo sería “(...) el que los hechos sean conocidos o no, por una particular relación histórica que falta al perito”. DÍAZ FUENTES. Op. cit. p. 239.

⁷⁴⁶ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN. Op. cit. p. 339.

que declaran, en cuanto que esta relación no es procesal en el caso del testigo y sí lo es en el caso del perito, ya que se verifica a consecuencia de un específico llamamiento judicial⁷⁴⁷.

En definitiva, y en relación a sus conocimientos y cómo estos se transmiten, se ha mencionado que la diferencia esencial entre la declaración que realiza un testigo y un perito es que el testigo ofrece la conclusión y la premisa menor del razonamiento, en cambio, el perito ofrece la conclusión y la premisa mayor⁷⁴⁸⁻⁷⁴⁹.

Es así como se ha estimado que el perito no suministra hechos que pueden confrontarse con lo señalado por las partes, sino que aporta al juez los instrumentos que este no posee para la valoración⁷⁵⁰. Esta idea, y que sería uno de los elementos diferenciadores de acuerdo a TARUFFO⁷⁵¹, es lo que permitiría señalar que el peritaje sería más un auxiliar del juez que un medio de prueba y, en dicho caso, la discusión que tenemos en esta investigación se desvía de su foco -pasaría a ser si el perito es realmente un medio de prueba o un auxiliar de la administración de justicia-. Luego, es cierto que el conocimiento que se adquiere mediante la prueba pericial es conocimiento de segunda mano, careciendo el juzgador del conocimiento que dicho experto le ofrece⁷⁵².

1.1.2. FUNGIBILIDAD

Uno de los criterios que más se repite para distinguir entre la prueba pericial y la testimonial y que se ha entendido como clave en este aspecto, es aquel que dice relación con la fungibilidad del perito versus la infungibilidad del testigo. ABEL LLUCH es claro en esto al mencionar que “la persona del perito es fungible, puesto que podrá emitir el dictamen pericial cualquier persona que posea los conocimientos especializados sobre la materia objeto de pericia; mientras que la persona del testigo es infungible, porque ha tenido conocimiento personal de los hechos controvertidos (art. 360 LEC)”⁷⁵³.

⁷⁴⁷ GUASP DELGADO (1998). Op. cit. p. 342. CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. pp. 35-36.

⁷⁴⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ et al. Op. cit. p. 280.

⁷⁴⁹ “Suele decirse que el perito, mecanismo clásico de introducción de conocimiento experto, aporta al proceso premisas mayores o máximas de la experiencia especializadas. Y aquí es donde entendemos que debe situarse el acento, porque el conocimiento científico no solo opera en la premisa mayor del silogismo judicial (la norma y la máxima de la experiencia): es parte esencial de la trama que articula la premisa menor (los hechos) PÉREZ GIL. Op. cit. p. 67, “es que el elemento nuevo que constituye la típica o específica aportación al proceso por parte del dictamen pericial son premisas mayores fácticas o máximas de la experiencia, ya se suministren aisladas o aplicadas a hechos concretos (premisas menores). En cambio, lo que de nuevo y verdaderamente propio proporciona el testigo son premisas menores (hechos históricos concretos), aunque para declarar sobre ellos tenga que subsumirlos en premisas mayores (las del lenguaje o algunas otras)” DE LA OLIVA SANTOS et al. Op. cit. p. 194.

⁷⁵⁰ FLORES PRADA (2006). Op. cit. p. 138.

⁷⁵¹ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 94.

⁷⁵² VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 46.

⁷⁵³ ABEL ALLUCH “Derecho probatorio” (2012). Op. cit. pp. 670-672.

El mismo autor agrega que los conocimientos que posee el perito son transferibles porque se basan en aspectos técnicos, científicos, artísticos o prácticos de ciertas personas que son especialistas en determinadas áreas del saber. En cambio, los conocimientos del testigo y, en consecuencia, su declaración, serían intransferibles porque están basados en un conocimiento personal -directo o indirecto- de los hechos. En otras palabras, si el perito se excusara en justa causa para no declarar puede ser sustituido, lo que no sería posible con el testigo. Por último, añade ABEL LLUCH, citando a STEIN que “(...) “mientras que el testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual y fungible de máximas de experiencia”⁷⁵⁴.

Esta fungibilidad, que se presenta como criterio, tendría directa relación con los conocimientos y forma de obtención de los mismos y sería trascendental en la etapa de conformación del material probatorio, porque al ser infungible el testigo no debiese excluirse el testigo por características personales y sí solo por el contenido de su declaración si es que esta no es relevante para el proceso, ya que los hechos sobre los que atestiguaría.

A modo de ejemplo, un caso en la legislación procesal civil chilena respecto a la interpretación de tres normas contenidas en su ley procesal civil, que se relacionan con la fungibilidad del perito y su posible exclusión junto con sus tipos de conocimientos que entrega. Así, el artículo 413 del CPC señala que: “Salvo acuerdo expreso de las partes, no podrán ser peritos: 1°. Los que sean inhábiles para declarar como testigos en el juicio; y 2°. Los que no tengan título profesional expedido por autoridad competente, si la ciencia o arte cuyo conocimiento se requiere está reglamentada por la ley y hay en el territorio jurisdiccional dos o más personas tituladas que puedan desempeñar el cargo”.

En relación a esta norma es necesario realizar dos precisiones. La primera es que se ha entendido que el fundamento de ella sería proteger la imparcialidad de este medio de prueba haciendo aplicable las inhabilidades de los testigos, en relación a que el artículo 417 del CPC señala que “el perito que acepte el cargo deberá declararlo así, jurando desempeñarlo con fidelidad” lo que se vincula con el artículo 358 N° 6 del mismo cuerpo legal, en relación a las inhabilidades de los testigos, que menciona como inhábiles “los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto”⁷⁵⁵.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*

En el mismo sentido se han pronunciado RAMOS MÉNDEZ. Op. cit. p. 719; DÍAZ FUENTES. Op. cit. p. 330; DE LA OLIVA SANTOS et al. Op. cit. p. 121; RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 46.

⁷⁵⁵ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso” en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 38, N° 2 (2011), p. 376.

La segunda precisión es mencionar que sería discutible el carácter excluyente de esta norma producto de lo que la doctrina ha estimado como fungibilidad de los peritos, a diferencia de los testigos⁷⁵⁶. Por ello, el hecho de que un determinado perito se encuentre en alguno de los supuestos de inhabilidades de los testigos, no implica *per se* que este medio de prueba será excluido, sino que deberá informar un perito no sujeto a dicha inhabilidad. En otras palabras, el conocimiento necesario para resolver el asunto igualmente será proporcionado al tribunal, solamente que de manos de otra persona/perito con igual conocimiento en la materia.

Lo mismo sucedería con el segundo numeral del artículo 413 CPC, ya que el no tener título profesional de acuerdo a la norma planteada no implica la exclusión del medio de prueba sino la necesidad de reemplazo del perito. Luego, la discusión que podría suscitarse es si, independiente del título profesional, hay una persona que solo con sus conocimientos técnicos tiene mayor experiencia en el tema a tratar que otro con una mayor cantidad de grados académicos -algo así como el especialista por oficio versus el especialista por profesión-.

Dentro de este criterio de distinción entre el testigo y el perito -la fungibilidad-, podría agregarse un criterio que se estudia por separado, pero que para el objeto de esta investigación no tiene mayor sentido hacerlo de esa manera porque no es relevante respecto a las críticas planteadas, que es aquel que menciona que el perito puede ser una persona física o jurídica, siendo que el testigo solo puede ser una persona natural.

1.1.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES

Como último de los puntos o criterios de distinción entre la prueba testimonial y la pericial nos encontramos con una diferencia que creemos es más bien formal o propia del procedimiento y de cada legislación, esta es aquella relacionada con los derechos y obligaciones que tienen el testigo y el perito.

De esta manera, y de forma general, porque como mencionamos el detalle dependerá de cada legislación, la gran distinción formal sería que el testigo tiene la obligación de declarar a diferencia del perito que puede rechazar el cargo⁷⁵⁷. Lo anterior, relacionado con el criterio recién esbozado sobre la fungibilidad del perito y además sobre el conocimiento que posee cada uno.

⁷⁵⁶ PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 374.

⁷⁵⁷ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 211.

Además, y junto con ello, encontramos dentro de los derechos que posee cada sujeto, el hecho de que el perito, a diferencia del testigo, actúa gratuitamente, siendo que el perito recibe honorarios por su trabajo dentro del proceso.

Por último, y esto sí que depende de la legislación que se analice, el testigo siempre debe contestar de forma oral, siendo obligación del perito solo si las partes lo piden⁷⁵⁸⁻⁷⁵⁹, para aclarar puntos de su informe. Insistimos que esto variará respecto al sistema procesal del país en análisis porque, por ejemplo, en el proceso civil chileno no se contempla la declaración del perito ni siquiera para aclarar ciertos puntos de su informe, solamente se agrega dicho informe al expediente. En cambio, el artículo 347 de la LEC sí contempla, a solicitud de la parte, la intervención de dicho perito en el juicio o en la vista.

Ahora, es necesario señalar que hay autores que han desarrollado en extenso la materia referida a las diferencias entre la prueba testimonial y la pericial, más específicamente entre el testigo y el perito -lo que demuestra el centralismo en el sujeto- agregando en esta materia y a las distinciones ya mencionadas, temas formales y procedimentales que se entremezclan entre sí, y que creemos que se hacen partícipes de las tres categorías ya esbozadas y, que en otros casos, solamente se refieren a la legislación puntual que se esté revisando⁷⁶⁰. Es por lo anterior

⁷⁵⁸ CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p. 108.

⁷⁵⁹ En un sentido similar, pero específicamente relacionado con la legislación española ABEL LLUCH señala que las diferencias serían:

Diferencias entre el perito y el testigo perito: “Las principales diferencias entre el perito y el testigo-perito son 2126: 1ª. Fungibilidad. El perito es sustituible por otro que posea los mismos conocimientos especializados, el testigo-perito es insustituible porque tuvo un conocimiento personal de los hechos. El testigo-perito posee un saber subjetivamente infungible -tercero conocedor de hechos pasados con relevancia procesal- y objetivamente fungible -su conocimiento científico, técnico, artístico o práctico lo puede poseer cualquier otro técnico de la misma rama del saber humano-. 2ª. Relación histórica con los hechos. El criterio diferencial entre el testigo-perito y el perito radica “en la forma de ponerse en relación con los hechos enjuiciados, de modo histórico (testigo) o por la circunstancia de ser requerido para valorar un hecho con trascendencia para un eventual proceso sin previo conocimiento (perito)” (SAP A Coruña, 31 de mayo de 2006) 2127. 3ª. Llamada al proceso y proposición. El perito es llamado al proceso por sus conocimientos especializados, el testigo-perito por haber presenciado los hechos. El perito recibe un encargo -de la parte o del juez- para que realice un trabajo de investigación sobre unos hechos normalmente presentes. El testigo es propuesto por las partes para que declare sobre unos hechos pasados. 4ª. Deber, forma y modo de declaración. El perito puede no aceptar el cargo, mientras el testigo-perito tiene el deber de declarar. El perito emite dictamen escrito, con anterioridad al periodo de práctica de prueba (art. 346 LEC). El testigo-perito presta su declaración oral en el período de práctica de prueba (art. 370.4 LEC). El perito somete su dictamen a contradicción de los Letrados, pudiendo recibir incluso la crítica de otro perito. El testigo-perito se somete al interrogatorio de los Letrados, debiendo responder sus preguntas conforme a los requisitos del interrogatorio de testigos. 5ª. Juramento y objetividad. El perito debe prestar juramento de decir verdad y actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art.335.2 LEC), mientras el testigo-perito solo tiene que prestar juramento o promesa de decir verdad (art. 365 LEC). 6ª. Garantías de imparcialidad. La parcialidad del perito se protege a través de la recusación -si es designado judicialmente- (arts. 343.1 y 124.1 LEC) o la tacha (art. 343.1 LEC) -si es designado a instancia de parte-; mientras la parcialidad del testigo-perito solo se pone de manifiesto mediante la tacha (art. 370.4, II LEC). 7ª. Remuneración. El perito recibe unos honorarios por la emisión del dictamen pericial (art. 342.3 LEC), mientras el testigo-perito puede percibir una indemnización por los gastos y perjuicio derivados de su declaración (art. 375 LEC y SAP León, 4 de junio 20092128).” ABEL LLUCH. “Derecho probatorio” (2012). Op. cit. pp. 675-676.

⁷⁶⁰ “Fungibilidad. La persona del perito es fungible, puesto que podrá emitir el dictamen pericial cualquier persona que posea los conocimientos especializados sobre la materia objeto de pericia; mientras que la persona del testigo es infungible, porque ha tenido conocimiento personal de los hechos controvertidos (art. 360 LEC). Como afirma STEIN “mientras que el testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual y fungible de máximas de experiencia”. Los conocimientos del perito son transferibles, pues pueden poseer conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos las personas especializadas en una misma rama del saber,

que, para efectos de esta tesis, solo creímos relevante profundizar en los tres criterios utilizados y si quisiéramos ser más específicos aun, para la revisión que planteamos, solo podríamos bastarnos los dos primeros ya que al argumentar que la prueba testimonial y la pericial son testimonios, la gran distinción respecto a la naturaleza jurídica sería el grado de conocimientos o el tipo de especialidad.

1.2. LA DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES: QUIEN LO REALIZA Y EL CONOCIMIENTO QUE POSEE.

Al inicio de este capítulo esbozamos ciertas definiciones de lo que en esta investigación entenderemos como declaración de las partes, agregaremos a dichos conceptos que las ideas de

mientras que la percepción de los hechos y la declaración del testigo es siempre intransferible, porque tuvo un conocimiento personal -directo o indirecto- de los hechos. Si el perito designado judicialmente aduce justa causa que le impide la aceptación, y el tribunal la estima, es sustituido por el siguiente de la lista y así sucesivamente (art.342.2 LEC); mientras no existe previsión legal de sustitución del testigo. 2ª. Relación con los hechos. La relación del perito con los hechos se origina en virtud de un encargo -de la parte o del juez- sin que previamente haya tenido conocimiento histórico de los hechos; mientras que la manifestación del testigo viene determinada por su relación histórica con los hechos. Se ha armado acertadamente que “el testigo declara sobre un hecho pasado, el perito emite su dictamen sobre un hecho presente. Otras personas [en referencia a las partes y a los testigos] son llamadas al proceso porque conocen, el perito para que conozca”. 3ª. Condición. El perito puede ser una persona física o jurídica, pues se admite la llamada pericia corporativa, a cargo de academias e instituciones culturales y científicas (art. 340.2 LEC); mientras el testigo solo puede ser una persona física. El interrogatorio de las personas públicas, carente de regulación en la pretérita LEC de 1881, e introducido ex novo por la LEC (art. 381), se trata en realidad de una prueba de informes singularizada, erróneamente ubicada en sede del interrogatorio de testigos. 4ª. Capacidad y legitimación. La capacidad del perito implica unos conocimientos técnicos; mientras que la capacidad del testigo no implica tales conocimientos, a salvo la figura del testigo-perito (art. 370.4 LEC). La legitimación del perito deriva de la aceptación del cargo, mientras que la del testigo se deriva de su proposición por las partes. 5ª. Deber, forma y modo de la declaración. El perito puede no aceptar el cargo, mientras que el testigo tiene el deber de declarar. La declaración del perito se plasma en un dictamen escrito (art. 346 LEC), mientras que el testigo declarará oralmente a partir de un interrogatorio de las partes (art. 370 LEC). El perito aporta un juicio técnico sobre los hechos objeto de prueba, mientras el testigo aporta su percepción subjetiva de los hechos. Como se ha dicho acertadamente “la declaración del testigo es simplemente reconstructiva y representativa, la del perito es fundamentalmente conceptual y deductiva” 2115. De ahí que el testigo se limite a comparecer y declarar, mientras que el perito tenga que realizar una labor de investigación técnica. 6ª. Juramento y objetividad. El perito debe prestar juramento de decir verdad y actuar con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que puede favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes (art. 335.2 LEC); mientras que el testigo solo tiene que prestar juramento o promesa de decir verdad (art. 365.1 LEC). 7ª. Razón de la ciencia. A diferencia del testigo que tiene que dar razón de su ciencia (arts. 373.3 y 376 LEC), esto es “la expresión del cómo, cuándo y dónde percibió lo que se declara” (SAP Tarragona, 16 de enero de 20062116), siendo este uno de los parámetros legales para la valoración de la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LEC), la razón de la ciencia del perito está implícita en su capacidad técnica, sin que aparezca expresis verbis como parámetro legal de valoración (art. 346 LEC). 8ª. Garantías de la imparcialidad. La parcialidad del perito designado judicialmente se pone de manifiesto mediante la recusación (arts. 343.1 y 124 LEC) y la abstención (art. 105 LEC) y la del perito de parte mediante la tacha (art. 343.1 LEC); mientras que la parcialidad del testigo solo se puede poner de manifiesto mediante la tacha (art. 377 LEC). La recusación del perito da lugar a su sustitución; mientras la tacha del testigo no le inhabilita para declarar. Todo perito -sea de parte o de designación judicial- tiene el deber del juramento o promesa de decir verdad y actuar con objetividad (art. 335.2 LEC). 9ª. Retribución. El perito percibe unos honorarios por la emisión del dictamen pericial, pudiendo incluso solicitar una provisión de fondos con carácter previo a su emisión (art. 343.2 LEC), a modo de anticipo a cuenta de la liquidación final; mientras que el testigo tan solo tiene derecho a una indemnización por los gastos y perjuicios derivados de la comparecencia a declarar (art. 375 LEC), una vez prestada declaración. 10ª. Responsabilidad. El perito puede incurrir en responsabilidad civil por daños y perjuicios, en responsabilidad penal por falso testimonio (arts. 459 y 460 CP) y en responsabilidad disciplinaria, exigible por el tribunal (arts. 193 y 194 LOPJ) y por el colegio profesional; el testigo puede incurrir en responsabilidad penal por falso testimonio (art. 459 CP) y en responsabilidad disciplinaria por el tribunal (arts. 193 y 194 LOPJ).” ABEL LLUCH “Derecho probatorio” (2012). Op. cit. pp. 670-672. PALOMO VÉLEZ et al. Op. cit. p. 374 también se refiere a la idea de fungibilidad en p. 374.

