

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL CONFORME AL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

*Oscar Manuel Burga Zamora**

RESUMEN

El presente estudio se refiere a la valoración de la prueba testimonial, cuya vigencia vuelve a tener importancia con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal. Partiendo de las dificultades que implica la valoración de la prueba testimonial, se intenta encontrar parámetros específicos que permitan a los magistrados realizar su labor con la mayor racionalidad posible. Para este análisis, se parte de consideraciones previas, a fin de fijar algunas ideas que servirán para el desarrollo del análisis correspondiente. Se continúa estableciendo un concepto de la prueba testimonial, para luego abordar el tratamiento legislativo sobre la valoración de la prueba en general y de la prueba testimonial en particular. Se analizan las reglas generales de valoración recogidas por nuestra legislación y ante la falta de reglas específicas, se intenta establecer las mismas a la luz de la idoneidad del testigo como fuente de prueba y la confiabilidad de su testimonio.

PALABRAS CLAVES

Prueba / Testigo / Testimonio / Idoneidad / Credibilidad / Idoneidad moral / Idoneidad material.

SUMARIO

I. Introducción. II. Cuestiones previas. III. Prueba testimonial. IV. Regulación sobre la valoración de la prueba. 4.1. Sobre la valoración general de la prueba. 4.2. Sobre la valoración de la prueba testimonial. V. Elementos de valoración de la prueba testimonial. 5.1. Reglas generales de valoración. 5.2. Reglas específicas de valoración. VII. Consideraciones finales. VIII. Conclusiones.

* Juez Penal. Magíster en Derecho con mención en ciencias penales. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo.

I. Introducción

En el presente trabajo se aborda un tema que había perdido importancia para el propósito de resolver los procesos penales con una mayor cercanía a la realidad de los hechos: la valoración de la prueba testimonial. Las razones de la desconfianza han tenido que ver con la dificultad de establecer criterios racionales claros para determinar si un testigo está o no diciendo la verdad, así como la falta de control adecuado del ingreso de la información al proceso en sistemas con predominio de la escritura. Ante las reformas asumidas en los sistemas judiciales latinoamericanos, donde la oralidad se constituye como uno de sus rasgos más importantes, la prueba testimonial recobra su importancia gracias a la inmediación; por tanto, la necesidad de contar con parámetros claros de valoración se convierte en una necesidad, sobre todo, cuando el principio de libre valoración de la prueba se erige como uno de sus pilares más importantes.

Como quiera que las diversas legislaciones enuncian parámetros muy generales para guiar el proceso racional de valoración, limitándose –como sucede con la nuestra– a establecer que este proceso debe realizarse en virtud de la sana crítica, especialmente las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, se requiere contar con parámetros más precisos para cumplir con la labor de administrar justicia. Lo que se pretende por tanto, es establecer –en la medida de lo posible– algunos de esos parámetros específicos al momento de valorar un testimonio; análisis que pasa por determinar las condiciones que debe poseer el testigo como órgano de prueba, reconocer las circunstancias del hecho, así como el momento y modo en que se produce el testimonio objeto de valoración; es decir, tanto la idoneidad de la fuente de prueba, las condiciones en que percibió el hecho, así como la credibilidad de su testimonio, como elemento de prueba que sirve para sustentar una sentencia.

Intentar establecer algunos parámetros que guíen la valoración de la prueba personal, especialmente la testimonial, no es una tarea sencilla. Esto es así, porque a lo largo de la historia se ha pretendido establecer mecanismos para determinar si una persona falta o no a la verdad y así poder valorar positivamente su declaración. El instrumento más conocido y aplicado generalmente a los imputados ha sido el polígrafo o “máquina de la verdad”, que conforme a su propósito muy bien pudo haberse aplicado a los testigos, pero resulta que no ha tenido el éxito esperado, porque una persona que conoce su mecanismo de funcionamiento,

puede superar un interrogatorio faltando a la verdad, justamente porque el polígrafo obedece a estímulos que como señala Alonso-Quecuty, se trata de un detector de cambios en determinadas respuestas puramente fisiológicas que pueden o no darse en un sospechoso que miente, dando lugar a los denominados errores falso positivo y falso negativo¹. Es por eso que se tuvo que abandonar como medio para determinar si una persona decía la verdad o mentía ante un interrogatorio estructurado. La psicología experimental por su parte ha llegado a conclusiones similares, porque la estilometría² por ejemplo, tampoco genera resultados seguros para determinar si una persona dice o no la verdad.

Por lo mismo, la peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, como procedimiento de detección de mentiras y el engaño en procesos judiciales³, tampoco resultaría muy útil para la labor del magistrado, especialmente en un sistema adversarial o con tendencia adversarial como el nuestro, porque la obtención de la declaración, como la entrevista necesarias para tal actividad en un proceso judicial no está a cargo de ningún psicólogo con interés exclusivo de obtener la verdad, sino de las partes procesales con intereses propios. Además, un testimonio está sujeto a una serie de factores que pasan en primer lugar por la capacidad de percepción y los errores que pueden generarse por una serie de factores (luz, distancia, estado de ánimo, etc.), así como los problemas de retención y evocación, los que tienen que ver con el tiempo y la capacidad de la memoria, incluso la forma del interrogatorio, en la medida que las respuestas pueden variar si se estructura las preguntas de un modo o de otro, tema que es ampliamente reconocido por la psicología⁴.

Lo cierto es que día a día el Poder Judicial resuelve casos y muchos de ellos los hace en virtud de pruebas testimoniales observando la formalidad del juramento previo, pero que, muchas - seguramente - con contenido contrario a la verdad y engañados por un testimonio, sustentan una sentencia, generando errores judiciales, donde el mendaz no obstante haber cometido el delito de falso testimonio, ni siquiera es denunciado. Esta situación, como es obvio, genera dos

¹ Clemente Miguel (Coordinador). Artículo de Ma. Luisa Alonso-Quecuty denominado Psicología y Testimonio. Ediciones Pirámide. Madrid 1997. P. 181.

² Procedimiento de evaluación consistente en el análisis semántico y estilístico de las declaraciones, que comprende un gran número de técnicas desarrolladas a partir de la consideración de algunas variables tradicionalmente empleadas por los psicólogos en sus experimentos: frecuencia de palabras, prosodia del lenguaje (número de pausas, tono de voz, etc.) repetición de determinadas palabras, giros, expresiones coloquiales, etc. En Alonso-Quecuty, Ob. Cit.

³ ver trabajo de Ramón Arce y Francisca Fariña denominado "Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y simulación: el Sistema de Evaluación Global", publicado en <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1247.pdf>. ó www.papelesdelpsicologo.es/ver_numero.asp?id=1247. Diciembre, N° 92, 2005.

⁴ Ver artículo de Ramón Arce y Francisco Fariña, ya mencionado.

tipos de errores, uno con relación a la decisión y sus consecuencias y otro con la falta de denuncia, no obstante que en la realidad se ha incurrido en un delito previsto en el artículo 409 del Código Penal.

Ante tal situación, seguramente puede influir en este trabajo, la concepción que podamos tener sobre el objeto la prueba; es decir, si son los hechos o las afirmaciones sobre los hechos, tema que como lo reconoce Gonzales Lagier⁵, es de discusión en la doctrina. En el mismo sentido, podríamos decir, si la finalidad de la prueba es la búsqueda o descubrimiento de la verdad o acreditar las afirmaciones o versiones contrapuestas de las partes. Seguramente la concepción que se asuma al respecto, puede facilitar el análisis.

No es nuestro propósito, efectuar un trabajo terminado, sino simplemente un intento de poder determinar algunos parámetros que puedan guiar una valoración racional de este medio de prueba, que muchas veces en la práctica diaria se deja a la intuición, al “buen juicio”, a la simple observación, como mecanismos de valoración.