declaración de las partes y de interrogatorio de las partes se han utilizado indistintamente, especialmente a partir de la LEC. Luego, esta última idea, la de interrogatorio de las partes, es la que se refiere a la esencia de este medio de prueba, la cual sería obtener la declaración de las partes sobre ciertos datos procesales⁷⁶¹. En este sentido, ABEL LLUCH señala que “el “interrogatorio de las partes” alude tanto a uno de los sujetos de la prueba (en este caso, a la fuente de prueba que representa la parte interrogada) cuanto al cauce de su declaración (esto es, el medio de prueba que constituye el interrogatorio)”⁷⁶², o sea, sin quizás quererlo nos lleva a distinguir de forma indirecta los dos elementos al que nos referimos en los conceptos amplios de testimonio: el sujeto y su declaración.

En otras palabras “el interrogatorio de la parte en la LEC de 2000 es un medio de prueba y consiste en la declaración que presta una parte (y en algún caso un tercero), sin juramento alguno, a petición de otra parte, sobre hechos y circunstancias de los que aquella tenga noticia y que guarden relación con el objeto del proceso (art. 301.1)”⁷⁶³⁻⁷⁶⁴. En esta definición también observamos la distinción entre los elementos, a lo que se suma una idea más

⁷⁶¹ GUASP DELGADO (1944). Op. cit. p. 52.

⁷⁶² ABEL LLUCH. “Derecho Probatorio” (2012). Op. cit. p. 533.

⁷⁶³ GÓMEZ COLOMER, et al. (2019). Op. cit. p. 250.

⁷⁶⁴ En igual sentido, el mismo autor especifica que “El interrogatorio es la declaración que efectúan las partes, o los terceros en los casos que veremos (lo que implica entre otras cosas que la denominación de la prueba no sea muy precisa), sobre hechos y circunstancias de los que se tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio (art. 301.1). Además de esa relación, y aunque no lo diga expresamente la LEC, los hechos tienen que ser relevantes. Ello, porque utilizando esta prueba, una de las partes quiere convencer al órgano jurisdiccional de la existencia o inexistencia de ese hecho.” GÓMEZ COLOMER, et al. (2019). Op. cit. p. 250.

Martín lo ha definido como puede ser un interrogatorio de partes o de ciertos terceros tendiente a convencer al órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de hechos o de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio. MARTÍN PASTOR, José: *Derecho procesal civil*. (con ORTELLS RAMOS, Manuel y otros). 10ª edición, Madrid, España, Editorial Aranzandi, 2010, p. 387.

“Podemos definir el interrogatorio de las partes como una declaración oral que efectúan las partes -o, en su caso, un tercero en los supuestos legalmente previstos (art. 301.2, 308, I y 309.2 LEC)- “sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio” (art. 301.1 LEC)”. ABEL LLUCH, “Derecho Probatorio” (2012) Op. cit. p. 537.

“Es claro, pues, que el legislador ha conformado el interrogatorio de las partes como un instrumento probatorio más, exclusivamente encaminado a reconstruir la pequeña historia del proceso, a esclarecer la verdad o falsedad de los hechos debatidos, y no como un medio destinado a la mera fijación formal de estos (con independencia de su realidad histórica) ni a ser un mecanismo procesal para que las partes negocien o dispongan de sus derechos” JIMÉNEZ CONDE. Op. cit. p. 50.

El interrogatorio de partes “es la declaración de las partes o de terceros, sobre hechos y circunstancias de las que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio”. ARMENTA DEU. Op. cit. p. 199.

“Podemos definir el interrogatorio de partes como aquel medio de prueba por el que, mediante la declaración, generalmente, pero no siempre, de una de las partes, a las preguntas de la proponente, se quiere lograr el convencimiento del juez sobre los hechos controvertidos.” TORRES PINDADO, David: “Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte” en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó I Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2006.

“Aquel medio de prueba consistente en la declaración en presencia judicial de las partes (o excepcionalmente de terceros representándolas) sobre hechos y circunstancias controvertidos y que tengan relación con el objeto del juicio, a cuyo resultado se aplican reglas especiales de valoración en atención a la directa relación de la parte con las pretensiones deducidas en el pleito”. FIDALGO GALLARDO, Carlos: “Interrogatorio de las partes” en *La prueba. La prueba en el proceso civil* (directora María Isabel González Cano), Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017, p. 212, “declaración en la fase procesal probatoria de alguna de las partes procesales, que se efectúa a preguntas de la parte contraria o de un litisconsorte integrante de la misma posición procesal, y que recae sobre hechos, personales o no, que tena relación con el pleito, con el fin de reconocer o negar su existencia, reconocimiento o negativa que serán valorados por el órgano judicial, bien de forma legal o tasada, o bien conforme a las reglas de la sana crítica, según concurren o no determinadas condiciones y requisitos (...)” GARBERÍ LLOBREGAT. Op. cit. p. 346.

completa de declaración de las partes al incluir, como ya dijimos creemos correcto, no solo hechos personales y perjudiciales sino sobre todos aquellos de los que se tenga noticia.

Así las cosas, queremos partir mencionando que, cuando nos refiramos al concepto de declaración de parte durante el curso de esta investigación, lo haremos de acuerdo a la definición amplia que esbozamos, es decir, como aquella declaración que realiza una de las partes sobre hechos relevantes en el proceso. Utilizando este concepto, dejamos de lado, en primer término, la idea de que solo es posible que las partes declaren sobre hechos personales y perjudiciales ya que, en general, son las partes quienes mejor conocen los hechos del litigio, y aunque podrían buscar manipular, distorsionar u ocultar la verdad, este es un problema que debe resolver el juzgador y que deberá manejar con sumo cuidado, ya que finalmente lo que es relevante es el conocimiento que se tenga y que sea útil para descubrir la verdad⁷⁶⁵.

En segundo lugar, también para esta investigación, aclaramos que no creemos importante, dentro de un concepto amplio de la declaración de partes, que deba incluirse la idea de que son necesarias reglas especiales de valoración por la relación de las partes con el proceso. Como revisaremos más adelante, las partes deberían prestar declaración como cualquier sujeto que tiene información relevante sobre los hechos del juicio.

En tercer término, la terminología de declaración de partes la entendemos también utilizada para el interrogatorio de partes que señala la legislación procesal civil española, ya que, desde nuestro punto de vista, son dos caras de la misma moneda, donde la esencia siempre es la ya esbozada de que las partes declaran sobre hechos relevantes. La única consideración serían las excepciones que revisaremos en torno a qué terceros pueden declarar bajo este medio de prueba, de acuerdo al legislador español.

Realizadas las aclaraciones precedentes, es preciso señalar que, en el caso de la comparación entre la prueba testimonial y la declaración de las partes, no existe una enumeración tan minuciosa como la revisada respecto a la prueba pericial y la testimonial. Esto se debe porque, a nuestro modo de ver, el hecho de que tanto el perito como el testigo fueran terceros, generó la necesidad de una distinción más detallada y basada principalmente en formalidades y tipo de conocimiento. En cambio, con la declaración de partes el criterio diferenciador principal sería el sujeto protagonista de este medio de prueba, de lo que se deriva el tipo de conocimiento que posee y el supuesto interés que la parte tendría.

Lo antes dicho queda reflejado en GUASP DELGADO, quien menciona que “la confesión se distingue del testimonio en el hecho fundamental de que quien presta aquella es una parte, mientras que el testigo es un tercero. (...) De la pericia se diferencia el testimonio en la circunstancia, también fundamental, de que aquella recae sobre datos procesales y este sobre

⁷⁶⁵ TARUFFO (2008). Op. cit. p. 67.

datos extraprocerales en el momento de su aprehensión por el sujeto que luego declara sobre ellos⁷⁶⁶.

Entonces, respecto a la declaración de partes, y su cariz de prueba confesional, se ha señalado que “el testigo, por definición, no puede ser ni quien es parte ni quien a la parte represente, con cualquier tipo de representación procesal⁷⁶⁷⁻⁷⁶⁸⁻⁷⁶⁹. De esta manera, el elemento fundamental de ser testigo es que procesalmente es un tercero y por ello dentro de un proceso judicial no son terceros el juez, ni las partes ni sus representantes, existiendo un tratamiento distinto entre quienes declaran como partes y quienes como testigos⁷⁷⁰.

Así, la diferencia viene dada por la posición que el sujeto tiene en el proceso, ya que si bien los terceros pueden emitir también declaraciones probatorias, no son instrumentos de prueba de declaración de las partes ni específicamente de confesión, sino de otra clase distinta de prueba personal. Este elemento puede descomponerse en dos tesis distintas, que no son más que el anverso y reverso de un mismo principio: la primera, que establece que la confesión debe proceder de las partes, y la segunda, que prescribe que la confesión no puede proceder de un tercero⁷⁷¹.

En el párrafo anterior, situamos la comparación con la confesión que es, a nuestro juicio, una especie de declaración de partes que históricamente se ha restringido a los hechos personales y perjudiciales que una parte declara. De todas maneras, la idea que se establece para la confesión, respecto al sujeto que la emite, también es extensible a la declaración de las partes como medio de prueba más general que dicha confesión.

Como hemos venido señalando respecto a la prueba pericial y la testimonial, al ser los dos sujetos que participan entendidos como terceros al proceso, sus diferencias se han centrado en aspectos formales y de tipo de conocimientos; en cambio, respecto a la declaración de partes el elemento fundamental es que no pueden ser terceros quienes declaren bajo la modalidad de dicho medio de prueba.

No obstante lo anterior, y si bien en este criterio diferenciador hemos podido observar el centralismo del sujeto, lo fundamental acá y que es consecuencia de ello es el tipo de

⁷⁶⁶ GUASP DELGADO (1998). Op. cit. p. 341.

⁷⁶⁷ DE LA OLIVA SANTOS et al. Op. cit. p. 152.

⁷⁶⁸ “Finalmente, el testigo es siempre un tercero -nullus testis in re sua-. Aquí no hay duda ni matiz. El testigo no puede ser parte, ni juez, ni representante procesal de la parte”. FLORES PRADA (2006) Op. cit. p. 492.

“El testimonio tiene, pues, en primer término, que proceder de un tercero” GUASP DELGADO (1998). Op. cit. p. 337, igual idea RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 33 y DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 29.

⁷⁶⁹ KIELMANOVICH, agrega como elemento diferenciador no solo el sujeto sino que al mismo le debe perjudicar los hechos y ahí entonces se acerca a la idea de confesión más restringida que declaración de partes: Buena parte de la doctrina suele reservar la denominación de testimonio para la declaración proveniente de terceros, y confesión para la emanada de las partes, lo cual, dicho sea de paso, no es exacto, pues no siempre que una parte realiza una declaración, confiesa un hecho, pues para ello el mismo debería de serle perjudicial o por lo menos favorable para su contraria”. KIELMANOVICH. Op. cit. p. 33.

⁷⁷⁰ CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. pp. 34 y 77.

⁷⁷¹ GUASP DELGADO (1998). Op. cit. p. 320.

conocimiento que se tiene como elemento distintivo entre uno y otro medio de prueba. Luego, tanto el testigo como la parte declararán sobre hechos, sin embargo las partes, bajo la idea de la confesión, declararían, para algunos, solamente sobre hechos que son solamente personales y le son perjudiciales⁷⁷². Ergo, el declarante tendría un interés que supuestamente no tendría el tercero.

El interés que se tendría se ha llegado a decir que es directísimo en el resultado del pleito por lo que la parte supuestamente estaría tentada a ocultar cualquier información que le sea útil a la contraparte⁷⁷³. Por esta razón, no se le podría exigir que presten juramento o promesa, aunque sí tendrían la carga de responder⁷⁷⁴, siendo entonces la valoración probatoria de este medio de prueba otro supuesto elemento diferenciador⁷⁷⁵.

De esta forma, se ha señalado que “el punto definitorio y que distingue al interrogatorio de parte de otras pruebas con un objeto y dinámica similar como la testifical (pues efectivamente ambas se articulan mediante la formulación de preguntas a personas naturales, para que den razón de su conocimiento personal sobre hechos controvertidos y relevantes para el litigio) son las específicas normas de valoración que se establecen para el interrogatorio y que, sin perjuicio de la valoración libre y según las reglas de la sana crítica de la prueba en su conjunto, deben ser aplicadas por el juzgador a la hora de formar su convicción”⁷⁷⁶.

Cabe agregar que si bien en el caso de la prueba pericial, el sistema de valoración de la prueba que rige, tanto en Chile como España, es el de la sana crítica -que demás está decir es el sistema general en la legislación procesal civil española-; en la legislación procesal civil chilena, en materia de la declaración de las partes, se sigue un sistema de prueba legal o tasada, y en el caso de la prueba testimonial hay una especie de prueba legal o tasada entremezclada con atisbos de libertad probatoria.

Ahora, tanto en España como en Chile -debiendo señalarse que en Chile solo se regula la confesión-, cuando una parte declara sobre hechos personales que la perjudican, quien determina los resultados de dicha valoración es el legislador, quien ha establecido también consecuencias para sus respuestas evasivas o inconcluyentes⁷⁷⁷. Específicamente en el caso español, ABEL LLUCH es claro al señalar que la LEC conserva el valor tasado del interrogatorio de partes sujeto a ciertas exigencias. Así, la declaración debe ser enteramente perjudicial al

⁷⁷² DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 142.

⁷⁷³ FIDALGO GALLARDO. Op. cit. p. 214.

⁷⁷⁴ JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*. Madrid, España, 2007, Editorial Civitas, p. 137.

⁷⁷⁵ LESSONA, Carlo: *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Madrid, España, Instituto Editorial REUS, 1957, p. 386.

⁷⁷⁶ FIDALGO GALLARDO. Op. cit. p. 258.

⁷⁷⁷ CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p. 77.

confesante y debe haber intervenido personalmente en los hechos, a lo que se suma que debe valorarse en concordancia con todos los medios de prueba aportados al proceso⁷⁷⁸.

Ahora, y para efectos de este trabajo, decidimos centrarnos en solo uno de los criterios que se estiman diferenciadores entre la prueba testimonial y la declaración de las partes, pero del cual, como pudimos observar, se derivan tres más. No quisimos dividirlos en su análisis porque como pudo observarse estos se encuentran entrelazados, cuales son: sujeto, tipo de conocimiento, interés y sistema de valoración.

Así, si bien se ha tomado en consideración como el gran elemento distintivo entre estos dos medios de prueba el quién realiza la declaración -siguiendo con el centralismo en el sujeto-, siendo entonces supuestamente determinante si es la parte o un tercero poder especificar a qué medio de prueba nos referimos, esto sería así por diversas razones. La primera de ellas, y nuevamente por el centralismo en el sujeto esbozado, porque lo que la parte declare va a estar supuestamente entrecruzado por el interés que esta tendría en un cierto resultado del juicio y eso haría temer sobre su credibilidad.

En segundo lugar, lo señalado se incrementaría si se sigue la idea de que si es la parte la que declara solo puede hacerlo sobre hechos personales y perjudiciales y no sobre cualquier hecho de que tenga conocimiento y pueda ser útil para la decisión del asunto, independiente de que se trate de hechos no personales.

En tercer lugar, todo este entramado justificaría el último elemento de distinción, que sería el sistema de valoración de la prueba que se utilice, porque si una parte declara sobre hechos personales y perjudiciales y responde de forma evasiva o con una negativa injustificada se apercibiría a dicho declarante y se tendría consecuencias perjudiciales para él.

1.3. DISTINCIÓN ESPECIAL ENTRE EL TESTIGO Y EL TESTIGO-PERITO

Dentro de los elementos disímiles entre los tres medios de prueba que estamos revisando, surgió en el análisis una figura especial que se ha introducido en el sistema español con mayor énfasis y solo en el sistema procesal penal chileno de esta misma manera, pero que podemos encontrar circunstancialmente en cualquier tipo de proceso, esta es la figura del testigo-perito. En los sistemas comparados que se ha desarrollado, su estudio ha estado centrado dentro de las distinciones entre el perito y el testigo. Ahora, por temas de orden y por el objeto de la presente investigación, preferimos revisarlo en un apartado diverso.

⁷⁷⁸ ABEL LLUCH. "Derecho probatorio" (2012). Op. cit. p. 568.

Ante la necesidad de conceptualizar al testigo-perito, lo haremos desde la perspectiva española en el ámbito civil, en este sentido se ha dicho que es una especie de mixtura o figura híbrida entre el testigo y el perito porque posee conocimientos propios de un testigo, pero también de un perito, preponderando los primeros ya que este sujeto ha sido llamado a declarar porque percibió hechos y no por los conocimientos especiales que posee⁷⁷⁹.

Siguiendo la idea anterior, CHOZAS ALONSO lo ha definido como un testigo cualificado por sus conocimientos, cuya aproximación al proceso es a través de un interrogatorio oral. Señala el autor que la naturaleza jurídica testifical es *sui generis* porque el declarante puede complementar su declaración con conocimientos científicos que el simple testigo no posee⁷⁸⁰.

Como mencionamos, en Chile no existe la figura del testigo-perito, también señalado por otros como testigo-experto, sin embargo, DUCE JULIO igualmente lo conceptualiza de forma muy similar a lo ya señalado, pero respecto al proceso penal que es en la única materia en que se ha tratado más en específico. Así, “un testigo experto es un testigo que, sin ser ofrecido como perito -porque tomó conocimiento del hecho en forma espontánea, es decir, como cualquier testigo lo haría-, tiene, sin embargo, un conocimiento de cierta especialización en una determinada materia que es relevante para un punto sobre el que prestará declaración. Sin ser exactamente un perito ofrecido como tal, mientras más *expertise* prueben las circunstancias concretas del testigo, más admisibles (relevantes) se tornan las opiniones o conclusiones de ese testigo en el área de la experticia”⁷⁸¹.

De esta manera podemos observar que la caracterización de esta figura estaría dada por dos elementos que se deben revisar de manera separada. El primero de ellos dice relación con su naturaleza, es decir si es un testigo o un perito; y la segunda viene por los conocimientos que este sujeto posee⁷⁸², incluyéndose, sin embargo, elementos formales en el concepto -como el interrogatorio oral-.

Si bien la definición misma de testigo-perito ha permitido demostrar que prima la idea de testigo sobre la del perito, al momento de especificar cuál sería su naturaleza jurídica la doctrina en general está de acuerdo con que tiene la naturaleza jurídica de testigo⁷⁸³, en razón de

⁷⁷⁹ CHOZAS ALONSO (2010). Op. cit. p. 109.

⁷⁸⁰ ABEL LLUCH. “Derecho probatorio” (2012). Op. cit. p. 675.

⁷⁸¹ DUCE JULIO (2014). Op. cit. p. 31.

⁷⁸² Así, “(...) la concepción del testigo perito es una especie de mixtura, se lo comprende como un testigo que presenció los hechos y que también tiene conocimientos profundos sobre un tema relacionado; la ley, en ocasiones, le permite usar esos conocimientos cuando declara como testigo en el proceso. Por último, cuando se habla de testigo experto se hace referencia a un experto contratado, pagado y dirigido por las partes con la finalidad de que obre como testigo” RAMÍREZ CARVAJAL. Op. cit. p. 416.

⁷⁸³ PÉREZ GIL menciona que “tiene indiscutiblemente naturaleza testifical”. PÉREZ GIL. Op. cit. p. 54.

que el llamado que se le ha realizado de participar en el proceso es porque percibió ciertos hechos, es decir, tiene un conocimiento natural e histórico de los mismos⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵.

En otras palabras, el testigo-perito, declara sobre hechos que conoció por su percepción común, además de que se caracteriza por su carácter infungible o no sustituible, pues es la persona que ha percibido el hecho -recordemos que este fue uno de los criterios clave para distinguir al testigo del perito en el apartado anterior-. La peculiaridad es que antes de que sucedan los hechos, este testigo posee conocimientos científicos, técnicos, prácticos o artísticos que le permiten interpretar la realidad de lo que percibió⁷⁸⁶.

Un segundo aspecto dentro de las definiciones del testigo-perito es aquel relacionado con los conocimientos que posee, el cual sería el elemento diferenciador que tendría este tipo de testigo con la figura general de prueba testimonial. Así, el testigo-perito si bien conoció los hechos de forma espontánea, posee ciertos conocimientos especializados que permiten que, respecto a ciertos hechos, él pueda tener una percepción más precisa de los hechos y efectuar ciertas agregaciones fruto de su ciencia o arte⁷⁸⁷; sin embargo, respecto a los hechos que percibió, pero que no son parte de sus conocimientos especializados, este depondrá sobre lo que percibió, sin agregar a las respuestas aspectos propios de su ciencia o arte. Por lo tanto, no se altera la naturaleza de testigo⁷⁸⁸, aunque en estos casos podemos volver a la discusión, que anunciamos en el capítulo segundo, sobre si el testigo solo puede declarar sobre hechos que percibió con alguno de sus sentidos o también puede verter opiniones sobre los mismos.

⁷⁸⁴ QUINTANA FERREIRA, Francisco: “La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo-perito” en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). España, 2008, Bosch Procesal, p. 12. En el mismo sentido FLORES PRADA. Op. cit. p. 517: “Entre las novedades que introduce la LEC en el ámbito de la prueba testifical cabe subrayar la regulación específica del testigo-perito, una figura bien conocida en la práctica y en algunos ordenamientos continentales que, sin embargo, no había sido contemplada por la LEC/1881. El testigo-perito es una figura híbrida, a caballo entre la prueba testifical y la pericial (STEIN), cuya intervención en el proceso viene determinada primeramente por su condición de testigo, en quien, además y circunstancialmente, concurren conocimientos especializados cuya aportación puede resultar de utilidad en el esclarecimiento de los hechos objeto del proceso” o RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p. 46, “no se incorpora esta fuente de prueba a través de un medio de prueba distinto de aquellos, sino que sería posible aportarla por el cauce del interrogatorio de testigos o del dictamen de perito”.

⁷⁸⁵ Se ha señalado incluso que: “En la actualidad, todos aquellos supuestos en que la parte proponga en la Audiencia Previa la declaración como testigo-perito, a quien no ostenta realmente la condición de testigo -por no haber tenido conocimiento histórico y natural de los hechos- sino la de perito -mediando un encargo de parte, analiza el objeto de la pericia y aplica las máximas de experiencia-, habrá que rechazar esa prueba por haberse realizado la proposición en fraude de ley.” QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 13.

⁷⁸⁶ QUERAL CARBONELL, Ana; RÍOS LÓPEZ, Yolanda: “Testigo interrogado. especial consideración del testigo-perito” en *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó I Junoy). Barcelona, España, 2008. Bosch Editores, p. 219. Misma idea: “Estamos aquí en presencia de una prueba testifical, y por tanto el declarante aporta al proceso unos hechos, que conoce o cree conocer, bien por haberlos aprehendido a través de sus sentidos, bien por haber recibido noticia de ellos, en caso del testigo de referencia. Pero en este caso el testigo tiene, no solo el conocimiento de los hechos que corresponde a cualquier persona, en cuanto los percibe sensorialmente y elabora unas reflexiones de estas percepciones conforme a máximas comunes de experiencia, sino que esa elaboración sobre el hecho viene dada por un conjunto de conocimientos técnicos o científicos que posee”. ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: “Valoración de la prueba pericial” en *La prueba pericial en el proceso civil* (directores Pilar Ledesma Ibáñez, Fernando Zubiri de Salinas). “Colección Cuadernos de Derecho Judicial”, XII-2006. Madrid, España, p. 247.

⁷⁸⁷ QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 14.

⁷⁸⁸ *Ibíd.* p. 15.

Resultaría, a lo menos, extraño que una persona con un cierto grado de conocimiento mayor o más especializado respecto a ciertos hechos percibidos no incluyera en su declaración algún tipo de opinión o precisión en ese sentido, distanciándose en cierta medida de lo netamente percibido.

Lo anteriormente mencionado se condeciría con el mérito adicional que tendría entonces este testigo-perito respecto al testigo común, el cual sería que sus conocimientos especiales le van a permitir una apreciación de detalles o realización de precisiones que el ciudadano común no hubiera captado o entendido⁷⁸⁹. Ahora, de todas formas seguiría siendo un testigo⁷⁹⁰ al haber entrado en relación directa, histórica y natural con los hechos y en ningún caso su relación con los hechos derivarse de encargo alguno, sea de parte o del tribunal⁷⁹¹, esto último incluso haría ligarse con un criterio nuevo de distinción entre el testigo y el perito y que creemos es un mero tema formal, cual es quién efectuó el encargo o cuál es el origen del medio de prueba, lo que no influye, a nuestro parecer, de la naturaleza jurídica de este.

Incluso, estos conocimientos especiales que tendría este testigo han producido para algunos que a esta declaración habría que otorgarle un peso mayor que la del testigo común⁷⁹², aunque sí será preciso que el tribunal al momento de tomar una decisión se pronuncie “(...) admitiendo las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”⁷⁹³. Respecto a este punto, nosotros no estamos de acuerdo porque no creemos en la jerarquización de los medios de prueba, sino que entendemos que estos solo deben mirarse como distintos tipos de antecedentes o información que se allega al proceso -con las formalidades respectivas de cada legislación si se quiere-, y que permitirán en su conjunto que el juzgador tome una mejor decisión dentro del proceso, ya que aunque seamos reiterativos, si contamos con más elementos probatorios esta decisión no solamente será mejor sino más justa y acorde con lo sucedido.

En los párrafos anteriores pudimos revisar las distinciones que supuestamente presentarían el testigo y el testigo-perito. Luego, hay otros autores que realizan el mismo ejercicio de distinción, pero entre el testigo-perito y el perito, como es el caso del profesor PICÓ I JUNOY quien menciona que, dentro de lo más relevante estaría lo siguiente: (i) el perito es llamado al juicio por sus conocimientos especializados y el testigo-perito por su percepción de los hechos; (ii) que, previamente al dictamen, el perito no tiene conocimiento sobre los hechos, diferente al testigo-perito que los conoce por haberlos presenciado, es así como la capacidad

⁷⁸⁹ DÍAZ FUENTES. Op. cit. p. 330.

⁷⁹⁰ ABEL LLUCH, “Estudio doctrinal. El interrogatorio de testigos” (2008). Op. cit. p. 50.

⁷⁹¹ ABEL LLUCH (2020). Op. cit. p. 26. Igual sentido, Picó i Junoy (2019). Op. cit. p. 842, que agrega que en todo caso no es un mero testigo de referencia.

⁷⁹² QUINTANA FERREIRA. Op. cit. p. 16.

⁷⁹³ ARMENTA DEU. Op. cit. p. 211.

para intervenir en el proceso de este último no viene determinada por sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos; (iii) que, el perito, como señalamos, es fungible, sin embargo, el testigo-perito es infungible por los mismos motivos que el testigo; (iv) respecto a temas formales, el perito actúa en el proceso de forma voluntaria, de forma escrita a través de un dictamen y este es realizado de forma previa al juicio, en cambio, el testigo-perito tiene la obligación de intervenir en juicio de forma oral en el acto del juicio; y por último (v) en el caso español, el perito se remite a las reglas de dicho medio de prueba y su imparcialidad se protege por las tachas y la recusación; el testigo-perito se rige por las normas de la prueba testimonial y su imparcialidad, está cautelada por las tachas⁷⁹⁴.

Así, de lo revisado en el párrafo precedente, es posible señalar que realmente las diferencias que se han suscitado entre el testigo y el perito, no presentan una gran distinción con las del testigo-perito. Solo es posible observar ciertos aspectos en torno a las formalidades de uno y otro⁷⁹⁵ y a la forma de obtención de conocimiento del hecho versus el conocimiento especializado que se posee.

Ahora, si revisamos con detención, podemos concluir que independiente de los conocimientos específicos que posee el testigo-perito que lo diferenciarían en un primer momento del testigo, la doctrina está conteste en que se trataría de un testigo. Esta aproximación al testigo-perito nos permite realizar un primer esbozo respecto a que finalmente si el testigo-perito es un testigo, independiente de sus conocimientos especializados, no obsta señalar que el perito a secas y el testigo comparten la naturaleza jurídica de testimonios, solo diferenciándose en los grados de conocimiento o especialidad que poseen.

A lo anterior es posible añadir que, además, lo que marca la diferencia, como venimos criticando desde el inicio de este trabajo, es finalmente quien desarrolla la declaración, esto ha sido posible de divisar en las diferenciaciones tanto con la prueba pericial propiamente tal, con la declaración de las partes y en este momento con el testigo-perito.

⁷⁹⁴ PICÓ I JUNOY (2003). Op. cit.

⁷⁹⁵ La diferencia con el peritaje en sí es que el testigo-perito puede ser contrainterrogado de acuerdo a normas de peritos, pero el peritaje mediante otros informes periciales. PÉREZ GIL. Op. cit. p. 54. De esta manera, “Un problema que presenta el uso amplio de la categoría de testigos expertos o testigos peritos, es la posibilidad de que los litigantes intenten evadir por medio de estos los requisitos que deben cumplir los peritos propiamente”. DUCE JULIO (2014). Op. cit. p. 33.

2. ELEMENTOS COMUNES ENTRE LA PRUEBA TESTIMONIAL, LA PRUEBA PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES

En el apartado anterior hemos podido revisar las diferencias que, en general, ha planteado la doctrina tradicional respecto a los medios de prueba referidos. Luego, muchas de esas distinciones no son más que aparentes, ya que, como podremos apreciar, la prueba testimonial, pericial y la declaración de partes tienen elementos comunes que las permiten agrupar como distintivas de otros medios de prueba -por ejemplo, podríamos hablar de medios de prueba testimoniales y documentales o materiales, incluso podríamos llegar al extremo de que todos los medios de prueba son testimoniales-.

Estos criterios comunes son los siguientes: (i) las implicancias que estos tres medios de prueba sean pruebas personales; (ii) la forma en que ellos se expresan; (iii) los hechos que representan; (iv) la desconfianza y el interés que estaría involucrado, y (v) el centralismo en el sujeto que podemos observar en los tres medios de prueba y su relación con el proceso.

2.1. PRUEBAS PERSONALES

En las definiciones de perito lo que más se reitera es la posesión de conocimientos que esta persona tiene, es decir, lo que diferenciaría al perito de otros agentes o sujetos que interactúan dentro de un proceso es que dicha persona tiene conocimientos especializados en alguna ciencia, arte o práctica. Como ejemplo de lo señalado, la definición de FONT SERRA⁷⁹⁶ o la de ABEL LLUCH para quien “el perito es la fuente de prueba. Será el sujeto ajeno al proceso, poseedor de un conocimiento especializado y encargado, bien a instancia de parte, bien por designación judicial, de emitir un dictamen pericial”⁷⁹⁷⁻⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ FONT SERRA, op. cit. p. 25

⁷⁹⁷ ABEL LLUCH “Derecho Probatorio” (2012). Op. cit. p. 655.