II. Cuestiones previas

Los textos clásicos de derecho procesal no han dedicado mucho espacio a los elementos específicos que deben servir para otorgar tal o cual valor a la prueba, especialmente a la prueba personal y testimonial en particular. A lo sumo, se limitan a establecer las formalidades de su ofrecimiento, admisión y actuación, su clasificación y en el tema específico de valoración, se agotan los estudios, enunciando los sistemas de valoración, como el de libre valoración, tarifa legal o prueba tasada y sana crítica⁶, aunque otros, sólo reconocen dos sistemas de valoración: el de tarifa legal y el de libre valoración de la prueba, ubicando la sana crítica en ésta última⁷; sin embargo, ello no ayuda mucho a los operadores jurídicos a realizar su actividad en los casos concretos, siendo en consecuencia superados, gracias a la capacidad analítica de cada uno, sin que se adviertan elementos claros que estandaricen dicho análisis.

⁵ González Lagier, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores y Temis. Lima-Bogotá 2005. P. 35.

⁶ Gustavo Peláez Vargas, citado por Gonzáles Navarro, Luis Antonio, en su obra *la Prueba en el sistema Penal Acusatorio*. Leyer Editores. Bogotá. P. 288.

⁷ Devis Echandía, Fernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zavalia Editor. Buenos Aires 1988. Página 84 y siguientes, donde reconoce sólo dos sistemas de valoración de la prueba: la de tarifa legal o prueba tasada y libre valoración de las pruebas, considerando ésta última como el de la sana crítica, apreciación razonada, libre convicción, convicción íntima o sistema de jurado y de los fallos en conciencia por jueces profesionales.

No obstante, esta situación ha empezado a superarse, porque como lo reconoce González Lagier, “ha comenzado a invertirse, y cada vez es menos extraño encontrarse con trabajos sobre el razonamiento judicial en materia de hechos”⁸.

En el caso de los sistemas de valoración de la prueba, se admite como un hecho superado en la actualidad, que sólo cabe espacio para el sistema de valoración de la sana crítica, toda vez que el sistema de libre valoración de la prueba, donde no se exige explicación y justificación de las razones por las cuales se tomó tal o cual decisión, no resulta compatible con sistemas como el nuestro, donde la propia Constitución⁹, obliga a los jueces a motivar sus decisiones. Igual sucede con el sistema de “tarifa legal” o de la prueba tasada, porque el hecho de asignarle legalmente un determinado valor a las pruebas, no sólo convierte al magistrado en una especie de “juez mecánico”, sino que atenta contra su propia esencia, asignada constitucionalmente, de decidir una controversia conforme a las particularidades del caso concreto y mediante una decisión razonada.

Ante tales críticas, lo que admite la doctrina como un sistema válido de valoración de la prueba es la sana crítica; sin embargo, más allá de explicarse los aspectos generales a tomar en cuenta para el uso de este sistema, lo que no se dice son los aspectos en concreto que se tiene que considerar para otorgarle mérito probatorio a un elemento de prueba. Esta es una tarea pendiente, sobre todo en relación a la prueba personal, específicamente a la prueba testimonial, porque lo que se espera de ésta, es en primer lugar su fidelidad y en segundo lugar su credibilidad.

La tarea no es fácil, porque la valoración de la prueba –como sostienen algunos- 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 litigio¹⁰. Además, podría sostenerse que lo ideal para resolver un proceso judicial en justicia, es contar con la verdad o estar lo más cercano a ella, de lo contrario la denominada “certeza” a la que arriba un magistrado al momento de tomar una decisión, se puede constituir en un resultado alejado de la justicia a los ojos de la ciudadanía, que puede convertir a los procesos en ritos ausentes de valores. En tal

⁸ Ob. Cit. P. 18.

⁹ Art. 139 inciso 5 de nuestra Constitución.

¹⁰ Taruffo, Michele. La prueba. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. España 2008. P. 132.

sentido, se requiere del uso de algunos elementos fiables, capaces de otorgar al Juez la posibilidad de emitir una decisión en justicia. La dificultad resulta notoria, sobre todo en el caso de la prueba testimonial, donde se conjugan una serie de elementos que no se manejan uniformemente en la práctica diaria, ya sea por los abogados litigantes, como por los propios magistrados, según se puede advertir de la lectura de las decisiones.

Justamente del contenido de las decisiones, con relación a la valoración de la prueba personal, existen aseveraciones que se pretenden respaldar en el principio de la inmediación y se usan frecuentemente como lo suficientemente sólidas para dar por acreditado un hecho. Me refiero a frases como “el testigo, le sostuvo firmemente al imputado...”; “el testigo no fue capaz de mirar a los ojos a mi patrocinado, porque éste decía la verdad”; “el testigo, se puso nervioso ante la versión firme y coherente de mi patrocinado”; “el testigo se puso dubitativo cuando se le preguntó sobre aspectos específicos, porque estaba faltando a la verdad”, etc., expresiones que a la luz de la “psicología” de los abogados e incluso de los jueces, constituirían manifestaciones objetivas de mendacidad, que resultan determinantes en la toma de decisiones de muchas controversias penales.

Sobre estas aseveraciones, señala Nieva Fenoll, que resulta sumamente peligroso guiarse por criterios como la “firmeza” de la declaración, o si el testigo perdía la fijeza de la mirada, o sudaba, o suspiraba o gesticulaba mucho, o titubeaba, o miraba hacia aquí o hacía allá, etc.¹¹. En realidad, todas estas aseveraciones, no son más que el resultado intuitivo de querer asignarle algún mérito valorativo a la prueba testimonial, que no tiene realmente base científica, para afirmar por ejemplo, que lo dicho por tal o cual testigo, constituye una afirmación falsa o una afirmación verdadera, al constituir simples manifestaciones que pueden ser explicables científicamente, no necesariamente traducidas en afirmaciones de verdad o falsedad. Esto es así, porque el sostener una versión firmemente a otro, por ejemplo, no garantiza que dicha persona este necesariamente diciendo la verdad, sino que puede ser producto de un cinismo extremo, demostrable con prueba científica, u otro medio de prueba, no obstante que estas declaraciones se realizan bajo juramento, esto no garantiza que una persona diga necesariamente la verdad. Igualmente puede suceder, con las demás aseveraciones. Sin duda, estas manifestaciones, tienen que tener explicación de parte de la psicología y la fisiología, porque –como repetimos- no necesariamente se traduce en términos

¹¹ Nieva Fenoll, Jordi. La Valoración de la Prueba. Marcial Pons. España 2010. P. 220.

de verdad o falsedad, por tanto, las decisiones que se tomen en virtud de tales manifestaciones, pueden llevarnos a errores judiciales muy lamentables, cuando de por medio no sólo está la decisión de una causa en tal o cual sentido, sino la libertad de una persona.

Lo antes señalado, evidencia la necesidad de contar con determinadas pautas, capaces de otorgarle a un Juez, la posibilidad de resolver los procesos judiciales a su cargo, con mayor objetividad posible, que es lo que se pretende en este trabajo.

III. Prueba testimonial

La prueba testimonial está constituida obviamente por la declaración del testigo o individuo que tiene conocimiento de un hecho, el cual adquiere generalmente porque se encuentra presente en el momento que el hecho se realiza¹²; que constituye *thema probandum* en un proceso determinado, necesario para su esclarecimiento, y que debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el Juez por medio de una declaración¹³. 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 conoce sobre tales hechos¹⁴. Si bien los testigos, generalmente obtienen el conocimiento de los hechos sobre los que están obligados a declarar en forma directa, dicho conocimiento también puede ser obtenido por intermedio de terceros, caso en el cual nos encontramos ante el denominado testigo indirecto. Otro aspecto pendiente de aclaración, tiene que ver con el sujeto que técnicamente es considerado como testigo para nuestra legislación.