⁷⁹⁸ Otras definiciones que se centran en la idea de conocimiento:

Los peritos “(...) son llamados al proceso en razón de su conocimiento y el medio de prueba vendría constituido por el dictamen o informe que los mismos emiten”. LEDESMA IBÁÑEZ, Pilar: “La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial” en *La prueba pericial en el proceso civil* (directores Pilar Ledesma Ibáñez, Fernando Zubiri de Salinas). *Colección Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, España, XII, 2006, p. 18.

“El perito es aquella persona, física o jurídica, ajena a los hechos sobre los que emite su informe, que posee unos conocimientos técnicos (científicos, artísticos o prácticos) especializados, de relevancia para la resolución del juicio”. ARMENTA DEU. Op. cit. p. 203.

“El perito es aquel tercero ajeno al proceso, que posee conocimientos especializados, ya sean de carácter científico, artístico, técnico o práctico y que voluntariamente aporta dichos conocimientos al procedimiento aplicándolos al objeto de la prueba”. CALVO GONZÁLEZ, Susana: “Compatibilidad entre la pericial de parte y la pericial judicial en la LEC 2000” en *Problemas Actuales de la prueba civil* (coordinadores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2004.

“(...) perito es el tercero que hallándose conocidamente versado en un determinado ámbito del conocimiento científico, artístico o técnico, posee una singular destreza en el ejercicio de una práctica, es requerido y acepta incorporar a un proceso su saber o hábito especializados, que se han considerado necesarios o convenientes para formar la convicción judicial acerca de unas afirmaciones fácticas” ILLESCA RÍOS. Op. cit. p. 63.

Esta misma idea ha sido desarrollada por la doctrina chilena, que también ha centrado sus definiciones de perito en el tipo de conocimiento que este posee, así AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN señala que “se denomina perito a un profesional o técnico, conocedor a profundidad de un tema y con capacidad de análisis, que pueda servir a un tribunal para establecer una verdad, ya sea por medio de la experiencia o de pruebas técnicas, que determinan un hecho”⁷⁹⁹. Este centralismo en los conocimientos es reiterado por DUCE JULIO, quien menciona que los peritos son personas que tienen una experticia especial en cierta área del conocimiento producto de sus estudios, especialización o el desarrollo de cierto arte u oficio⁸⁰⁰.

De estos conceptos generales de perito podemos encontrar dos características comunes de ellos con los testigos: por una parte, que el sujeto debe ser un tercero, muy similar a lo que señalaba la mayoría de la doctrina respecto a la prueba testimonial, y en segundo lugar, la especialidad de los conocimientos que este sujeto debe poseer.

Si a estas ideas le sumamos las definiciones derivadas de la declaración de las partes, los tres medios de prueba se reúnen bajo un criterio clásico de clasificación que ya esbozamos al inicio del presente trabajo, y es que los tres medios de prueba son pruebas personales. Así, “el testimonio de terceros, la confesión de parte y la pericia son pruebas personales que tienen de común su naturaleza declarativa, ya que por ellas se comunica al juez el conocimiento que de los hechos tienen el testigo, la parte o el perito, sobre los hechos que interesan al proceso”⁸⁰¹. DÖHRING utiliza esta misma clasificación de pruebas personales para desarrollar el tratamiento que a estas debe darse en juicio, diferenciando solamente en quién ejerce el medio de prueba y por qué esto tendría relevancia.

Este elemento común es el que podría explicar el centralismo que se le otorga al testigo, a la parte o al perito en la regulación y en el análisis de cada medio de prueba, ya que incluso en la legislación española del año 2000⁸⁰², en que se ha esbozado que el tratamiento ahora se centra en el objeto, aunque el procedimiento sigue reflejando un centralismo en el sujeto. Este enfoque de estudio de estos tres medios de prueba es el que produce las consecuencias que revisamos en el capítulo tercero y que justificarían el re-análisis de la prueba testimonial, cual es que al

⁷⁹⁹ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2011). Op. cit. p. 372. La misma autora reitera en el mismo texto que: “Es que por perito debemos entender aquel tercero, técnicamente idóneo y capaz, llamado a dar opinión y dictamen fundado en un proceso, acerca de la comprobación de hechos cuyo esclarecimiento requiere conocimientos especiales sobre determinada actividad, técnica o arte, el cual es ajeno al juzgador”. *Ibíd.* p. 374.

⁸⁰⁰ DUCE JULIO (2014). Op. cit. p. 29. El mismo autor en otro de sus textos sobre este medio de prueba reitera la misma idea “los peritos son personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento, derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio. Lo que distingue al perito de un testigo cualquiera es que el perito es llamado al juicio para declarar algo en lo que su experticia es un aporte para el mismo y que le permite dar opiniones y conclusiones relevantes acerca de diversas cosas”. DUCE JULIO (2011). Op. cit. p. 101.

⁸⁰¹ DEVIS ECHANDÍA. Tomo II. Op. cit. p. 141.

⁸⁰² GARCIA ANDÍA GONZÁLEZ, Pedro: *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Pamplona, España, 1999, Editorial Aranzadi S.A., p. 3.

momento de examinar dicho medio de prueba se exagera al sujeto o testigo y se deja de lado el análisis del contenido que su declaración va a entregar. Esta primacía que revisamos en detalle respecto a la prueba testimonial también la hemos podido observar en la prueba pericial y la declaración de las partes, lo que se podría argumentar basándonos en que son pruebas calificadas como personales. Ergo, este criterio es un elemento común entre los tres medios de prueba, pero que se torna sumamente peligroso porque a raíz del centralismo en el sujeto podemos descartar declaraciones que serán fundamentales para la resolución de un conflicto.

Si bien los tres son medios de prueba personales, este énfasis en el sujeto es más claro aun entre la prueba testimonial y la declaración de partes en relación a este criterio, ya que tanto el testigo como la parte representan hechos históricos y como se verificaron, sin distinguirse entre el hecho narrado por uno u otro⁸⁰³ y en ambos se cuestiona la existencia de un posible interés que estos puedan tener.

2.2. ORALIDAD

Un segundo criterio que tienen en común, para algunos autores, estos tres medios de prueba, es la oralidad, el cual va más allá de su naturaleza jurídica y se vincula a las formalidades propias de cada procedimiento. Así, para algunos, la única similitud existente entre estos medios de prueba sería que se realizan declaraciones verbales ante el órgano jurisdiccional para esclarecer los hechos⁸⁰⁴.

De todas formas, se hace necesario tener en consideración que este criterio común será relativo porque dependerá de cómo se lleva a cabo en cada legislación el medio de prueba respectivo. Así, por ejemplo, en Chile la prueba pericial en el ámbito procesal civil no tiene siquiera atisbos de oralidad al entregarse solo el informe y no existiendo la posibilidad de que las partes o el tribunal soliciten la comparecencia del perito, posibilidad que sí existe en el proceso civil español. En el *common law* se permite en ciertas situaciones las declaraciones por escrito de los testigos⁸⁰⁵, lo mismo que sucede en Chile con ciertas personas que gozan de inmunidad diplomática -artículo 362 CPC-.

Así las cosas, creemos que este criterio podría estimarse solamente como relativo respecto a la distinción entre los medios de prueba estudiados ya que, por una parte, puede ir más allá de la formalidad misma y ser utilizado realmente como un criterio determinante para señalar que estos medios de prueba son finalmente testimonios. Luego, por otra, y si

⁸⁰³ GARCÍA ODGERS, Ramón: “El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria” en *Revista Ius et Praxis*, Volumen 18, N° 2 (2012), p. 159.

⁸⁰⁴ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2012). Op. cit. p. 339.

⁸⁰⁵ TARUFFO (2008). Op. cit. pp. 65 ss.

extendiésemos el concepto otorgado de testimonio en el capítulo tercero, algunos podrían señalar que todo medio de prueba sería un testimonio, incluyendo entonces la prueba documental que es escrita y no oral o, a *contrario sensu*, pero respecto a la misma idea, señalar que, en el caso de los nuevos procedimientos -no el caso de Chile que es predominantemente escrito-, todo medio de prueba es oral, porque al introducirse el documento en juicio esto se realizará a través de la lectura del mismo.

De esta manera, si bien la oralidad es un elemento que pudiésemos entender como común entre los tres medios de prueba estudiados, este no deja de ser relativo por las razones ya esbozadas y además, si lo analizamos solo desde la perspectiva de las legislaciones tomadas en consideración en esta investigación, no sería aplicable, por la primacía de la escrituración, en el proceso civil chileno.

2.3. HECHOS QUE REPRESENTAN

Como fue posible apreciar de los conceptos ya estudiados, los testigos y las partes representan personal y mediatamente hechos históricos y determinan cómo estos se verificaron, sin importar en ello la fuente, pudiendo ser los hechos narrados por ambos lógicamente idénticos⁸⁰⁶. Esta idea si seguimos la doctrina que manifiesta que la declaración de las partes puede ser de cualquier hecho y no solamente de hechos personales y que la perjudiquen, que como dijimos es propio de la confesión como un tipo de declaración de las partes. Luego, en el caso del peritaje, este proporciona de igual manera que la declaración de partes y la prueba testimonial elementos sobre la realidad de los hechos que interesan al proceso⁸⁰⁷.

Es así como, entendido lo anterior, no es posible señalar que exista una real distinción entre los testigos y las partes versus los peritos, en el sentido planteado, porque esta diferenciación sería meramente formal y no de fondo. Ergo, al igual que los testigos, los peritos entregan información respecto a ciertos hechos utilizando un determinado criterio científico; luego, si se estima que el perito opina sobre la decisión que se toma, nos introduciríamos en la discusión sobre la sobrevaloración que se le ha otorgado a este medio de prueba, más específicamente a la prueba científica⁸⁰⁸. En el caso de la declaración de partes, ya dijimos que, si lo único regulado es la confesión, lo que se declara son hechos acotados que tienen que ser

⁸⁰⁶ KIELMANOVICH. Op. cit. p. 32.

⁸⁰⁷ BRISEÑO SIERRA. Op. cit. p. 402.

⁸⁰⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina: “Prueba científica. Un mapa de retos” en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (editora Carmen Vázquez). Barcelona, España, 2013, pp. 183 ss.

personales y perjudiciales para quien declara, pero la entendemos en un sentido amplio, y esta puede discurrir sobre hechos no personales, estamos ante un testimonio sin más⁸⁰⁹⁻⁸¹⁰.

Además, se suma a la supuesta distinción anterior una dificultad en el caso de los testigos que poseen un conocimiento experto y que en virtud de él tomaron conocimiento de ciertos hechos, el testigo-perito. Así, GUASP DELGADO, quien si bien diferencia claramente los tres medios de prueba esbozados, menciona que este criterio presenta dificultades al señalar que “una apreciación vulgar del problema descartaría toda cuestión inmediatamente en este punto alegando el distinto material que testigos y peritos aportan al proceso; el primero, hechos de la experiencia común; el segundo, hechos de una experiencia técnica para cuya observación y apreciación son necesarios conocimientos especiales. Pero este criterio, no obstante la coincidencia que podría descubrirse con el que maneja nuestro derecho positivo, resultaría a la larga impotente para explicar numerosos casos en que el testigo conoció (pudo conocer) gracias a la técnica especial que poseía”⁸¹¹.

De esta forma, si bien en principio podría entenderse que la percepción de los hechos que representará cada medio de prueba podría ser un criterio de distinción y así pudo haberse interpretado de los apartados anteriores, en este trabajo sostendremos que sería solo una diferencia formal y no de fondo porque en los tres casos es posible revisar que los sujetos entregarán conocimientos o darán origen a creencias que la audiencia que los está escuchando - en este caso el juzgador- no poseía y que le permitirá tomar decisiones. En los tres casos estamos ante un caso de entrega de información sobre hechos relevantes para el asunto controvertido, siendo, a nuestro parecer, la única diferencia el grado de especialización de estos conocimientos dependiendo de quienes provengan.

2.4. DESCONFIANZA E INTERÉS

Uno de los criterios comúnmente utilizados como forma de distinción entre los tres medios de prueba que venimos estudiando, y que desde nuestro punto de vista es un elemento común más que disímil, es el interés que muchos traducen en una cierta desconfianza respecto a ellos. Así, al analizar la prueba testimonial en particular, pudimos revisar cómo existía una gran desconfianza en ella, lo que en materia legislativa se ve reflejado en la institución de las tachas. Luego, al examinar los elementos disímiles entre los tres medios de prueba, comprobamos que

⁸⁰⁹ DÍAZ FUENTES. Op. cit. p. 143.

⁸¹⁰ La naturaleza de los rastros correspondientes a la prueba testimonial es idéntica a la de los rastros de la prueba de confesión. DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá. Colombia, Editorial Temis, 2016, p. 142. KIELMANOVICH señala que, si bien formalmente la parte no puede considerarse un testigo por la máxima latina *nemo testis in re suam auditor*, en los hechos interviene como tal, es decir, presta testimonio. KIELMANOVICH. Op. cit. p. 33.

⁸¹¹ GUASP DELGADO (1944). Op. cit. p. 56.

en el caso de la declaración de las partes la desconfianza en este medio de prueba se debía a que sus declaraciones estarían intermediadas por el interés en un cierto resultado del juicio que las haría mentir de ser necesario.

Ahora, si revisamos lo que hemos señalado a lo largo de esta investigación, podemos determinar que una de las críticas que mayormente hemos realizado es que el gran problema de estos tres medios de prueba -pero en particular de la prueba testimonial- radica en el centralismo otorgado al sujeto que lo desarrolla, lo que en la mayoría de los casos contamina e incluso, en otras, hace olvidar el contenido de la declaración que este sujeto viene a prestar. Esta situación se debe a la desconfianza que se tiene en las personas y al temor respecto a que, en el caso de la prueba testimonial, el testigo vaya a mentir en razón de una determinada relación con alguna de las partes o incluso que su testimonio no sea exacto inconscientemente por problemas derivados de la memoria, mismo problema que presentaría la declaración de las partes, y que en la situación de la prueba pericial la contaminación estaría en que solo se daría primacía a los antecedentes del perito. En todos estos casos se refleja la desconfianza en las personas -incluso en el criterio para elegir o no elegir un perito-, por lo que ese elemento no es privativo de la prueba testimonial en sentido restrictivo sino en todos los medios de prueba que estamos revisando como testimoniales.

Lo antes dicho se puede concretizar, en primer término, al señalar que la exigencia de un actuar imparcial no es propia de un medio de prueba en particular, sino que de todos quienes intervengan en un proceso⁸¹²⁻⁸¹³, y esa sería la justificación de establecer causales de inhabilidad para testigos y peritos.

Si bien la prueba pericial, para algunos, se escaparía de esta desconfianza porque se le otorga en muchas ocasiones una especie de jerarquía superior al no contar las partes con elementos para apreciar la corrección de los métodos empleados o de los resultados obtenidos, igualmente estos métodos y parámetros deben ser controlados⁸¹⁴. Es decir, al igual que se ha querido hacer con los testigos, debe suceder con este medio de prueba porque “pese a la fiabilidad y reproducibilidad del método empleado, cualquier informe pericial puede ser erróneo”⁸¹⁵, debiendo recordar que aparte de la imparcialidad respecto a los peritajes pueden surgir desacuerdos genuinos entre expertos, posibles errores cognitivos (de buena fe, si se quiere agregar) del perito imparcial, y por supuesto, la incompetencia de muchos supuestos peritos⁸¹⁶. Es decir, igual al momento de la elección del perito hay un elemento de desconfianza en ciertas personas solo basado en lo que su curriculum señala y olvidando lo que declarará.

⁸¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2011). Op. cit. p. 374.

⁸¹³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2012). Op. cit. p. 344.

⁸¹⁴ DE LUCA, Stefano; NAVARRO, Fernando; CAMERIERE, Roberto: “La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 15-19 (2013), p. 8.

⁸¹⁵ *Ibíd.* p. 5.

⁸¹⁶ VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 44.

Como ya lo mencionamos, en el caso de la declaración de partes, la desconfianza en sus declaraciones también podemos observarla, justificándose esta en el especial interés que tendrían en la resolución del conflicto, lo que haría que “(...) una persona interesada, en principio, podría estar tentada a mentir en defensa de sus propios intereses o, al menos, en matizar u omitir toda información que la perjudicare, lo que la transformaba en una persona inhábil o excluible para declarar”⁸¹⁷.