Sobre el particular, nadie puede negar que el agraviado y el propio imputado, protagonistas de un hecho, son los primeros que tienen conocimiento de un evento con relevancia penal y que por tal razón pueden brindar una manifestación sobre el conocimiento de los hechos como testigos; sin embargo, dada la posición especial en que se encuentra el imputado por ser objeto de la atribución de un hecho delictivo, se le excluye de la condición de testigo, porque justamente la conducta que se le atribuye y que éste niega, es el tema de debate en juicio, cosa que no sucede con la declaración del agraviado, quien actualmente es considerado por nuestra

¹² Mittemaier, Karl. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Hammurabi Buenos Aires 1979. P. 319

¹³ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editorial del Puerto E.I.R.L. Buenos Aires 2000. P. 219.

¹⁴ Taruffo, Michele. La prueba. Marcial Pons. España 2008. P. 62.

legislación como testigo, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, donde su declaración no era considerada como testimonial, sino como declaración preventiva. De igual manera, nuestro sistema procesal considera el examen del perito en juicio, como parte de la prueba pericial, más no como prueba testimonial, testimonio pericial o post factum¹⁵, o testigo técnico, como sucede en este último caso en el sistema americano, porque conforme al artículo 166.3 del Código Procesal Penal, nuestro sistema considera al testigo técnico como la persona que conoce directamente los hechos, pero que por sus conocimientos científicos o técnicos sobre los hechos que fueron de conocimiento directo, está en la posibilidad de emitir conceptos u opiniones sobre ello, a diferencia del testigo común, quien sólo puede referir los hechos objeto de percepción, sin tener la posibilidad de emitir opinión.

IV. Regulación sobre la valoración de la prueba

4.1. Sobre la valoración general de la prueba

El Código de Procedimientos Penales, no contiene mayor referencia al tema de valoración de la prueba, salvo lo precisado en el artículo 283, según el cual, el juez debe apreciar los hechos y las pruebas con el criterio de conciencia, para luego hacer referencia –producto de una modificatoria del año dos mil- a las declaraciones obtenidas en los procedimientos de colaboración eficaz, y sólo para establecer como exigencia adicional, las corroboraciones necesarias que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas. No obstante, otra referencia no existe.

Nuestro Código Procesal Penal, dedica el artículo 158 a la valoración de la prueba, donde señala, en términos generales, que además de tomar en cuenta, las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, el Juez, tiene la obligación de exponer los resultados obtenidos y los criterios adoptados, aspectos que tienen que ver con la obligación de motivar las resoluciones judiciales, como exigencia contenida en el artículo 139.5 de nuestra Constitución. Luego agrega, con referencia a la prueba testimonial, que en los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo podrán servir de sustento para dictar una medida coercitiva o dictar una sentencia de condena, si ha sido debidamente corroborada con otras pruebas.

¹⁵ Framarino Dei Malatesta, Nicola. *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*. Editorial Temis S.A. T II. Bogotá 2002. P. 20.

El numeral dos del artículo 393, el Código Procesal Penal, contiene de forma similar una norma de valoración, así refiere, que el Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá, primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. Quizás, el presente trabajo no tenga que ver con una valoración conjunta, sino con una valoración individual de la prueba testimonial, pero como veremos más adelante, cualquier medio de prueba tiene una exigencia de análisis relacional en su proceso valorativo.

Igualmente señala, que la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

La alusión a la sana crítica y sus reglas obliga a preguntarnos, si la denominada sana crítica, equivale a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos o es un concepto distinto. La interrogante surge, porque la palabra “especialmente”, nos advierte la delimitación de un concepto más amplio. En realidad, pareciera que este concepto cuyo origen algunos atribuyen al Reglamento del Consejo de Estado Español, anterior a la ley española de enjuiciamiento civil de 1855¹⁶, mientras que otros a Jeremías Benthan quien en 1823 en su tratado de las pruebas judiciales, atacando de manera efectiva el sistema de la tarifa legal, habría propuesto el sistema de persuasión racional como sistema de valoración probatoria¹⁷; dato que no ha sido claramente delimitado, ni por la ley, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina.

Pues bien, para algunos la sana crítica, implica que en la valoración de la prueba, el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis¹⁸; para otros, en este sistema el juez es libre de formar su convencimiento, pero tiene que dar razones que expliquen cómo o porqué de su convicción sobre la masa de pruebas o determinado medio de prueba¹⁹.

¹⁶ Varela, Casimiro. Valoración de la Prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 1990. P. 100.

¹⁷ Gonzáles Navarro, Antonio Luis. La Prueba en el sistema penal acusatorio. Leyer editores. Bogotá. P. 284.

¹⁸ Varela, Casimiro. OB. Cit. P. 101.

¹⁹ Cuello Iriarte, Gustavo, citado por Gonzáles navarro, Antonio Luis. Ob. Cit. P. 289.

Se considera también que las reglas de la sana crítica, son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano, en las que interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez²⁰; sin embargo, como ya se señaló, nuestra norma procesal penal, si bien considera como parte de la valoración mediante la sana crítica, las reglas de la lógica, agrega, los conocimientos científicos, así como las reglas de la experiencia, que no es igual a decir “experiencia del juez”, porque ésta será muy difícil de conocer y por tanto imposible de contradecir, cosa que no sucede con las reglas de la experiencia, que si puede ser objeto de control y debate judicial. No obstante ello, lo que refiere la norma sobre el particular, terminan siendo cuestiones generales, que poco ayudan al magistrado en la valoración de la prueba en un caso concreto.

4.2. Sobre la valoración de la prueba testimonial

El artículo 162 del Código Procesal Penal, inicia su inciso 1, efectuando un deslinde con criterios propios del sistema inquisitivo, al señalar que toda persona es, en principio hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la ley. Decimos que efectúa un deslinde porque en un sistema con predominio de la oralidad, la prueba no se excluye ex ante, sino que su mérito, se determina mediante el uso del contradictorio donde se debe determinar si resulta idóneo para rendir una declaración que pueda fundar una sentencia, porque en un sistema oral regido por el principio de libre valoración de la prueba, los testimonios no valen por su número, sino por su “peso”, confirmando así, el abandono del viejo adagio, propio de una época ya superada “testis unus, testis nullus”.

No obstante ello, existe dos razones que impiden que una persona pueda declarar en juicio, las personas que por motivos naturales no puedan transmitir una información y aquellas personas que por disposición de la ley no están obligadas de hacerlo, las cuales en nuestra norma procesal penal están precisadas en el artículo 165. Las razones saltan a la vista, porque por ejemplo, el cónyuge del imputado, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como el que tuviere una relación convivencial con él, incluso los parientes por adopción, así como a los cónyuges o convivientes cuando ha cesado el vínculo, se les extiende esa posibilidad, a fin de preservar otros valores, los cuales

²⁰ Gonzales Navarro, Antonio Luis Ob. Cit. P. 290.

terminan pesando más que la propia necesidad de buscar la “verdad”, como es: la extensión del privilegio de guardar silencio que tiene todo imputado a ese vínculo familiar cercano y la preservación de la armonía familiar. Se incluyen dentro de este grupo de personas, las que conocen los hechos por motivos profesionales, donde lo que se preserva es justamente ese secreto profesional, que garantiza el ejercicio profesional de las personas y en otros casos sus convicciones religiosas. Igualmente se justifica, bajo esta misma lógica, que no puedan ser obligados a declarar en juicio las personas que conocen hechos considerados como secreto de Estado, donde se preservan valores de mayor entidad.

El que sí contiene, en cierto modo, una referencia a la valoración de la prueba personal, es el inciso 2 del artículo 162 del Código Procesal Penal; sin embargo es una referencia que tiene que ver con la idoneidad del testigo, no con el testimonio mismo, porque el texto aludido es el siguiente: “si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias, en especial, la realización de pericias que correspondan” y luego agrega “esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el juez”.

En el inciso 2 del artículo 158 del Código Procesal Penal, encontramos una referencia más precisa, pero sólo para testimonios específicos, como el testigo de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores o situaciones análogas, que pueden ser valoradas ya sea para dictar una medida coercitiva o una sentencia condenatoria, siempre que sean corroboradas con otros medios de prueba. En el caso de los testigos de referencia, incluso se tiene que concordar con lo dispuesto en el artículo 166.2 del Código Procesal Penal, en cuanto prescribe que “si el conocimiento es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y los medios por los cuales lo obtuvo”. Es más el dispositivo legal agrega, que se “insistirá, aún de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento”, para finalmente precisar, que “si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado”. Lo que dice del cuidado que ha tenido el legislador de preservar la oralidad y el contradictorio, así como la necesidad de recurrir a la fuente de prueba para poder valorar la misma; sin embargo, esta norma no contiene realmente parámetros específicos de valoración.

Otra de las disposiciones legales, que tiene relación con la valoración de la prueba testimonial y directamente con la intermediación de la misma, la encontramos en el juicio de apelación. El

inciso 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal, prescribe que la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia, lo que evidencia la importancia que otorga a la apreciación directa del Juez; sin embargo, no menciona cuáles son aquellos aspectos que el juez debe tener en cuenta para otorgarle o negarle mérito a un testimonio, por lo que el juez tiene que refugiarse en la sana crítica, que como señalaba el profesor Devis Echandía, consiste en la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del Juez sean aplicables al caso²¹, concepto que conforme a nuestra legislación estaría constituida especialmente por la observancia de las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, que finalmente no puede ser otra cosa que cualquier regla del entendimiento humano.

Ferrer Beltrán²², cuando se refiere a los elementos que integran el derecho a la prueba, además de considerar el derecho a utilizar todas las pruebas que se dispone en un proceso y el derecho a que las pruebas sean practicadas dentro de él, incluye el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas, así como la obligación de motivar las decisiones judiciales. Obviamente lo que nos interesa acá, es la valoración racional de las pruebas practicadas, que según dicho autor exige por un lado que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a efectos de justificar la decisión que se adopte y por otro, exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. Racionalidad, que dentro de un sistema de libre valoración de la prueba, conforme a nuestra legislación, tiene que hacerse mediante el uso de las reglas de la lógica, de experiencia y los conocimientos científicos.

V. Elementos de valoración de la prueba testimonial

5.1. Reglas generales de valoración

La prueba testimonial, más que cualquier otra, requiere del uso de las reglas generales de valoración, que conforme a nuestra legislación, está constituida –como ya señalamos– por las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Conceptos, que merecen ser

²¹ Devis Echandía, Fernando. Ob. Cit. P. 99.

²² Beltrán Ferrer, Jordi. La Valoración Racional de la Prueba. Marcial Pons. España 2007. P. 54-57.

delimitados, porque de lo contrario, se pueden mantener como conceptos jurídico procesales indeterminados.

a.- Reglas de la lógica

La lógica cumple una función importante en la valoración de la prueba, implica un proceso racional que se manifiesta en una decisión. Sin lógica no puede existir valoración de la prueba²³, porque en la tarea de apreciación de la prueba, el juez requiere observar un correcto razonamiento y la lógica es indispensable para tales efectos²⁴; sin embargo, cuando nuestra norma procesal se refiere a las reglas de la lógica, es difícil saber a qué reglas de la lógica se refiere. Esto es así, porque como señala el profesor Atienza, *“la lógica es una disciplina extraordinariamente polémica (aparte de lo extraordinariamente compleja) y no hay ni mucho menos acuerdo en sus cultivadores a la hora de fijar cuál es su naturaleza”*, para luego agregar, que *“ni siquiera puede decirse que hay una sola lógica, sino que hay muchas muchísimas: la lógica tradicional; la lógica clásica (la lógica deductiva estándar), lógicas que son una extensión de la anterior, como las lógicas modales, las lógicas deónticas o las lógicas temporales; lógicas que divergen de la lógica estándar, como las lógicas plurivalentes, paraconsistentes, intuicionistas, no monótonas o relevantes; lógicas inductivas, etc.”*²⁵, aunque como el mismo señala, todas las lógicas tienen algo en común, como es el estudio formal de los razonamientos, de las inferencias.

Estando a lo señalado, la primera idea que surge se refiere a los denominados principios de la lógica, como el de identidad, no contradicción, tercio excluido, propios de la lógica clásica o lógica aristotélica, a la que debemos agregar el de razón suficiente, enunciada posteriormente por Leibnitz, o como señala González Navarro²⁶, las reglas de la lógica estarían determinadas por los principios de identidad, congruencia, contradicción, tercio excluido y razón suficiente; empero, ello implicaría excluir una serie de reglas del buen razonamiento del que se nutre actualmente la lógica y que no puede ser objeto de estudio en el presente ensayo.

²³ Devis Echandía. Ob. Cit. P. 292.

²⁴ Varela, Casimiro. Ob. Cit. P. 42.

²⁵ Atienza, Manuel. El Derecho como Argumentación. Editorial Ariel S.A. Barcelona 2006. P.109.

²⁶ González Navarro, Antonio Luis. Ob. Cit. P. 290.

Otra idea es la que concierne a las reglas del silogismo judicial, del que resulta muy afín las construcciones normativas del derecho penal; sin embargo, resulta que esta rama de la lógica tiene que ver únicamente con la lógica deductiva, donde el paso de las premisas a la conclusión tiene un carácter necesario, la cual resulta limitada para resolver los problemas jurídicos, porque como señala el profesor Manuel Atienza²⁷, refiriéndose al ámbito penal, las decisiones muchas veces tienen que ver con juicios de valor como “gravedad del hecho”, “personalidad del delincuente”, que no son términos que se refieran a hechos objetivos o verificables de alguna manera, donde juega un papel fundamental el arbitrio del juez, lo que quiere decir, que el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica, porque las premisas de las que se parte, pueden necesitar a su vez ser justificadas.

No obstante, nadie puede negar que la lógica en el proceso de valoración de la prueba, resulta fundamental, porque es en virtud de ella que podemos sostener si una declaración es contradictoria, coherente, verosímil; por tanto creíble. Incluso, en virtud de la lógica podemos determinar si una afirmación resulta falaz. Igualmente es una verdad innegable a estas alturas del proceso de análisis, que no podemos apartarnos de los principios clásicos de la lógica, pero ello no significa que las reglas de la lógica se agotan allí, sino que tenemos que reconocer que su utilidad en el campo del derecho, es como el aire que sirve para mantener la vida en la tierra, por tanto sería un despropósito pretender realizar una enumeración de dichas reglas, como así lo ha entendido el legislador.

b. Reglas de la ciencia

Podría pensarse al igual que la lógica, que nos encontramos ante similar amplitud de tema. Que el conocimiento científico se opone al conocimiento vulgar, generalmente por el uso de un método en la obtención del conocimiento, también es una verdad innegable. Sin embargo, la ciencia es un ámbito del conocimiento humano, al que tenemos que reconocer su constante cambio, cuyas reglas dependen de su avance cada día más acelerado, es algo que hay que tener presente. De igual manera, tenemos que tener presente que en la medida que la ciencia avanza, los conocimientos y sus reglas van desplazando a las existentes, porque como señala Karl Popper, no podemos

²⁷ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997. Pág. 41

considerar que una teoría particular es absolutamente cierta: toda teoría puede tornarse problemática por muy bien corroborada que pueda parecer ahora²⁸; esto es así, porque el conocimiento científico estaría sujeto a una especie de test de falsación, y en la medida que no se supere dicho test, el conocimiento resultará vigente, pero mientras ello no suceda, estaremos ante un nuevo conocimiento científico. Por ello, atendiendo que los resultados obtenidos por la ciencia se logran gracias al uso del método científico, su uso en la valoración de la prueba, tiene que pasar por el test de la vigencia del conocimiento. Empero, siendo el mundo del conocimiento científico sumamente amplio, las reglas a ser utilizadas, tienen que ver con la materia controvertida y especialmente con el ámbito del conocimiento a dilucidar, siempre observando la vigencia del conocimiento científico.