Así, se ha dicho que “la regla surgida entonces desde el razonamiento apriorístico fue sencilla: las partes tienen interés en la resolución de sus propios conflictos; los que tienen un interés quieren protegerlo; para protegerlo están dispuestos a mentir, matizar u omitir información en su defensa; por lo tanto, las partes son indignas de crédito y deben ser inhabilitadas (excluidas) para declarar voluntariamente a su favor siempre y en todos los casos”⁸¹⁸.

En segundo término, debemos tener presente que si lo que buscamos dentro de un proceso es que el juez tenga la mayor cantidad de antecedentes posibles para resolver un conflicto, la distinción que surge entre la declaración de partes y la prueba testimonial no tiene sentido, ya que el sujeto mejor informado de los hechos del juicio es normalmente la parte, siendo a la vez considerada, por muchos, como la menos confiable⁸¹⁹. Si lo analizamos, no hay grandes diferencias entre la declaración mediante una prueba testimonial y la declaración de las partes⁸²⁰.

Así, en último término, si nos situamos en un sistema de libre valoración de la prueba, en que no debiese prejuzgarse la credibilidad de las personas, sino que, en consonancia con la idea de poseer la mayor cantidad de antecedentes, todas las pruebas correspondiesen admitirse excepto las que por su contenido no cumplan con ciertos requisitos de admisibilidad o relevancia, dejándose de lado la consigna de que las partes no pueden ser testigos porque no son terceros ajenos e imparciales⁸²¹⁻⁸²². Más aun, esto hasta puede sonar absurdo porque igualmente, como hemos observado, se prejuzga a los testigos.

Queremos agregar, y solo de modo ilustrativo y, a mayor abundamiento que FERNÁNDEZ LÓPEZ también plantea la disyuntiva anterior en torno al proceso penal, en torno a la declaración de coimputados y víctimas versus la confianza que se da en este proceso a la prueba testimonial. Esta autora señala que la problemática en torno a la credibilidad que se

⁸¹⁷ MARÍN VERDUGO, Felipe: “Declaración de la parte como medio de prueba” en *Revista Ius et Praxis*, año 16, N° 1 (2010), p. 137.

⁸¹⁸ *Ibid.* p. 138.

⁸¹⁹ GARCÍA ODGERS. *Op. cit.* p. 148.

⁸²⁰ RAMOS MÉNDEZ. *Op. cit.* p. 692

⁸²¹ MARÍN VERDUGO. *Op. cit.* p. 155.

⁸²² BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23, N° 1 (2016), p. 189.

plantearía propia de coimputados y víctimas, también genera interrogantes respecto a la declaración testifical y que deberían hacernos extremar la cautela porque aunque el testigo tenga la intención de declarar con honestidad, puede cometer errores motivados por razones tales como los efectos de hechos acaecidos con posterioridad al suceso o un deficiente interrogatorio, lo que pone en duda su credibilidad y aconseja que sean tomadas en consideración las mismas reglas que se aplican para la valoración de las declaraciones de víctimas y coimputados⁸²³.

En definitiva, si bien para algunos el interés en el resultado del proceso podría ser un criterio diferenciador entre los medios de prueba estudiados, para esta tesis es un criterio común porque la desconfianza que se tiene en las personas, camuflada en un supuesto interés, hace que todo el estudio de estos tres medios de prueba esté centrado en el sujeto que lo desarrolla.

2.5. PERSONA Y RELACIÓN CON EL PROCESO

En último término, queremos hacer mención a la tajante división que se plantea en torno a la prueba testimonial y la pericial versus la declaración de partes, ya que en el caso de los dos primeros medios de prueba el sujeto interviniente debe ser un tercero, quedando en duda esta situación, en ciertos casos, respecto al interrogatorio de las partes.

En el caso español, la LEC regula dentro de la declaración de partes y como sujetos pasivos de esta a terceros, señalados por la doctrina como cualificados, así podrán ser interrogadas “las partes (actor/es y demandado/s), y algún tercero cualificado (el titular de la relación controvertida -art. 301.2 LEC-, el tercero con conocimiento personal de los hechos -art. 308, I LEC- o la persona que intervino en los hechos en nombre de la persona jurídica -art. 309.2 LEC-).”⁸²⁴, en igual sentido podrán ser interrogadas las personas físicas, como el actor, demandado, colitigante y algún tercero y las personas jurídicas privadas y entidades públicas⁸²⁵.

Así, hoy en día en el derecho procesal civil español, la idea detrás de que la declaración de partes es un acto personalísimo o propio de la parte en sí, queda relegada⁸²⁶, sin perjuicio de que nunca es libre ni voluntaria la designación de quien puede declarar en esta calidad sino en los casos que el legislador señala⁸²⁷. En otras palabras, si bien se dice que la distinción entre prueba de testigos e interrogatorio de partes estaría determinada por quien lo realiza, la LEC en los artículos 301.2, 308 y 309 permite que un tercero declare como parte⁸²⁸⁻⁸²⁹, por lo que

⁸²³ FERNÁNDEZ LÓPEZ (2007). Op. cit. pp. 8-9.

⁸²⁴ ABEL LLUCH. “Derecho probatorio” (2012) Op. cit. p. 539.

⁸²⁵ *Ibíd.* p. 542.

⁸²⁶ TORRES PINDADO. Op. cit.

⁸²⁷ *Ibíd.*

⁸²⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ et al. Op. cit. pp. 253.

⁸²⁹ GÓMEZ COLOMER, et. al (2019). Op. cit. p. 251 señala que “Declaración de tercero: Que un tercero sea interrogado en el proceso puede ser necesario para no prescindir de la eficacia de la declaración, cuando los hechos

existiría una especie de reconocimiento respecto a que la declaración de un tercero y de las partes son finalmente testimonios, incluso para aquellos que postulan que los testimonios pueden provenir solo de terceros.

Algunos, reconociendo igualmente lo que señalamos ha mencionado que “la LEC prevé determinados supuestos en que los sujetos que cabe interrogar no son parte en el litigio, sino terceros. Son casos fundamentalmente tomados de la doctrina o legislación precedente. Ninguno de ellos consideramos está suficientemente justificado. (...) El cauce adecuado para que terceras personas aporten su conocimiento histórico de los hechos ha de ser únicamente la prueba testifical”⁸³⁰.

La misma apreciación anterior fue realizada de forma general por KIELMANOVICH, al señalar que “la prueba testimonial, entonces, supone que la declaración proviene de terceros, pero de terceros ajenos a la relación procesal, esto es, de sujetos que no asumen ni revisten la calidad de parte principal o accesoria en el proceso, sin perjuicio de que en virtud de normas del derecho sustancial hubiesen estado legitimados para adquirir tal carácter, o lo que es lo mismo, de que pudieran estar involucrados en la relación material que constituye el objeto del mismo”⁸³¹⁻⁸³²⁻⁸³³.

En definitiva, podemos concluir que la diferenciación entre prueba testimonial y pericial versus la declaración de las partes en el sentido de que uno de los criterios determinantes sería que en el caso de los dos primeros son terceros los que pueden declarar y en la declaración de las partes, solo las partes, es aparente y no real porque como vimos en el caso español, hay otros sujetos -no partes-, que pueden dar testimonio como tales. En estos casos, reiteramos, lo importante no es el emisor de la declaración sino la información que este transmite, por lo que creemos nuevamente necesario dejar de lado el centralismo en el sujeto.

no sean personales de la parte, que acepta así la responsabilidad de la declaración de tercero. La LEC lo permite en dos casos: 1”) Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular (art. 301.2). Por ejemplo, en los casos de cesión de derechos, o de sustitución procesal y, en general, en los de legitimación extraordinaria. 2”) En segundo lugar, que es el supuesto tradicional, también cuando el interrogatorio no se refiera a hechos personales del que contesta, pudiendo entonces este declarante proponer que conteste a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración (art. 308, I). Para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. De no producirse tal aceptación, el declarante podrá solicitar que la persona mencionada sea interrogada en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente (art. 308, II)”.

En igual sentido, “La legitimación pasiva, o la posibilidad de someterse a las preguntas de la parte proponente de este medio probatorio, ha sido expuesta más arriba de forma general, y como se ha observado, no queda limitada exclusivamente, como se derivaría de la denominación de este medio de prueba, a quien sea parte en el proceso, sino que puede extenderse a otros sujetos.” TORRES PINDADO. Op. cit.

⁸³⁰ JIMÉNEZ CONDE. Op. cit. p. 94.

⁸³¹ KIELMANOVICH. Op. cit. p.35.

⁸³² Misma idea desarrolla RODRÍGUEZ TIRADO. Op. cit. p.34.

⁸³³ DE PAULA PÉREZ también habla de las figuras de sustitución procesal, por ejemplo, y dice que la posición de tercero es temporal. DE PAULA PÉREZ. Op. cit. p. 30.

3. LOS MEDIOS DE PRUEBA TESTIMONIALES

En esta investigación hemos desarrollado un concepto amplio de testimonio, entendiendo que este es una forma de transferir conocimientos, y por tanto una fuente también de creencias -sin negar su fin comunicativo-, que la audiencia -juzgador o árbitro- debe absorber ya que, al utilizarse como medio de prueba, proporcionará al juzgador los conocimientos necesarios para tomar una decisión.

Añadimos a la definición anterior que quien expresa la información, creencia o conocimiento es quien tradicionalmente se conoce como testigo o sujeto, y la información, creencia o conocimiento que expresa es conocido tradicionalmente como declaración o testimonio.

Las definiciones planteadas hacen surgir la pregunta de si la prueba pericial y la declaración de partes pueden, junto a la testimonial, encontrarse bajo el alero de los conceptos señalados en el párrafo anterior y si la naturaleza jurídica de estos tres medios de prueba es la de testimonio.

Esta investigación postula que, desde el punto de vista epistemológico⁸³⁴, los tres medios de prueba comparten la naturaleza jurídica de testimonios porque implican la transferencia de conocimientos y consecuentemente originan creencias y conocimientos en el juzgador, los cuales les son necesarios para tomar una decisión respecto al conflicto presentado. La única diferencia radicaría en el grado de conocimiento o de especialidad que se posee en cada uno de ellos respecto a la percepción de los hechos, es decir, en cómo obtuvieron los conocimientos y de qué tipo son estos.

La idea de que estos medios de prueba sean considerados testimonios no es realmente nueva, ya que BENTHAM señaló en su momento que “el nombre de testigo puede pues aplicarse tanto a las partes mismas interesadas en la causa, como a aquellas que se les da comúnmente ese nombre”⁸³⁵, aun existiendo, según dicho autor, diferencias manifiestas, respecto a las cuales hay que tomar precaución⁸³⁶. Así, creemos que dicho autor, sin señalar que estos medios de prueba eran epistémicamente testimonios, deja entrever que la transferencia de conocimientos es lo que subyace a ellos y por lo mismo es posible denominarlos como tales⁸³⁷. Luego, las diferencias que este manifiesta en relación a los medios de prueba analizados creemos que serían más bien procesales, lo que revisaremos en el próximo apartado⁸³⁸.

⁸³⁴ VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 47.

⁸³⁵ BENTHAM. Op. cit. Tomo I, p. 238.

⁸³⁶ *Ibíd.* p. 239.

⁸³⁷ Misma idea esboza ARMENTA DEU quien señala que “Tanto el testigo como el perito emiten declaraciones fácticas, precedidas de algún conocimiento previo” ARMENTA DEU. Op. cit. p. 204.

⁸³⁸ “Por todo lo anterior, sea que se entienda que la declaración voluntaria de la parte es derechamente una prueba testimonial o que se entienda que no es una prueba testimonial propiamente tal, sino que una de aquellas no reguladas

CARNELUTTI también realiza una definición amplia de testimonio que permite incluir a las partes y terceros, e incluso a los peritos, pero diferenciando nuevamente respecto a los primeros, en que las partes no narrarían hechos percibidos sino realizados⁸³⁹⁻⁸⁴⁰. Es así, como creemos que dicha diferencia sería más bien histórica⁸⁴¹⁻⁸⁴².

En los sistemas anglosajones, además, se considera al perito un testigo que tiene la categoría de experto en algún área científica o técnica⁸⁴³⁻⁸⁴⁴, lo que no hace más que ratificar la idea de que finalmente la prueba pericial también es un testimonio. Así, por ejemplo, podemos observar que la diferencia esbozada estaría nuevamente dada en torno al conocimiento que se tiene, siendo el testimonio de expertos “cuando el mensaje que con dicho testimonio se intenta transmitir solo puede ser entendido desde un área del conocimiento o experticia que la persona encargada de la determinación de los hechos jurídicos, por ejemplo, el juez o el jurado, no posee”⁸⁴⁵.

Además, en los tres medios de prueba estudiados, podemos distinguir entre un sujeto que efectúa, por así decirlo, el medio de prueba, y un conocimiento que debe proporcionarse, o sea, en estos medios de prueba confluyen los elementos de testigo o sujeto y de declaración o testimonio, que revisamos en el tercer capítulo.

Más específicamente aún y siempre en torno al procedimiento, en este capítulo hemos podido revisar que tradicionalmente el elemento diferenciador entre la prueba pericial y testimonial ha sido la necesidad de que quien los efectúe sea un tercero⁸⁴⁶ y en la declaración de

expresamente en la ley, el estatuto aplicable en ambos casos, por regla general, será el de la prueba testimonial”. MARÍN VERDUGO. Op. cit. p. 159.

⁸³⁹ CARNELUTTI. Op. cit. pp. 152-153.

⁸⁴⁰ “(...) el testimonio, en cambio, se presta a ciertas meditaciones que pudieran hacernos creer que existe aparentemente una distinción entre este concepto y el de testigo. Nada más erróneo, sin embargo, como muy bien ha puesto de manifiesto Carnelutti. Entre el confesante y la confesión, o entre el testigo y el testimonio, no media más distinción que la de punto de vista: ambos no son dos hechos diversos, sino uno mismo contemplado por el derecho y por el revés” MUÑOZ SABATÉ (1983). Op. cit. p. 283.

⁸⁴¹ CARNELUTTI. *Ibíd.* p. 126.

⁸⁴² Otro elemento diferenciador sería que, dentro de la declaración de partes, podemos encontrar la confesión en que solo se configura ante la existencia de hechos desfavorables. KIELMANOVICH. Op. cit. p. 279. Creemos que esta diferencia es más bien respecto a los conocimientos que la declaración entrega, pero no le quita el carácter de testimonio.

⁸⁴³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (2011). Op. cit. p. 372.

⁸⁴⁴ Sobre testimonio pericial inválido, DUCE JULIO, Mauricio: “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema” en *Revista Política Criminal*, Volumen 13, N°25 (2018) y sobre testimonio experto en DUCE JULIO (2011). Op. cit. p. 103.

⁸⁴⁵ NIÑO OCHOA; MARRERO. Op. cit. p. 185.

⁸⁴⁶ “La primera es considerar que la declaración voluntaria de la parte es una prueba testimonial más y, por ello, su declaración se produciría en el juicio de acuerdo a las reglas de la prueba testimonial, sometiéndolo a la parte que declara al examen directo de su abogado, para luego someterse al contra examen de la contraria y a las preguntas del tribunal. Esta alternativa tiene su fundamento en el cambio de la definición de “testigo” en los sistemas de valoración en concreto. Un testigo, como ya se señaló, no es definido en este tipo de sistemas como un “tercero ajeno e imparcial”, justamente porque esta definición, propia del sistema escrito, solo tenía un sentido instrumental: inhabilitar como testigos a todos aquellos que tuviesen un interés en el resultado del juicio. Como en los sistemas de valoración en concreto no se exige para ser testigo que la persona que declara sea desinteresada, esa definición instrumental carece ahora de todo sentido y debe ser desechada. Para ser testigo en un sistema de libre valoración, de acuerdo a las reglas de la prueba, solo es necesario que el declarante haya percibido hechos pertinentes para la causa a

partes que quien lo realice sea una de las partes, lo que viene en demostrar el centralismo en el sujeto que señalamos como fundamento para desarrollar un nuevo concepto de testimonio. Además, si bien este es un elemento diferenciador, también es uno común al ser medios de prueba personales.

Esto además repercute en otro elemento que se mencionó como diferenciador, pero que también hemos podido comprobar que es una diferencia aparente, cual es la desconfianza y el supuesto interés en el medio de prueba. En todos los medios de prueba que revisamos, con ciertos matices procesales solamente, nos encontramos con que hay una desconfianza plena en las personas, en algunos casos porque la parte no estaría dispuesta a narrar hechos que la perjudiquen, otros, por la supuesta relación de terceros con alguna de las partes o por los posibles olvidos no intencionales que tendrían, y por último, por errores que también el perito, aun con un currículum impecable, podría cometer.