No está demás precisar, que cuando se relaciona la ciencia y el derecho, la prueba científica, generalmente está representada por la presencia del perito. En realidad, no es este tipo de prueba a las que nos referimos, que como tal cumple con su función mediante el aporte del conocimiento científico, sino a las reglas surgidas en la ciencia y que la comunidad científica las reconoce como vigentes y por tanto posible de ser usada en la valoración de cualquier tipo de prueba en forma individual o conjunta. Esto nos permite diferenciar, en todo caso, la denominada “buena ciencia” y la “mala ciencia”. En este sentido, resulta importante tener presente la referencia que hace Michele Taruffo²⁹ a los cuatro criterios adoptados por la justicia norteamericana en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* en 1993, como son: a) la controlabilidad y falseabilidad de la teoría o la técnica en la que se funda la prueba; b) el porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento correspondiente de los estándares correspondiente a la técnica empleada; c) la publicación en revistas sometidas al control de los expertos, de la teoría o la técnica en cuestión y d) la existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

²⁸ Cita efectuada por Cerda Gutiérrez Hugo La creatividad en la ciencia y la educación. Cooperativa Editorial Magisterio. Bogotá. Segunda Edición 2006. P. 174.

²⁹ Taruffo, Michele. La prueba. Marcial Pons. España 2008. P. 283.

c. Máximas de la experiencia.

Se considera las máximas de la experiencia, como juicios hipotéticos de conocimiento general de la gente³⁰, así como una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo del consenso social o científico de cuál es el *id quod plerum que accidit*³¹ o las cosas que ocurren con frecuencia.

Para González Lagier³², las máximas de la experiencia, pueden ser de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; de carácter jurídico, como las derivadas del ejercicio profesional del juez o de carácter privado (experiencias corrientes), esto es derivadas de la experiencia del Juez al margen del ejercicio de su profesión.

Jairo Parra Quijano³³, nos recuerda que Stein precisa a las reglas de la experiencia de la siguiente manera “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligado de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de los casos, pretende tener validez para otros nuevos”.

A su vez Boris Barrios González³⁴, extrae las siguientes conclusiones del libro de Stein: a) que las máximas de la experiencia no son nunca juicios sensoriales: no responden a ningún caso concreto perceptible por los sentidos.; b) nunca se derivan de juicios sobre hechos; c) no se derivan de juicios narrativos; d) la declaración de una experiencia sobre la declaración de casos no es una máxima de experiencia; e) quien declara una máxima de experiencia no puede ser testigo del caso expresado; f) toda máxima de experiencia es notoria; g) es imposible dividir las máximas de experiencia según el ámbito de validez, en generales y locales; h) no hay ninguna experiencia jurídicamente concebible y utilizable según la mayor o menor seguridad de las máximas de experiencia, ya que no hay tarifa legal sobre el valor probatorio; i) la

³⁰ González Navarro, Antonio Luis. Ob. Cit. Pág. 290.

³¹ Nieva Fenoll, Jordi. La valoración de la Prueba. Marcial Pons. España 2010. P. 211.

³² Ob. Cit. Pág. 61.

³³ Parra Quijano, Jairo. Artículo Razonamiento Judicial en materia probatoria. <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3069/7.pdf>.

³⁴ Barrios, Boris. Teoría de la sana Crítica.

http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf.

máximas de experiencia carecen de certeza lógica, por ser valores aproximados respecto de la verdad.

Las reglas de la experiencia, tienen mucha relación con el sentido común, en la medida que se sustentan en el buen razonar cotidiano que les proporciona la experiencia, por tanto sirven para entender las conductas humanas relacionadas con la realidad, que es percibida siempre por los seres humanos y por tanto, cualquier afirmación contraria requiere una mayor explicación. Esa experiencia, que podemos denominarla sentido común o el buen razonar cotidiano, definitivamente ayuda a entender los hechos de un caso y obviamente le otorga racionalidad a sus conclusiones y son de mayor utilidad en el razonamiento inductivo.

5.2. Reglas específicas de valoración

La prueba testimonial, no siempre ha gozado de la simpatía de los juristas, es por eso que su valor ha sido apreciado muchas veces con desconfianza. Las razones pueden ser muchas, pero las más importantes pasan por la fiabilidad del testigo y su testimonio. No nos dedicaremos en esta oportunidad al análisis de los medios o instrumentos para determinar la falta de fiabilidad de un testigo o su testimonio, porque en un sistema oral, donde las tachas como medios tendientes a tal fin, han sido dejadas de lado, porque la desacreditación del testigo, tiene que hacerse dentro del marco de los principios de inmediación y contradicción, mediante el uso de las denominadas técnicas de litigación oral. Lo que nos interesa en esta oportunidad, son los aspectos que deben ser tomados en cuenta por el Juez para otorgar a la prueba testimonial, tal o cual mérito probatorio.

Esta tarea no es fácil, porque la valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables³⁵. Estos aspectos –como ya señalamos–, tienen que ver según algunos, con la credibilidad del testigo y la confiabilidad de su testimonio, lo que pasa necesariamente, por el análisis de idoneidad del testigo, así como cuestiones de credibilidad de su declaración, que a su vez obliga a un análisis de fidelidad de la información, credibilidad, coherencia, errores de percepción, errores de la memoria, etc., tal como analizaremos a continuación.

³⁵ Taruffo, Michele. La Prueba. Marcial Pons. España 2008. P. 135.

5.2.1. Idoneidad del testigo

El primer análisis que tiene que realizar el Juez, en una prueba testimonial, tiene que ver con el parámetro de idoneidad de la fuente de prueba, que en este caso lo constituye el testigo. Esta idoneidad, no sólo pasa por determinar si una persona es capaz de falsear o no la realidad de los hechos, sino además, por determinar, si esta persona estaba en condiciones sensoriales de percibir la realidad sin distorsión alguna; es decir, no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto que tiene que ver con la moral del testigo, a la que podemos denominar idoneidad moral; sino las condiciones materiales para conocer los hechos, a la que denominaremos idoneidad material.

Idoneidad moral

No cabe duda alguna, que una persona sin interés directo en la decisión de un caso que contiene una controversia judicial, estará dispuesta a proporcionar información fidedigna. El sustento lo podríamos encontrar en la idea primigenia que una persona, naturalmente -entiéndase sin interés- tiende a ser una persona de bien, que por tanto en cualquier situación tendría la posibilidad de escoger por realizar acciones de bien y de mal, vale decir, de escoger la verdad y no la mentira. Ello tendría relación con lo que, Framarino Dei Malatesta denomina, presunción de veracidad humana, basado en que una persona, por varias razones, tanto por una tendencia natural de la mente, trata de inclinarse en la verdad, más fácilmente que en la mentira, porque encuentra la satisfacción de una necesidad ingénita, como por una tendencia natural de la voluntad, a la cual, la verdad le parece bien, en tanto que toma la mentira como un mal³⁶. En el mismo sentido, Jorge Arenas Salazar, sostiene, que las reglas de la experiencia han demostrado que en condiciones normales y corrientes, las personas tienden a decir la verdad en un proceso cuando de éste no se derivan consecuencias ni buenas ni malas para sus intereses³⁷.

No se puede asegurar lo mismo, si la persona tienen interés directo en las consecuencias de dicha decisión. Digo interés directo, porque si pensamos en una cultura de asunción de responsabilidades sociales, toda persona desearía que sus jueces resuelvan una controversia en función de la verdad de la información que reciban, caso en el cual,

³⁶ Framarino Dei Malatesta, Nicola. Ob. Cit. P. 15.

³⁷ Arenas Salazar, Jorge. Pruebas Penales. Librería Doctrina y ley. Bogotá 1996. P. 142.

estamos ante un interés socialmente aceptado, que lejos de torcer la justicia, ayudaría a su realización. Lo que sí resulta de sumo cuidado, es el interés directo, por los beneficios que puede obtener del proceso si la causa se resuelve conforme a sus intereses, especialmente económicos o en los perjuicios que resulten de una decisión adversa. Por ello, razón tiene Arenas Salazar³⁸, cuando señala que, conforme a las reglas de la experiencia, de las resultas de un proceso, el testigo que deriva provecho o perjuicio, tiende a mentir a su favor; para luego agregar, que un testigo podría ser calificado como óptimo desde el punto de vista de los requisitos de la ciencia, pero resulta en definitiva descartable por su falta de moralidad, sinceridad o veracidad por el interés que tiene involucrado en el proceso.

Juegan un papel sumamente importante, bajo esta misma lógica motivaciones de enemistad, odio personal, familiar o amical, sin dejar de mencionar los intereses comerciales, o de otra índole. Esto no significa, que una persona, por tal motivo sea desautorizada para testimoniar y que pueda ser impedida de hacerlo, vía las tachas, como era usual en el Código de Procedimientos Penales, sino que su declaración, tiene que ser valorada teniendo en cuenta la existencia de dicho interés, a fin de determinar si no fue motivo para proporcionar tal o cual versión. El interés de un testigo, puede también estar asociado a los supuestos donde se paga al testigo para mentir. En todos estos casos, la actividad valorativa será sumamente difícil, cuando no se realizó un adecuado contrainterrogatorio, que por lo mismo debe estar guiada por la lógica de la desconfianza y la prueba restante no ayuda al propósito de determinar la veracidad o no de su declaración. Queda pues claro, que el interés del testigo constituye un parámetro a tomar en cuenta por el Juez al momento de valorar su testimonio.

Lo mismo puede suceder con la persona con antecedentes de faltar a la verdad, o conducta previa del testigo, como por ejemplo, haber sido objeto de una condena por estafa, falsedad documental, estelionato, falso testimonio en juicio y toda conducta que lleva implícita un acto falsario, pero tal condición no necesariamente lo convierte en un mentiroso permanente y por tanto, incapaz de rendir un testimonio que contenga la verdad, sino como una persona cuyo testimonio tiene que pasar por un tamiz de control mayor que la declaración de una persona que carece de esos antecedentes. Lo contrario,

³⁸ Ob. Cit. Pág. 142.

implicaría retornar al sistema de tachas que nos permitía excluir de la posibilidad de ser considerado como testigo, situación que puede incluso llevarnos en algunos caso a la impunidad, cuando por ejemplo resulta el único testigo de un hecho, en el cual no existe ningún interés de su parte en la dilucidación del mismo; sin embargo, un sistema acusatorio con preeminencia de la oralidad y bajo el principio de la libertad probatoria o libre valoración de prueba no se trata de un problema de admisibilidad, sino de un tema de credibilidad, pues como sostienen Baytelman y Duce,³⁹ en este tipo de sistema de valoración “todo entra, mas no todo pesa”. Igual puede suceder si manteniendo oculta nuestra cultura inquisitiva de valoración de la prueba, excluimos por ese sólo motivo de cualquier mérito a dicha declaración, ignorando que en un sistema de libre valoración de la prueba, se tiene que tomar en cuenta lo que pasó en el contrainterrogatorio y sobre todo, tomar en cuenta su mérito dentro de una valoración conjunta de los medios de prueba.

La idoneidad moral de una persona es importante, porque tiene que ver con su credibilidad, pues como señala Rodríguez Chocontá, mucho tiene que ver en la valoración la confianza que inspire, por su vida y costumbres, por la profesión que ejerce y otras circunstancias⁴⁰.

Idoneidad material

La idoneidad material tiene que ver con las facultades de percepción sensitiva de la persona que conoce los hechos, que generalmente se logra a través de los sentidos de la vista, el oído, el olfato, el gusto y el tacto. Cuello Iriarte⁴¹, citando a Werner Wolf, considera que conforme a la psicología moderna se debe incluir también el equilibrio y el sentido kinestésico o muscular. El equilibrio estaría ubicado en el oído, junto con la vista, la piel y los músculos, que proporcionaría el orden espacial. Por su parte el sentido kinestésico sería el que nos permite medir “el peso que sostenemos en la mano” y señala la “posición de las extremidades y la progresión del movimiento cuando desarrollamos alguna actividad, siendo sus órganos los músculos, los tendones y las articulaciones”.

³⁹ Ob. Cit. P. 158.

⁴⁰ Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. El Testimonio Penal y sus Errores. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia 2005. P. 139.

⁴¹ Cuello Iriarte, Gustavo. Derecho Probatorio y Pruebas Penales. Legis Editores S.A. Colombia 2008. P. 130.

Es justamente en virtud del sentido kinestésico que las personas pueden entender el lenguaje gestual, porque el uso de las manos y los movimientos que se realizan, no sólo sirve para comunicarse, sino para ayudar a pensar, lo que no se podría negar, porque el gesto existió antes que las palabras y el gesto “aun cuando la palabra no exista, sigue existiendo”⁴², situación que en efecto no se puede negar, porque la forma de expresión del ser humano no siempre se reduce a palabras, sino también al lenguaje gestual, que resulta importante en la valoración de la prueba testimonial en un sistema oral, donde la inmediatez juega un papel sumamente importante, al permitir al Juez apreciar a través del gesto y el movimiento del cuerpo del testigo, su estado interno y por tanto manifestaciones que terminan siendo interpretadas en el proceso valorativo de la prueba testimonial. Aunque a ello, se tiene que agregar las circunstancias de lugar y tiempo en que los mismos se producen.

Dentro de la idoneidad material, ubicamos también capacidad del testigo para percibir, recordar y comunicar. Este aspecto, tiene mucha relación con lo que el profesor Cuello Iriarte, denomina procesos cognoscitivos intermedios que algunos denominan sentidos internos, “que se realizan a través del sentido común, la imaginación o fantasía, la memoria y el instinto”⁴³. No nos referiremos a cada uno de ellos por la naturaleza del presente trabajo, no obstante la importancia por ejemplo del sentido común, como elemento indispensable en todo proceso interpretativo de las cosas y que resulta innegable en el proceso de la valoración de la prueba en general y de la testimonial en particular, porque nos importa, por ahora, son los problemas que se pueden presentar entre lo percibido respecto de un evento con relevancia jurídico penal y lo declarado en el proceso, donde los primeros problemas, que se presentan tienen que ver con la percepción de los hechos, que pueden estar condicionados a factores internos o externos de la persona, denominados por Baytelman y Duce como condiciones de percepción, que pueden obedecer a circunstancias personales del testigo (su miopía, sordera, estado mental –por ejemplo, temor o drogas– al momento de los hechos) o bien a circunstancias externas (el ruido ambiental, la oscuridad, la distancia, el hecho que el objeto sea igual a muchos otros, etc.)⁴⁴, la distancia que puede dificultar la visión o la audición, así como en

⁴² Ob. Cit. P. 143.

⁴³ Ob. Cit. P. 149.

⁴⁴ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Editorial Alternativas. Lima 2005. Pág. 159.

las circunstancias del tiempo y lugar; es decir, si es de día o de noche, si está lloviendo, nevando u otras condiciones naturales que pueden dificultar la percepción. Pero unido a ello, pueden surgir problemas de percepción propios de la mente humana como la ilusión o la alucinación.

Gonzáles Lagier⁴⁵ por su parte, al referirse a los problemas de percepción, alude a cuatro fuentes de duda acerca de la fiabilidad de nuestras percepciones, como son: a) su relatividad general respecto a los órganos sensoriales que condicionan la manera de percibir el mundo; b) la posibilidad de ilusiones; c) la posibilidad de alucinaciones; y d) la interrelación percepción-interpretación, toda vez que la percepción y la interpretación de un hecho no son procesos independientes, sino que se condicionan mutuamente, porque por un lado, las interpretaciones se basan en datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de la experiencia, recuerdos, etc., dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos.