Como señalamos, si nos centramos solamente en el testigo o sujeto, en los tres casos, “(...) los interrogatorios -de las partes, testigos o peritos- están actualmente gobernados por la psicología del testimonio, y siempre debieron haber respondido a esa ciencia, pese a que ha sido la prueba que tanto en la actualidad como históricamente, más lo fía todo a la intuición”⁸⁴⁷. En otras palabras, si bien la psicología del testimonio ha sido ligada a la prueba testimonial y utilizada para poder zafar de las desconfianzas que muchas veces esta genera, los otros medios de prueba -peritos y partes-, no están exentos de ella porque finalmente, como bien nos grafica NIEVA FENOLL, “(...) uno de los lugres comunes en prácticamente todos los medios de prueba es la credibilidad de las personas”⁸⁴⁸.

Es así, como en todos estos medios de prueba, que podemos categóricamente afirmar son testimonios⁸⁴⁹, el sujeto viene en contaminar su declaración y es por ello que creemos necesario tener conciencia de esta situación para que el juzgador sea capaz de distinguir entre ambos elementos al momento de conformar y valorar el material probatorio.

En definitiva, así como las partes y el testigo, “(...) el experto es una fuente de conocimiento para el juez (...)”⁸⁵⁰, y brinda información al agente juzgador por lo que los tres casos son claramente testimonios, y el elemento diferenciador entonces de estos medios de

través de sus sentidos. Esto es lo que diferencia a un testigo de un perito. Mientras el perito va al juicio a emitir opiniones expertas respecto de hechos que no presencié, un testigo va a relatar hechos que presencié directamente y sus opiniones son, por regla general, impertinentes”. MARÍN VERDUGO. Op. cit. p. 158.

⁸⁴⁷ NIEVA FENOLL (2018). Op. cit. p. 473.

⁸⁴⁸ *Ibíd.* 212.

⁸⁴⁹ Creemos que la situación descrita por Vázquez Rojas respecto al testimonio experto también aplica a la declaración de partes, y esta tiene que ver con que “(...) el testimonio pericial es una fuente de conocimiento en sí mismo, brinda información al sujeto cognoscente que de otra manera no podría adquirir; habiendo entonces una dependencia epistémica del juzgador de los hechos al perito, jugando este un papel relevante en la construcción de las creencias de aquel”. VÁZQUEZ ROJAS. Op. cit. p. 46.

⁸⁵⁰ *Ibíd.* p. 44.

prueba respecto a terceros y partes no cabría. Luego, siendo testimonios los tres, sí será posible señalar que los conocimientos que introducen en juicio son diversos, pero la distinción entre ellos más que el tipo de conocimiento -que siempre será diverso de sujeto en sujeto e independiente de su introducción al juicio- será la forma en que ellos conocieron de los mismos.

VÁZQUEZ ROJAS es clara en señalar que, respecto a las diferencias de este tipo entre testigos y peritos, estas son de grado y no categóricas, distintas a las jurídico-procesales (por ejemplo, causales de tacha) que existen⁸⁵¹. Ahora, la diferencia procesal en que unos tendrían un conocimiento directo y los otros no, tampoco sería tal, porque ambos ofrecen hechos interpretados, por lo que la diferencia sería su actitud disposicional⁸⁵².

Es por lo anteriormente mencionado que, en el próximo apartado, y entendiendo que los tres medios de prueba son testimonios, y obedecen a la definición amplia que formulamos, nos referiremos, dependiendo del medio de prueba, a sus elementos como: (i) el sujeto o simplemente testigo, testigo-pericial o testigo-parte y (ii) la declaración o testimonio simplemente, testimonio-perito o testimonio-parte.

4. POSIBILIDAD DE REGULACIÓN PROCESAL COMÚN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL, PERICIAL Y LA DECLARACIÓN DE PARTES

De acuerdo a lo señalado, hemos podido observar que los tres medios de prueba que hemos revisado comparten la naturaleza jurídica de testimonios. Esta afirmación hace entonces surgir la pregunta sobre la posibilidad de regularlos de manera común y general.

Siendo su naturaleza jurídica idéntica, las diferencias que podemos apreciar entre ellos no son epistémicas sino procesales. Ya nos señalaba VAZQUEZ ROJAS que las diferencias epistemológicas entre los testimonios expertos y de legos son de grado y no categóricas, pero que sí son distintas las jurídico-procesales que existen⁸⁵³.

Es por lo anterior que creemos que una regulación común total o absoluta no es posible, ya que existen diferencias procesales que atender, sin embargo, con ciertos matices hay un campo importante de la misma que debería establecerse como un todo.

En el caso de diferencias procesales, podríamos pensar que se haría necesaria la regulación separada de los tipos de tachas o recusaciones, si es que el legislador establece su procedencia, la que como hemos mencionado no sería realmente necesaria en un sistema oral, con intermediación y en donde se valore el medio de prueba según la sana crítica ya que solo sería

⁸⁵¹ *Ibíd.* p. 48.

⁸⁵² *Ibíd.*

⁸⁵³ *Ibíd.*

clave el interrogatorio que se realice. Junto con ello, podrían presentarse diferencias procesales que atender en relación a sus condiciones jurídicas o responsabilidades dentro del proceso o simplemente su retribución o el tipo de declaración que a uno u otro se le permite efectuar⁸⁵⁴. En el caso del perito, se podría añadir la discusión de si será o no un auxiliar del tribunal en el sistema procesal respectivo y esto puede tener como consecuencia una normativa distinta.

Ahora, en el ámbito procesal al ser los tres medios de prueba epistémicamente testimonios e independiente de las particularidades distintivas, el desarrollo del medio de prueba debe ser común. Lo anterior, en el sentido en que los tres medios de prueba, si nos encontramos dentro de un proceso oral, debiesen comenzar con una declaración libre, para luego cada una de las partes y el juez contrapreguntar, ya que, en los medios de prueba testimoniales, lo que realmente forma el medio de prueba es el testimonio.

De esta manera, si nos acomodamos a la realidad de las cosas, debemos regular unitariamente los interrogatorios de las personas con normas simples que permitan clarificar el sistema y no repetir ciertos artículos⁸⁵⁵, la diferenciación debería solo encontrarse en el momento de la valoración, y no en su admisión⁸⁵⁶, lo que en un sistema de sana crítica no daría lugar a diferenciaciones en la regulación.

Lo clave entonces, junto con el interrogatorio, sería el sistema de valoración, el cual debe regirse por las reglas de la sana crítica. Esto se hace necesario para permitir al juez libremente valorar la prueba y ser capaz de distinguir entre los elementos de testigo o sujeto y declaración o testimonio.

En este sistema de valoración no es relevante la diferencia entre tercero o parte, porque lo trascendental es la información relevante que las personas tienen para la resolución del conflicto, solo variando la apreciación, de acuerdo a si es tercero o no, en el momento de la valoración⁸⁵⁷. Lo importante es su proximidad a las fuentes de prueba y su idoneidad para transmitir sus percepciones en juicio⁸⁵⁸.

La revisión de la legislación tanto chilena como española nos permitió analizar que, independiente de las diferencias procesales señaladas, en los tres medios de prueba se hace necesaria una concretización de que son testimonios, porque solo tomando una definición amplia del mismo es posible distinguir los elementos mencionados. Esto es importante porque los medios de prueba estudiados presentan un centralismo importante en el testigo o sujeto, olvidando lo importante de su declaración o testimonio.

⁸⁵⁴ *Ibíd.*

⁸⁵⁵ RAMOS MÉNDEZ. *Op. cit.* p. 693.

⁸⁵⁶ *Ibíd.* p. 696.

⁸⁵⁷ *Ibíd.* p. 717.

⁸⁵⁸ *Ibíd.*

Lo que señalamos se puede ver reflejado, por ejemplo, “(...) en los ordenamientos del “common law” la peritación procesal se ha venido introduciendo en juicio como testimonio aportado por las partes, constituyendo una modalidad de prueba testifical calificada”⁸⁵⁹.

Más específicamente en el peritaje, se pueden apreciar los mismos elementos de testigo o sujeto y de declaración o testimonio que revisamos al referirnos a los elementos del testimonio en sentido amplio y que deberán ser considerados al momento de la valoración.

Así, hay criterios de valoración personales, objetivos y de las operaciones del peritaje. Los primeros se refieren a la cualificación del perito; su especialización en la materia objeto del peritaje; el prestigio y/o solvencia profesional de la persona jurídica que emite el dictamen; a la vinculación del perito con las partes y al perito tachado. El segundo criterio, se evalúa si es un peritaje objetivo o de opinión; la correlación entre extremos del dictamen y los hechos probados y la existencia de contra-peritajes. Por último, los relativos a las operaciones periciales, la intervención de las partes; la metodología del dictamen; la preservación de la cadena de custodia; las condiciones del reconocimiento y la práctica con otros medios de prueba. Se suman criterios propios de la emisión y contenido del dictamen, como la proximidad de los hechos, la pluralidad coincidente; el detalle y solidez de las conclusiones del perito y dictamen y las recomendaciones del dictamen, así como las máximas de la experiencia empleadas.

Respecto a la contradicción del dictamen se evalúa la ratificación y matización del dictamen en el juicio; el dominio de la oralidad en el perito, el careo de peritos. Por último, la valoración conjunta de los criterios orientadores; la apreciación conjunta de la prueba y la proscripción de la arbitrariedad judicial⁸⁶⁰.

Más específicamente en el caso chileno, el artículo 319 del CPP ya regula de manera común la prueba testimonial con la pericial, al establecer que las normas del primer medio de prueba regirán supletoriamente al segundo.

Entonces ante la pregunta de si una regulación común es posible, creemos que esta es afirmativa teniendo en consideración las mínimas diferencias que debiesen tenerse en consideración para cada uno y que son más bien formales. En el centro del asunto, es decir, para determinar los criterios de conformación del material probatorio, cómo realizar el interrogatorio y, consecuentemente, su valoración, no debiesen existir diferencias.

Es por ello, que creemos imprescindible que en Chile se realice un cambio del sistema de valoración general de la prueba en el proceso civil, a un sistema de sana crítica, ya que bajo un sistema con estas características los jueces podrán dar o no credibilidad a lo declarado. Por

⁸⁵⁹ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ (1999). Op. cit. p. 73.

⁸⁶⁰ ABEL LLUCH, Xavier: “Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial” en *Peritaje y prueba pericial* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2017, pp. 219 ss.

ello se reclama un proceso civil oral con libre valoración de la prueba⁸⁶¹, y que vaya de la mano de la diferenciación concreta del momento de conformación del material probatorio y el de la valoración de la prueba.

Solo a través de un cambio de este tipo será posible concretizar la idea de que al ser los tres medios de prueba epistémicamente testimonios y según los elementos mencionados, debemos, en el momento de la conformación del material probatorio, solo realizar un análisis de la declaración o testimonio, es decir, la relevancia y admisibilidad del contenido acerca de lo que el testigo o sujeto va a introducir en juicio.

Realizado lo anterior, será entonces en una etapa de valoración en que debiese realizarse el examen de credibilidad del testigo o sujeto, junto con el análisis diferenciado del contenido de la declaración que este viene a aportar. Es decir, las tachas, en el caso de testigos y peritos, debiesen eliminarse⁸⁶² porque, independiente del momento procesal en que se introduzcan, igualmente generan *per se* un efecto excluyente que, evaluándose, impide que se analice la declaración o testimonio.

Para valorar de manera correcta alguno de estos medios de prueba el juez debe, en primer término, analizar por separado los dos elementos ya mencionados para que el sujeto en sí no contamine la declaración o testimonio⁸⁶³ y el tribunal pueda tener la mayor cantidad de información para tomar una decisión⁸⁶⁴.

En el caso español, y si bien tiene un sistema de valoración de sana crítica, lo planteado también, a nuestro juicio, debe aplicarse ya que la correcta diferenciación en el análisis de los dos elementos planteados es trascendental para poder dejar de lado el centralismo en el testigo o sujeto y que este deje de contaminar la declaración o testimonio.

⁸⁶¹ BORDALÍ SALAMANCA. Op. cit. p. 192.

⁸⁶² “Así, la declaración de una madre que era ofrecida para declarar a favor de su hijo, no resultaba lógico inhabilitarla o excluirla solo porque la experiencia general dijera que “las madres mienten a favor de sus hijos”. Por el contrario, para resolver cualquier asunto relacionado con su credibilidad, la madre debía ser primero escuchada para, luego, y solo una vez que fuera recibido su testimonio y el de los demás testigos, expertos y prueba material, concluir que, como lo señala la experiencia “esta madre no es creíble y mintió para favorecer a su hijo” o, por el contrario, que esta madre en concreto dijo la verdad cuando declaró en beneficio de su hijo, ya fuera por la consistencia interna de su relato, su consistencia con los demás medios de prueba o por las razones justificadas que fueran aplicables al caso concreto”. MARÍN VERDUGO. Op. cit. p. 142.

⁸⁶³ “Una vez verificada la credibilidad del declarante, es necesario examinar la verosimilitud de la declaración (de la que, como antes he señalado, la credibilidad del declarante es un aval). Los requisitos que este ha de reunir para que pueda considerarse verosímil se reconducen a tres.

a) En primer lugar, que la declaración prestada no resulte fantástica o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia”, agrega que la declaración se mantenga firme y se corrobore con datos externos objetivos. FERNÁNDEZ LÓPEZ (2009). Op. cit. pp. 23-24.

⁸⁶⁴ Así, se ha mencionado que en las pruebas científicas son iguales a las otras pruebas que consideramos testimonios y por ello, “Es necesario, sin embargo, destacar que no existen reglas específicas atinentes a la valoración de las pruebas científicas; más bien, por lo que aquí interesa, las pruebas científicas no son distintas de las demás pruebas, y pueden también combinarse con las pruebas “ordinarias” -es decir, no científicas- para aportar la confirmación de la veracidad de un enunciado de hecho”. TARUFFO, Michele: “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, N° 114 (2005), p. 1295.

Todo lo que hemos venido planteando podría generar la pregunta válida de ¿por qué nos hemos dado toda esta vuelta en el análisis? Al respecto es necesario señalar que, independiente de que el proceso que analizamos sea de tipo patrimonial en donde existe una igualdad relativa entre las partes -lo que en todo caso es discutible-, lo que buscamos, según BORDALÍ SALAMANCA, es “(...) lograr una justicia fundada en el establecimiento verídico de los hechos a los cuales se les pueden aplicar las reglas creadas por los poderes políticos”⁸⁶⁵ y así entonces, entendiendo que hacer justicia en un proceso judicial es tratar de acercarse lo más posible a la verdad del mundo extraprocesal, el juez necesita pruebas⁸⁶⁶ o, como hemos dicho, mayores antecedentes.

Para graficar lo anterior, nos tomamos de las palabras de GASCÓN ABELLÁN, que “si el cambio señalado es importante no es por un prurito gnoseológico, como si la averiguación de la verdad fuese el objetivo primordial del proceso. Si es jurídica y políticamente importante es sobre todo porque sirve a un objetivo garantista. Más exactamente, lo que está en juego no es solo (ni fundamentalmente) una correcta reconstrucción del proceso cognoscitivo que tiene lugar en la prueba, sino también (y muy principalmente) la garantía de los bienes fundamentales que pueden verse violentados por cualquiera de los dos errores que pueden producirse en el proceso: declarar probado lo que es falso y declarar no probado lo que es verdadero”⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ BORDALÍ SALAMANCA. Op. cit. p. 176.

⁸⁶⁶ *Ibíd.* p. 177.

⁸⁶⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina; Lucena Molina, José Juan; González Rodríguez, Joaquín: “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar” en *Diario La Ley*, año XXXI, N° 7481 (2010), p. 1.

CONCLUSIONES

La tesis defendida en este trabajo ha tenido como objetivo re-analizar la prueba testimonial y a partir de ahí formular un concepto amplio de testimonio que distingue sus elementos subjetivos y objetivos. A partir de dicho concepto se ha planteado la posibilidad de regular en ciertos aspectos, de forma común, la prueba testimonial, la pericial y la declaración de las partes. Así, con un tratamiento más integral de la idea de testimonio podremos comprender mejor el sentido de las diversas instituciones asociadas a los citados medios de prueba.

Teniendo en consideración las ideas anteriormente indicadas, es posible concluir específicamente lo siguiente:

PRIMERO. La revisión de las distintas etapas de la actividad probatoria y de los diversos medios de prueba debe realizarse desde la perspectiva de que cuantos más antecedentes disponga el juzgador mejor será la resolución que ponga fin al proceso. Así, esta tesis se sustenta en la idea de que la prueba es el instrumento para la búsqueda de la verdad como correspondencia, dentro del proceso.