Los otros problemas que se pueden presentar tienen que ver con la memoria, porque generalmente el transcurso del tiempo puede dificultar el recuerdo. Esto tiene que ver con los tipos de memoria que se reconoce: la memoria sensorial, cuya información adquirida se conserva por pocos segundos; la memoria a corto plazo, donde se retiene por períodos relativamente cortos, la parte de la información que ha sido objeto de retención selectiva y la memoria a largo plazo, que como señala Cuello Iriarte⁴⁶, “actúa como un almacén permanente para la información importante” con “una capacidad de almacenamiento casi ilimitada”, y “almacena con base en el significado y la importancia”.

Tener claro los tipos de memoria, nos servirá para valorar con mayor propiedad la declaración de un testigo, porque el proceso penal, por respeto al debido proceso, está obligado a pasar por una serie de actos, en los cuales las personas que han observado los hechos se convierten en actores directos; especialmente en la investigación preparatoria y el juicio oral, donde tienen que rendir su declaración sobre los hechos percibidos; sin embargo, como quiera que entre una etapa y otra, sobre todo en el proceso común, el tiempo se erige como un elemento sumamente importante, las clases de memoria no

⁴⁵ Ob. Cit. P. 27 y 28.

⁴⁶ Ob. Cit. P. 155.

pueden dejar de ser observadas. De otro modo, no se podría valorar adecuadamente por qué algunas personas recuerdan más los hechos que otras, sin que los testimonios de las que recuerdan menos puedan ser calificados como falsos o carentes de veracidad. La razón es obviamente por el tipo de memoria que interviene, lo que tiene relación con la importancia del evento que representa para la persona y que podemos diferenciarlo como una simple experiencia o una experiencia significativa.

Esto es importante, porque por ejemplo, los policías que están acostumbrados a conocer la comisión de delitos en mérito a su actividad laboral, el conocimiento de cualquier hecho en los que les corresponda intervenir, se convierte en un tipo de memoria a corto plazo, por tratarse de un hecho común para ellos; situación que no sucederá con un agraviado que es objeto de una acción violenta y por primera vez para sustraerle sus pertenencias, porque en este caso, la capacidad de retención de los hechos en el cerebro humano es más intensa y se mantiene en la memoria, como si se guardara en el disco duro de una computadora, convirtiendo su conocimiento en una memoria a largo plazo; en tal sentido, la forma y circunstancias cómo sucedieron los hechos y que tuvo la oportunidad de percibir se mantendrán en su cerebro a través del tiempo y podrán ser comunicados sin mayores inconvenientes. Por eso, no es igual, valorar las dificultades que tiene en comunicar los hechos en juicio, un policía, que un agraviado que fue objeto de un acto violento, porque claro está, el policía tendrá mayor dificultad de recordar los hechos que el agraviado, porque para el policía puede tratarse de un hecho rutinario que ya no le genera mayor interés por la frecuencia producida en su actividad laboral; sin embargo, no sucederá lo mismo para un agraviado que por primera vez es objeto de un acto violento en su perjuicio.

6.2.2. CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

La credibilidad es una cualidad de lo que es creíble, es decir, sólo lo que debe ser creído por el juez, según el continente y el contenido de la declaración del testigo⁴⁷. El fundamento de la credibilidad abstracta de la prueba testimonial consiste en que, por lo general, el hombre relata la verdad; pero esa presunción de veracidad puede ser destruida o menguada por condiciones especiales que en concreto son inherentes al sujeto, a la forma o al contenido de

⁴⁷ Rodríguez Chocontá, Orlando Alfonso. Ob. Cit. P. 133.

un testimonio especial⁴⁸, que por la naturaleza del presente trabajo, no será objeto de análisis. En tal sentido, conforme a los objetivos del presente trabajo, se intentará determinar los parámetros a tomar en cuenta para otorgar credibilidad al testimonio, aspecto a nuestro juicio pasa por una serie de aspectos posibles de análisis, que intentaremos efectuar a continuación.

a) Fidelidad de la declaración

Uno de los primeros aspectos a tener en cuenta en la valoración de un testigo en un sistema oral, es la fidelidad de la declaración. Esta tal vez es la razón de exigir la presencia obligatoria del testigo en juicio, para que en forma directa y oral ingrese la información que conoce sobre los hechos con relevancia jurídico penal que requiere ser conocidos por el juez para decidir el caso. Son muchas las disposiciones de nuestra norma procesal penal, que hacen referencia a la necesidad de recibir la declaración en forma personal y directa para garantizar una adecuada valoración y vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Los artículos 163, 164, 378, 379 y 381 así lo ratifican. Los problemas por tanto, surgen cuando el testigo no acude a deponer en juicio y se tiene que recurrir al uso de las excepciones a esta regla, que se presentan según nuestra legislación procesal penal, en los siguientes casos: a) la declaración de un testimonio indirecto, admitido por el artículo 166.2 del Código Procesal Penal; b) la declaración del testigo en la investigación preparatoria que ingresa a juicio vía lectura, ante su inconcurrencia a la audiencia de juicio oral, según el artículo 383.3.d del Código Procesal Penal; c) la versión del testigo consignado en las actas por parte del policía, que ingresa al debate vía declaración previa, conforme a lo dispuesto en el artículo 378 incisos 6 y 8 del Código Procesal Penal. En estos casos, lo ideal sería no sólo contar con el acta que contiene su declaración, sino además con el audio de la grabación de la misma y si es posible con el video correspondiente.

b) Coherencia

La coherencia, tiene que ver con la inexistencia o ausencia de contradicciones. Que un relato tenga una buena estructuración de un punto de vista lógico, ha sido algo especialmente apreciado por los tribunales hasta el momento⁴⁹, porque si la declaración no contiene puntos que sean incompatibles entre sí, puede pasar con

⁴⁸ Framarino Dei Malatesta, Nicola. Ob. Cit. P. 41.

⁴⁹ Nieva Fenoll, Jordi. Ob. Cit. P. 221

más facilidad por ser creíble⁵⁰. Sin embargo, siendo el análisis propio de un relato interno, la coherencia de una declaración no lo convierte automáticamente en verdad, porque luego tiene que pasar por un segundo análisis que ya no tiene que ver con una valoración individual, sino con una valoración conjunta con los demás medios de prueba. Esto es así, porque la coherencia tiene que ver con la consistencia interna de la declaración y con la consistencia externa o concordancia con el resultado de las demás pruebas incorporadas al proceso en juicio, que a decir de Mittermaier, constituye “la más fuerte garantía de la credibilidad del testimonio”⁵¹.

Del mismo modo, que una declaración no nos parezca muy coherente, no implica que nos encontremos ante una mentira, porque tal incoherencia se puede deber diversos factores, en consecuencia, tienen que analizarse las causas de la inconsistencia o verificar la posibilidad de otras corroboraciones. Esto significa que si bien la coherencia es un elemento a tomar en cuenta en la valoración de una prueba testimonial, por sí sola, no resulta suficiente, o como señala Nieva Fenoll, la coherencia de una declaración no es un dato a tener en cuenta, por sí solo, a la hora de valorar su credibilidad, ni siquiera en manos de un experto⁵².

c) **Uniformidad y persistencia**

La uniformidad y persistencia de una declaración, también constituyen elementos objeto de análisis para la determinación de la certeza de una declaración. Este análisis se produce, cuando una persona rinde su versión en más de una oportunidad, las cuales pueden ser contrastadas en el momento del juicio, vía el uso de declaración previa, y que generalmente se usan para refrescar memoria o evidenciar inconsistencias conforme al artículo 378.6 del Código Procesal Penal. La pregunta que podríamos realizar al respecto es, sí el uso de declaraciones previas sólo tiene que ver con las declaraciones formales, por ejemplo la declaración ante el fiscal y con citación de las partes o cualquier otro tipo de declaración anterior al juicio. La respuesta, que asumimos, es que la declaración previa, no necesariamente tiene que ver con una declaración formal, sino fidedigna, situación que tiene que acreditarse antes de su uso, porque como señala Baytelman y Ducce, está constituida por “cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con

⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 224.