SEGUNDO. Teniendo en consideración lo anterior, es criticable la forma en que la prueba testimonial ha sido tradicionalmente examinada desde la doctrina y la ley, porque su análisis ha estado centrado en el testigo o sujeto, sin considerar la declaración o testimonio que este realiza.

TERCERO. Fue posible identificar tres tipos de problemas generales en el análisis de dicho medio de prueba: los referentes a su regulación, a su tratamiento dogmático y a la práctica judicial. Dichos problemas son los siguientes:

a) La regulación no se hace cargo de los problemas prácticos que este medio de prueba presenta, girando aquella solamente en las falencias del testigo o sujeto que la desarrolla. Esto se acentúa aún más en los sistemas de prueba legal o tasada, como el chileno, en que la forma de valoración nos muestra explícitamente dicho centralismo.

b) El tratamiento dogmático no hace más que reproducir la deficiente legislación, manifestando el centralismo en el testigo o sujeto y presentando una falta de claridad conceptual que no se pregunta, por ejemplo, cuál es la naturaleza jurídica de este medio de prueba.

c) Todo lo anterior repercute en la práctica judicial, ya que ella no hace más que hacer suyas las críticas anteriores, cometiendo errores en las etapas de conformación y valoración de los medios de prueba testimoniales.

CUARTO. Como consecuencia de lo anterior, este medio de prueba ha sido mirado con suma desconfianza y, aunque su utilización sea común en el ámbito judicial, se le considera por muchos como un medio de prueba de menor jerarquía.

QUINTO. Al establecer en esta tesis que todos los medios de prueba tienen potencial informativo y que todos aquellos antecedentes que se proporcionen al juicio será información con la que el juzgador no contaba, se hace necesario clarificar y especificar conceptualmente una idea amplia de testimonio que repercuta en los tres ámbitos señalados.

La definición que hemos formulado en esta tesis está basada en la naturaleza jurídica de la prueba testimonial y por tanto el concepto se estudia desde la epistemología, examinando el testimonio como una forma de comunicación y de transferir conocimientos.

SEXTO. Si bien el testimonio es una forma de comunicación, en el caso de un proceso civil su función va más allá y esta forma de comunicación conlleva además una transferencia de conocimientos. Así, elaboramos una definición propia que contiene las características formuladas con antelación, siendo entonces el testimonio, en relación a los fines del proceso civil, una forma de transferir conocimientos, y por tanto también una fuente de estos y de creencias -sin negar su fin comunicativo-, que la audiencia debe absorber ya que, en el aspecto jurídico, al utilizarse como medio de prueba, proporcionará al juzgador -que es la audiencia- los conocimientos necesarios para tomar una decisión.

SÉPTIMO. Este concepto de testimonio permite distinguir dos elementos que deben posicionarse en igual nivel al momento de examinarse por el juzgador. Estos elementos son el testigo o sujeto y el contenido de la declaración o testimonio de ese sujeto.

OCTAVO. El testigo o sujeto fue definido en esta tesis a partir de las distintas funciones que pueden tener dentro de un proceso y, en particular, respecto al testimonio, el sujeto será quien expresa la información, creencia o conocimiento, y la declaración o testimonio será el resultado de la actividad que realiza ese testigo o sujeto, que finalmente es la información, creencia o conocimiento que expresa.

La diferenciación entre estos elementos es clave porque permite dejar de lado el centralismo en torno al sujeto, y sitúa en igual nivel al testigo o sujeto y la declaración o testimonio, ya que de lo contrario el sujeto condiciona el contenido de su declaración.

NOVENO. La distinción entre estos elementos es trascendental en el momento de conformación del material probatorio, porque se hace necesario diferenciarlos ante la necesidad de contar con la mayor cantidad de información posible para una mejor decisión.

El examen en torno a la inclusión o exclusión del medio de prueba debe solo realizarse respecto de la declaración o testimonio, es decir, del contenido de lo que el sujeto va a declarar sin importar quién será el sujeto declarante.

DÉCIMO. Respecto al momento de valoración del material probatorio creemos necesario distinguir también los elementos señalados. Así, se realizará el análisis del aspecto subjetivo, es decir, las características personales de este testigo que pudiesen influir en su declaración, y luego se debe examinar la declaración o testimonio.

DECIMOPRIMERO. Como consecuencia de las conclusiones anteriores, y ante la utilización amplia del concepto de testimonio y sus elementos, es posible señalar que hay otros medios de prueba que comparten la naturaleza jurídica de la prueba testimonial al ser epistémicamente testimonios e independiente de las especificidades procesales que podamos encontrar en cada uno. Estos medios de prueba son la prueba pericial y la declaración de partes, cuyo análisis además también se encuentra centrado en el sujeto que desarrolla el medio de prueba y no en el contenido de sus declaraciones.

DECIMOSEGUNDO. Al compartir su naturaleza jurídica es posible una regulación común de estos tres medios de prueba, que debe considerarse al momento de conformación y valoración del material probatorio, así como en la forma de desarrollarse los mismos; todo ello siempre que nos encontremos ante un sistema de sana crítica. Lo anterior no obsta a que cada medio de prueba tenga ciertas especialidades, haciendo necesario realizar diferenciaciones jurídico-procesales.

DECIMOTERCERO. En el caso concreto de Chile, es imperioso que el juzgador implemente la distinción entre testigo o sujeto y declaración o testimonio, al valorar las pruebas que epistémicamente hemos considerado testimonios, lo que solo es posible en un sistema de sana crítica. Además, debe desarrollarse un procedimiento en que exista una etapa claramente establecida respecto a la conformación del material probatorio que a la vez impida excluir testimonios -entendidos en sentido amplio- en razón del sujeto y que dicha exclusión solo sea basada en la relevancia del contenido sobre lo que va a declarar.

Es imprescindible el cambio del sistema de valoración en Chile por la posibilidad que dicho sistema le permite al juez dar o no credibilidad a lo declarado, lo cual solo es posible en un proceso civil oral con libre valoración, el cual debe ir a la par con una diferenciación concreta de los momentos de conformación y valoración de la prueba.

DECIMOCUARTO. La propuesta de esta tesis en relación a los tres medios de prueba analizados es que el juzgador, en el momento de conformar el material probatorio, debe solo realizar un análisis de la declaración o testimonio que el testigo o sujeto va a introducir en juicio, pero no de este último elemento, ya que en la práctica no es posible realizar un análisis de relevancia del sujeto sino solo de su credibilidad, lo que corresponde a una etapa de valoración.

En la etapa de valoración de los medios de prueba deben analizarse por separado los elementos citados. Así, por una parte, la credibilidad del sujeto o testigo y, por otra, la coherencia y plausibilidad de la declaración o testimonio.

DECIMOQUINTO. Finalmente, creemos que las tachas solo debiesen utilizarse como una especie de advertencia, como se realiza en el sistema español, a diferencia del chileno que, en el caso de los testigos y peritos, generan *per se* un efecto excluyente que, evaluándose, impide que se analice la declaración o contenido.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier: *La valoración de la credibilidad del testimonio*. Madrid, España, Wolter Kluwer, 2020.

ABEL LLUCH, Xavier: “¿Qué cree el juez -de verdad- del interrogatorio de testigos?” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 153-159.

ABEL LLUCH, Xavier: “Criterios orientadores de la valoración de la prueba pericial” en *Peritaje y prueba pericial* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2017, pp. 211-248.

ABEL LLUCH, Xavier: “La dosis de prueba: entre el “common law” y el “civil law”” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35 (2012), pp. 173-200.

ABEL LLUCH, Xavier: *Derecho Probatorio*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2012.

ABEL LLUCH, Xavier: “Valoración de los medios de prueba en el proceso civil” en *Realismo jurídico y experiencia procesal* (Manuel Serra Domínguez). Barcelona, España, Atelier, 2009, pp. 71-91.

ABEL LLUCH, Xavier: “Estudio doctrinal. El interrogatorio de testigos” en *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy). Bosch Editores, 2008, pp. 15-146.

ABEL LLUCH, Xavier: “Del pliego de posiciones al interrogatorio oral” en *El interrogatorio de las partes en la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil* (director Xavier Abel Lluch). Barcelona, España, Bosch Editor, 2008, pp. 25-32.

ACCATINO, Daniela: “Atomismo y holismo en la justificación probatoria” en *Isonomía*, N. 40 (2014), pp. 17-59.

ACCATINO, Daniela: “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2011), pp. 483-511.

ACCATINO, Daniela: “El modelo legal de fundamentación de los enunciados probatorios en las sentencias penales y su control a través del recurso de nulidad” en *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (directora Daniela Accatino). Valdivia, Chile, Legal Publishing, Universidad Austral, 2010.

ACCATINO, Daniela: “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico” en *Revista de Derecho*, Volumen XIX, N° 2 (2006), pp. 9-26.

ADLER, Jonathan: *Epistemological Problems of Testimony*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Editor Edward N. Zalta) Winter (2017). Disponible en internet en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/testimony-episprob/> [Fecha última revisión: 15 de marzo 2020].

ADLER, Jonathan: *Epistemological Problems of Testimony*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Editor Edward N. Zalta) Spring (2009). Disponible en internet en: <https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/spr2009/entries/testimony-episprob/> [Fecha última revisión: 15 de marzo 2020].

ADLER, Jonathan: *Belief's own ethics*. Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2002.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: “Algunos aspectos relevantes de la prueba pericial en el proceso civil” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 19, N° 1 (2012), pp. 335-351.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite: “La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso” en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 38, N° 2 (2011), pp. 371-378.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Cuestiones de terminología procesal*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972.

ALEMAÑ CANO, Jaime: *La prueba de testigos en el proceso penal*. Murcia, España, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC HACLICKA, Antonio: *Tratado de derecho de derecho civil. Partes preliminar y general*. Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1998.

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho civil y comercial*. 2ª edición, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, Ediar. Soc. Anon. Editores, 1958.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Prueba judicial*. Rosario, Argentina, Editorial Librería Juris, 2007.

ANABALÓN SANDERSON, Carlos: *Tratado de derecho procesal civil. El juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Chile, El Jurista Ediciones Jurídicas, 2015.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William: *Análisis de la prueba*. Traducción de Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: “Sobre prueba y proceso penal” en *Discusiones: Prueba y conocimiento*, N° 3 (2003), pp. 55-66.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal civil*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2016.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Civil*. 3ª edición, Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2015.

BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las pruebas judiciales*. Traducción C.M.V. Tomos I- IV, París, Francia, Bossange Frères, 1825.

BERLO, David: *El proceso de la comunicación. Introducción a la teoría y la práctica*. Buenos Aires, Argentina, El Ateneo, 1984.

BONET NAVARRO, José. *La prueba en el proceso civil Cuestiones fundamentales*. Madrid, España, Difusión Jurídica, 2009.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. análisis en un contexto de facilidad probatoria” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 23, N° 1 (2016), pp. 173-198.

BRISEÑO Sierra, Humberto: *Derecho Procesal*. Vol. 1, D.F., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969.

CAFFERATA, Nores: *La prueba en el proceso penal*. 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1998.

CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Traducción Santiago Sentís e Isaac J. Medina. 2ª Edición, Madrid, España, Editorial Reus, S.A., 2013.

CALVO GONZÁLEZ, Susana: “Compatibilidad entre la pericial de parte y la pericial judicial en la LEC 2000” en *Problemas Actuales de la prueba civil* (coordinadores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2004.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia: “Aproximación a la noción de auditorio y de aceptabilidad racional” en *Revista Escuela de Derecho*, año 6, N° 6 (2005), pp. 135-172.

CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, 2018.

CAROFIGLIO, Gianrico: *El arte de la duda*. Traducción de Luisa Juanatey. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010.

CASARINO Viterbo, Mario: *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil*. Tomo IV, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

CHIOVENDA, José: *Principios de derecho procesal*. Traducción de José Casais y Santaló. Tomos I-II. Madrid, España, Editorial REUS S.A., 1922.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid, España, Editorial La Ley, 2010.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*. Madrid, España, Editorial La Ley, 2001.

CLEMENTE DÍAZ, Miguel: “Técnicas psicológicas de análisis de la credibilidad del testimonio” en *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el derecho procesal y penal y la psicología jurídica*. Valencia, España, Tirant Le Blanch, 2017.

COADY, C.A.J.: *Testimony. A philosophical study*. Reino Unido, Oxford University Press Inc., 2002.

COFRÉ PÉREZ, Leonardo. *Ante quien se presta la declaración testimonial*. Santiago, Chile, Puntotex, 2009. Cita online: CL/DOC/484/2010.

COLOMA, Rodrigo: “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales” en *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica*

del derecho (directores Pierre Brunets y Federico Arena). Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2011.

COLOMA, Rodrigo; PINO, Mauricio; MONTECINOS, Carmen: “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII (2009), pp. 303-344.

CONTRERAS ROJAS, Cristián: *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015.

COROMINAS MEJÍAS, Genoveva: “Cuestiones sobre el interrogatorio de testigos” en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2006.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho Procesal Civil. Parte General* (con Moreno Catena, Víctor). 9ª edición, Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017.

COUTURE, Eduardo: *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Roque DePalma Editor, 1958.

CRUZ CONTRERAS, María Angélica: “Epistemología feminista y producción de testimonios de mujeres sobre la dictadura en Chile: redirigiendo el foco a la posición de la investigadora” en *Práctica de oficios*, V. 1, N° 21 (2018).

CUCARELLA GALIANA, Luis: *Derecho procesal civil* (con Ortells Ramos, Manuel y otros) 10ª edición, Madrid, España, Editorial Aranzadi, 2010.

DAMASKA, Mirjan: *Derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó i Junoy. Madrid, España, Marcial Pons, 2015.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* (con Díez – Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime). 32ª Edición, Madrid, España, 2001, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2016.

DE LUCA, Stefano; NAVARRO, Fernando; CAMERIERE, Roberto: “La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 15-19 (2013), pp. 1-14.

DE PAULA PÉREZ, Alfonso: *La prueba de testigos en el Proceso Civil Español*. Madrid, España, Instituto Editorial Reus S.A., 1968.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos: “Dos formas discutibles de poner en duda el carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 34 (2010), pp. 349-383.

DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá. Colombia, Editorial Temis, 2016.

DEPARTAMENTO Jurídico de Sepín: *Proceso civil: Interrogatorio de parte, testigos, reconocimiento judicial y presunciones*. Madrid, España, Editorial Sepin, 2014.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*. Tomos I - II, Buenos Aires, Argentina, Víctor P. de Zavalía, 1988.

DÍAZ FUENTES, Antonio: *La prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*. Barcelona, España, Bosch, 2002.

DIGES, Margarita: *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*. Madrid, España, Editorial Trotta, 2016.

DÖHRING, Erich: *La prueba. Su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas, 1972.

DOSI, Ettore: *La prueba testimonial. Estructura y función*. Traducción de Ediciones Olejnik. Lima, Perú, ARA Editores E.I.R.L., 2016.

DUCCI CLARO, Carlos: *Derecho civil. Parte general*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

DUCE JULIO, Mauricio: “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema” en *Revista Política Criminal*, Volumen 13, N°25 (2018).

DUCE JULIO, Mauricio: *La prueba pericial*. Santiago, Chile, Ediciones Didot, 2014.

DUCE JULIO, Mauricio: “La prueba pericial y su admisibilidad en un nuevo proceso civil” en *Justicia civil y comercial: una reforma ¿cercana?* (editor Francisco Leturia). Santiago, Chile, Ediciones LyD, 2011, pp. 99-133.

ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Traducción de Adolfo Posada. Buenos Aires, Argentina, Librería El Foro S.A., 1994.

FERNÁNDEZ LEÓN, Óscar: “Cómo interrogar a tu testigo y al de la parte contraria” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 65-115.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración judicial de las pruebas declarativas” en *Revista Jueces para la democracia*, N. 64 (2009).

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: “La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N. 15 (2007).

FERRER BELTRÁN, Jordi: *La valoración racional de la prueba*. Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi: *Prueba y verdad en el derecho*. 2ª edición, Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2005.

FIDALGO GALLARDO, Carlos: “Interrogatorio de las partes” en *La prueba. La prueba en el proceso civil* (directora María Isabel González Cano), Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017.

FIGUEROA RUBIO, Sebastián: “Reconocer y explicar (,) lo que hacemos. Una lectura de la agencia humana desde las observaciones de Ludwig Wittgenstein” en *Ensayos, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral* (editor Juan Ormeño), Santiago, Chile, Ediciones LOM, 2016.

FLORES PRADA, Ignacio: “La prueba testifical” en *La prueba. La prueba en el proceso civil* (directora María Isabel González Cano), Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2017.

FLORES PRADA, Ignacio: *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2006.

FONT SERRA, Eduardo: *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*. Madrid, España, Editorial La Ley, 2000.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola: *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Versión castellana por Simón Carrejo y Jorge Guerrero. Tomo II. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1995.

FRICKER, Elizabeth: “Testimony and Epistemic Autonomy” en *The epistemology of testimony* (Editor Jennifer Lackey y Ernest Sosa) New York, United States, Oxford University Press, 2011, pp. 1225-252.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La prueba civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba y medios de prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

GARCÍA ODGERS, Ramón: “El testimonio de las partes en juicio propio. Análisis histórico comparativo a partir de las experiencias de Inglaterra y Austria” en *Revista Ius et Praxis*, Volumen 18, N° 2 (2012), pp. 147-188.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro: “La oralidad en la prueba pericial el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias” en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente* (editores Federico Carpi, Manuel Ortells Ramos), Volumen 2, 2008, pp. 199-210.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro: *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*. Pamplona, España, Editorial Aranzadi S.A., 1999.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: “Prueba científica. Un mapa de retos” en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (editora Carmen Vázquez). Barcelona, España, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina; Lucena Molina, José Juan; González Rodríguez, Joaquín: “Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar” en *Diario La Ley*, año XXXI, N° 7481 (2010), pp. 1-9.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho*. 3ª edición, Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos” en *Doxa*, n. 28 (2005), pp. 127-139.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, Juan y otros) Tomo II, 27ª Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles: “Repensando el testimonio: la distinción entre agente y producto” en *Revista chilena de derecho*, Volumen 46, N° 3 (2019), pp. 791-819.

GONZÁLEZ COULON, María de los Ángeles: “¿Por qué seguimos necesitando la prueba testimonial?” en *El enjuiciamiento civil y penal hoy* (coordinadores Manuel Cachón Cadenas, Vicente Pérez Daudí). Barcelona, España, Atelier Libros Jurídicos, 2019, pp. 579-587.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Hechos y conceptos” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del derecho*, N° 15 (2007), pp. 1.138-9.877.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel: “Hechos y argumentos” en *Jueces para la democracia*, N° 46 (2003), pp. 35-50.

GORPHE, François: *Apreciación judicial de las pruebas: ensayo de un método técnico*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1985.

GORPHE, François: *La crítica al testimonio*. Traducción de Mariano Ruiz-Funes. 5ª edición, Madrid, España, Editorial Reus S.A, 1971.

GRAHAM, Peter: *What is testimony?* The Philosophical Quarterly, Vol. 47, N° 187 (1997), pp. 227-232.

GUASP DELGADO, Jaime: *Derecho Procesal Civil. Parte general*. 4ª edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1998.

GUASP DELGADO, Jaime: “La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales” en *Estudios Jurídicos de Guasp* (editor Pedro Aragonese). Madrid, España, Editorial Civitas, 1996, pp. 391-432.

GUASP DELGADO, Jaime: *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*. Textos de las conferencias dadas en la Universidad de Oviedo los días 31 de agosto, 1 y 2 de septiembre de 1944. Disponible en internet: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/5135/1/2073100_039.pdf [Fecha última revisión: 24 de mayo 2020].

GUASTINI, Riccardo: *Interpretar y argumentar*. Madrid, España, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUIMARAES RIBEIRO, Darci: “Prueba testifical: protocolos de actuación, medidas de protección, técnicas de interrogatorio y cuestiones específicas de valoración en Iberoamérica” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018.

HAACK, Susan: *Evidence matters. Science, proof and truth in the law*. New York, United States, Cambridge University Press, 2014.

HARDWIG, John: “The role of trust in knowledge” en *The journal of philosophy*, Volumen 88, N° 12 (1991), pp. 693-708.

HORVITZ LENNON, María Inés; López Masle, Julián: *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

HUME, David: *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducción de Jaime de Salas Ortueta. Madrid, España, Alianza Editorial, 1988.

ILLESCA RÍOS, Ángel Vicente: *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona, España, Editorial Aranzandi, 2002.

JENKINS, Willian: *An analysis of Elizabeth F. Loftus’s. Eyewitness Testimony*. London, Macat International Ltd., 2017.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando: *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*. Madrid, España, Editorial Civitas, 2007.

KIELMANOVICH, Jorge: *Medios de prueba*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 1993.

LACKEY, Jennifer: “It takes two to tango: Beyond Reductionism and Non-Reductionism in the epistemology of testimony” en *The epistemology of testimony* (editor Jennifer Lackey y Ernest Sosa) New York, United States, Oxford University Press, 2011, pp. 160-192.

LACKEY, Jennifer: *Learning from words*. New York, United States, Oxford University Press Inc., 2008.

LACKEY, Jennifer: “Testimonial knowledge and transmission” en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 49, N° 197 (1999), pp. 471-490.

LARROUCAU TORRES, Jorge: “Por un estándar amplio de admisibilidad de pruebas en la justicia civil” en *Actas del Congreso Internacional de Derecho en Homenaje al Centenario de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso*. Tomo IV, Valparaíso, Chile, Editorial Edeval, 2012.

LAUDAN, Larry: *Verdad, error y proceso penal*. Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2013.

LESSONA, Carlo: *Teoría general de la prueba en derecho civil*. Traducción de Enrique Aguilera de Paz. Madrid, España, Instituto Editorial Reus, 1957.

LIPTON, Peter: *The epistemology of testimony. Studies in History and Philosophy of Science Part A*. Gran Bretaña, N. 1 (1998), pp. 1-31.

LOGUERCIO, Nicolás: “Testimonio moral y epistemología del testimonio” en *Revista latinoamericana de filosofía*, V. 41, N.1 (2015).

LOSADA, Alfonso: “El testimonio como dar la palabra” en *Teorema*, XXXIV/1 (2015), pp. 5-18.

LYTHGOE, Esteban: “El desarrollo del concepto de testimonio en Paul Ricoeur” en *Eidos. Revista de Filosofía de la Universidad del Norte*, Barranquilla, Colombia, N. 9 (2008), pp. 32-56.

MANZANERO, Antonio: *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid, España, Ediciones Pirámide, 2008.

MARÍN VERDUGO, Felipe: “Declaración de la parte como medio de prueba” en *Revista Ius et Praxis*, año 16, N° 1 (2010), pp. 125-170.

MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sergio: *La prueba*. Versión electrónica. Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

MARRERO AVENDAÑO, Danny: “Lineamientos generales para una epistemología jurídica” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Paéz). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS, 2015, pp. 15-36.

MARTÍN PASTOR, José: *Derecho procesal civil* (con Ortells Ramos, Manuel y otros)- 10ª edición, Madrid, España, Editorial Aranzadi, 2010.

MATURANA MIQUEL, Cristián; MONTERO LÓPEZ, Raúl: *Derecho procesal penal*. Tomos I - II, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2010.

MAZZONI, Giuliana: *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid, España, Editorial Trotta, 2010.

MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio, et al: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia, España, Editorial Tirant Le Blanch, 2015.

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa María: “¿Qué convence a un juez del interrogatorio de la parte y del testigo? en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 143-152.

MENESES PACHECO, Claudio. *El documento Público como Medio de Prueba en el Proceso Civil Chileno*. Santiago, Chile, Thomson online, 2017.

MENESES PACHECO, Claudio: “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil” en *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 2 (2008), pp. 43-86.

MERCEDES, Víctor: “¿Cuándo debo pedir la prueba testifical y cuándo es mejor no hacerlo? Breve excursio sobre la prueba testifical en el proceso civil” en *La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria* (director Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editor, 2019, pp. 35-42.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “La relevancia de los indicios en la valoración de la prueba testifical” en *Revista Jurídica de Catalunya*, año CXVI (2017), pp. 71-85.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “La valoración de la prueba testifical civil a examen (una revisión crítica del art. 376 LEC)” en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016), pp.1-37.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “La intermediación judicial como presupuesto fundamental de la valoración en conciencia de la prueba personal (trece argumentos en contra de esta tesis)” en *Revista Jueces para la Democracia*, 82 (2015), pp. 16-23.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “Prueba directa vs. Prueba indirecta (un conflicto inexistente)” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (2015), pp. 73-100.

MIRANDA VÁZQUEZ, Carlos de: “El mito de la influencia de la intermediación judicial en la valoración de la prueba personal: una revisión crítica” en *Revista de Derecho Procesal Justicia*, 2 (2014), pp. 339-371.

MITTERMAIER, C.J.A.: *Tratado de la prueba en materia criminal*. Traducción de Primitivo González del Alba. 3ª Edición, Madrid, España, Imprenta de la Revista de Legislación, 1877.

MONTERO AROCA, Juan: *Derecho jurisdiccional* (con Calderón Cuadrado, Pía y otros) Tomo II, 27ª Edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.

MONTERO AROCA, Juan: *El proceso civil. Los procesos ordinarios de declaración y ejecución*. 2ª edición, Valencia, España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Pamplona, España, Civitas, 2005.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica procesal*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2012.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Fundamentos de prueba judicial civil L.E.C. 1/2000*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. 2ª edición, Barcelona, España, Editorial Praxis S.A., 1983.

NIEVA FENOLL, Jordi: “Prueba científica: cuestiones de futuro: neurociencia e inteligencia artificial” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018.

NIEVA FENOLL, Jordi: *La valoración de la prueba*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010.

NIÑO OCHOA, Douglas; MARRERO AVENDAÑO, Danny: “El testimonio de un experto. Una perspectiva agentiva” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Páez). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS., 2015, pp. 185-203.

PÁEZ PEÑUELA, Andrés: “La epistemología y el derecho” en *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (coordinador Andrés Páez). Bogotá, Colombia, Editorial Kimpres SAS., 2015, pp. 1-12.

PÁEZ PEÑUELA, Andrés: “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio” en *Isonomía*, 40 (2014), pp. 95-118.

PÁEZ PEÑUELA, Andrés: “Una aproximación pragmatista al testimonio como evidencia” en *Estándares de prueba y prueba científica* (editora Carmen Vázquez). Barcelona, España, Editorial Marcial Pons, 2013.

PALACIO, Lino Enrique: *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot S.A., 2000.

PALOMO VÉLEZ, Diego: *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (con Bordalí, Andrés; Cortez, Gonzalo). 2ª edición, Santiago, Chile, Legal Publishing Chile, 2014.

PARDO, Michael: Testimony. “*Tulane Law Review*”, Vol. 82 (2007), 72 pp.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Javier: *La prueba en materia sustantiva civil*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

PÉREZ GIL, Julio: *El conocimiento científico en el proceso civil. Ciencia y tecnología en tela de juicio*. Valencia, Tirant Le Blanch, 2010.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Del interrogatorio de testigos” en *Todas las preguntas y respuestas sobre la ley de enjuiciamiento civil* (directores Pablo Izquierdo Blanco, Joan Picó i Junoy; Federico Adán Doménech). Madrid, España, Wolters Kluwer, 2019, pp. 822-864.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Apartado IX. Los procesos declarativos: disposiciones comunes (arts. 248 a 334) en *Práctica procesal civil. Tomo V* (directores Jesús Eugenio Corbal Fernández, Pablo Izquierdo Blanco, Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, Bosch Editores, 2014, pp. 4.169-4.252.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Interrogatorio de testigos y admisión. ¿Pueden las partes proponer cuantos testigos estimen por conveniente o existe alguna limitación (art. 363 LEC)?” en *La audiencia previa* (directores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2010, pp. 405-409.

PICÓ I JUNOY, Joan: “El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Problemas Actuales de la prueba civil* (coordinadores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan: *La prueba pericial en el derecho civil español: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2000.

PICÓ I JUNOY, Joan: “Sección 7ª Del interrogatorio de testigos” en *Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil, Tomo II* (director Antonio María Lorca Navarrete). Valladolid, España, Editorial Lex Nova, 2000, pp. 1.961-2.024.

PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona, España, J.M. Bosch Editor S.A., 1996.

PINO ABAD, Miguel: *Testigos bajo sospecha. Estudio histórico - jurídico de la tacha*. Madrid, España, Editorial Dykinson S.A., 2014.

QUERAL CARBONELL, Ana; RÍOS LÓPEZ, Yolanda: “Testigo interrogado. Especial consideración del testigo-perito” en *El interrogatorio de testigos. Serie Estudios prácticos sobre los medios de prueba* (directores Xavier Abel Lluch, Jona Picó i Junoy). Bosch Editores, 2008, pp. 219-248.

QUINTANA FERREIRA, Francisco: “La valoración del interrogatorio de testigos en supuestos específicos: el testigo tachado y el testigo-perito” en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy). España, Bosch Procesal, 2008.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María: “Perspectiva iberoamericana de la justicia civil” en *La prueba en el proceso*. Salamanca, España, Atelier Libros Jurídicos, 2018, pp. 413-446.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Enjuiciamiento civil. Cómo gestionar los litigios civiles*. Barcelona, España, Atelier Libros Jurídicos, 2008.

RAMOS, Vitor Lia de Paula: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Traducción de Laura Criado Sánchez. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2019.

RAMOS, Vitor Lia de Paula: *Prova testemunhal. Do subjetivismo ao objectivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemología*. Tesis doctoral, Universidad de Girona, 2018.

RICCI, Francisco: *Tratado de las pruebas*. Pamplona, España, Analecta ediciones y libros SL, 2005.

RISOPATRÓN, Carlos: *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil de Chile*. Santiago, Chile, Imprenta Cervantes, 1094.

RIVERA MORALES, Rodrigo: *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2011.

ROBERTS, Paul, ZUCKERMAN, Adrian: *Criminal Evidence*. Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2010.

RODRIGUEZ PAPIC, Ignacio: *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María: *El interrogatorio de testigos*. Madrid, España, Editorial Dykinson S.A., 2003.

SCHLOSSER, Markus: *Agency*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (editor Edward N. Zalta) Fall (2015). Disponible en internet en: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=agency> [Fecha última revisión: 25 de mayo 2020].

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Estudios de derecho probatorio*. Lima, Perú, Communitas, 2009.

SILVA, Eva; MANZANERO, Antonio; CONTRERAS, María José: *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*. Madrid, España, Dykinson S.L., 2018.

SOBRAL, Jorge; PRIETO, Ángel: “Persuasión y testificación: una (re)visión social de la credibilidad del testimonio” en *Psicothema*, vol. 5, núm. Sup (1993), pp. 393-410.

STEIN, Alex: *Foundation of evidence law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2005.

TARSKI, A: “La Concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica” (1944) en *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Traducción de N. Smilg, J. Rodríguez, M.J. Frápolli y J.A. Nicolás. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1997, pp. 65-107.

TARUFFO, Michele: *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Traducción de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele: *La prueba*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2ª Edición, Madrid, España, Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele: “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXXVIII, N° 114 (2005). pp. 1.285-1.312.

THAGARD, Paul: “Testimony, credibility, and explanatory coherence” en *Erkenntnis* N. 63 (2005), pp. 295-316.

TORRES PINDADO, David: “Aspectos subjetivos en el interrogatorio de parte” en *Aspectos prácticos de la prueba civil* (directores Xavier Abel Lluch, Joan Picó i Junoy). Barcelona, España, J.M. Bosch Editor, 2006.

TWINING, William: “De nuevo, los hechos en serio” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), pp. 317-340.

UBERTIS, Giulio: *Elementos de epistemología del proceso judicial*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid, España, Editorial Trotta, 2017.

VÁZQUEZ ROJAS, Carmen: *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España, Editorial Marcial Pons, 2015.

WALTON, Douglas; Reed, Chris: “Evaluating Corroborative Evidence” en *Argumentation*, 22, 4 (2008), pp. 531-553.

WALTON, Douglas: *Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law*. New York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2007.

WELLS, Gary; Olson, Elizabeth: “Eyewitness testimony” en *Anuario Revista Psychology* N. 54 (2003), pp. 277-95.

ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: “Valoración de la prueba pericial” en *La prueba pericial en el proceso civil* (directores Pilar Ledesma Ibáñez, Fernando Zubiri de Salinas). Colección Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, España, XII-2006, pp. 219-256.

ZUCKERMAN, Adrian: *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*. Reino Unido, Sweet & Maxwell, 2013.