⁵¹ Mittermaier, Karl. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1979. P. 379.

⁵² Ob. cit. P. 224.

anterioridad, y que conste en algún soporte, cualquiera que éste sea”⁵³. Esto significa, que puede hacerse uso de una versión consignada por ejemplo en un acta levantada por un miembro policial, la que aparece consignada en un peritaje médico legal, en un informe pericial de psicología, como “data del examinado”, que no es otra cosa que lo manifestado por éste al perito o al policía. Igual sucederá con una declaración formal en una etapa previa al juicio o en otro juicio anterior sobre los mismos hechos, cuando existen juzgamientos separados de los involucrados en el hecho criminal. Al respecto, es bueno indicar que, si bien nuestra legislación no ha regulado en el Código Procesal Penal la denominada “prueba trasladada”, como si existe cierta referencia en el Código de Procedimientos Penales, en el caso que un testigo asista a declarar en juicio, considero que es perfectamente posible, ingresar su información efectuada en otro juicio vía declaración previa.

La jurisprudencia española, ha considerado la persistencia de la declaración como garantía de certeza, siendo asumida también por nuestra judicatura nacional, a tal punto de haber sido considerado como de observancia obligatoria para todos los magistrados del país al haberse incluido en el acuerdo plenario 02-2005/CJ-116, y si bien cuando se hace referencia a la valoración de un único testimonio; sin embargo, tal exigencia resulta aplicable para todo tipo de prueba testimonial; en consecuencia, al momento de valorar la declaración de una persona o testimonio, no se puede dejar de tener en cuenta su uniformidad y persistencia.

d) Verosimilitud

Al igual que la persistencia de la incriminación, también ha sido considerada como una garantía de certeza en el acuerdo plenario 02-2005/CJ-116. La verosimilitud tiene que ver con la correspondencia de lo declarado con la propia naturaleza del hecho objeto de deposición, al ser considerado lo inverosímil como todo aquello contrario a la naturaleza de las cosas o como señala Mittermaier, que “su contenido esté en conformidad con las leyes naturales; siendo preciso también que los pormenores del hecho tengan entre sí una correlación lógica”⁵⁴. El acuerdo plenario en mención, señala, que la verosimilitud incide en la coherencia y solidez de la declaración, pero agrega, que requiere de corroboraciones periféricas de carácter

⁵³ Ob. Cit. P. 215.

⁵⁴ Ob. Cit. P. 379.

objetivo que le doten de aptitud probatoria, cuando se trata de una sola declaración. En tal sentido, el análisis de verosimilitud tiene que ver con un relato contrastable con la experiencia cotidiana, por tanto, razón tienen Baytelman y Duce⁵⁵, cuando sostienen que tendemos a restarle verosimilitud a los relatos que se apartan de la consistencia y experiencia, porque “los dichos del testigo, para ser verosímiles, necesitan estar de acuerdo con la situación que en el momento del suceso ocupaba, de modo que haya debido serle posible, en las circunstancias especiales en que se encontraba, observar los hechos tal como declara haberlos observado”⁵⁶.

e) **Errores de la percepción**

Como ya adelantamos, los problemas de la percepción pueden darse en relación con las condiciones del lugar y tiempo, así como los problemas propios de la mente humana, que se conoce como ilusión, al que incluso debemos agregar la alucinación. Sobre lo primero, las condiciones de lugar y tiempo definitivamente pueden llevar a errores de percepción y acá no estamos ante una intención de faltar a la verdad, sino ante situaciones naturales que generan una distorsión del contenido de la información que capta la mente y que se manifiestan en el momento de la evocación de la misma durante el desarrollo del proceso.

Sobre lo segundo, corresponde indicar que la ilusión, no es otra cosa que una percepción o interpretación errónea de un estímulo externo real, o como señala la Real Academia Española es la imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos.

Por su parte, la alucinación es una percepción que no corresponde a algún estímulo físico externo; sin embargo, la persona siente esa percepción como real, que puede ocurrir en cualquier modalidad sensorial, cuyo origen según las aproximaciones teóricas obedecerían al orden biológico, pues postulan a deficiencias en el funcionamiento normal del cerebro y de conexiones sinápticas entre células ciliadas y las presentes en el tallo encefálico y en los lóbulos occipital-temporal.

⁵⁵ Baytelman, Andrés y Duce Mauricio. Juicio Oral y prueba. Lima 2005. P. 179.

⁵⁶ Mittermaier, Karl. Ob. Cit.

f) Deficiencias de la memoria

Como señala Ma. Luisa Alonso-Quecuty⁵⁷, la memoria es un proceso complejo en el que podemos diferenciar tres momentos: la adquisición de información, la retención y el recuerdo. La adquisición incluye la percepción y codificación del suceso original, así como la transferencia de la información desde la memoria de trabajo hasta la memoria de largo plazo, y que no es siempre una réplica exacta del suceso percibido, sino que puede verse afectada por la naturaleza del hecho (tiempo de observación, luminosidad, detalles, etc.) como por las características y limitaciones del testigo (estrés emocional por ejemplo). La retención tiene que ver con el tiempo transcurrido entre el suceso y el recuerdo posterior y el recuerdo, como la fase donde se produce la recuperación de la información que está almacenada en la memoria. La memoria, por su parte, como proceso -tal como señala la autora antes mencionada- desde el momento de la adquisición de la información, hasta la evocación de la misma, está sujeta al deterioro, generalmente por dos motivos: primero, por el tiempo de la retención, toda vez la exactitud del recuerdo se debe al olvido normal, que es más rápido cuando no transcurre mucho tiempo del suceso, pero luego termina siendo más lento; y segundo, por la serie de información post-evento, porque el testigo está expuesto a nueva información sobre el suceso que ha presenciado, situación que le generará dificultades para distinguir la información original y la incorporada con posterioridad.

Obviamente, resultará indispensable para el análisis, la importancia del evento en la experiencia del testigo, toda vez que el recuerdo permanecerá más firme si se trata de una experiencia significativa, como sucede con una acción intempestiva y por primera vez sufrida por un agraviado, en delitos que por su propia naturaleza incluye la violencia o la amenaza; aunque el mismo evento, no tendrá el mismo significado para un miembro policial que está acostumbrado a investigar estos hechos durante su actividad laboral. Por tanto, cuando se evalúa una declaración testimonial, tiene que analizarse estos aspectos, sin que las dificultades de evocar los recuerdos en forma inmediata en el segundo caso, lleven a concluir que el testigo está faltando a la verdad, porque en este caso, será posible durante el desarrollo del juicio hacer uso de declaraciones previas para refrescar memoria, sin que la

⁵⁷ Clemente, Miguel (coordinador). Fundamentos de la Psicología Jurídica. Ediciones Pirámide. Madrid 1997. P. 172-173.

afectación a la credibilidad sea tan significativa, no sucediendo lo mismo cuando se utiliza la misma técnica para recordar los hechos en otro tipo de testigo y sobre todo cuando el suceso puede ser considerado como experiencia significativa, porque en esos casos la credibilidad habrá disminuido a niveles más bajos. En todo caso, podrá ayudar para una adecuada valoración de estos testimonios la ayuda de la psicología, que es la llamada a dar las explicaciones correspondientes.

VII. Consideraciones finales

Tal como lo señalamos al inicio, el presente trabajo, es un intento de establecer algunos parámetros que deben ser tomados en cuenta al momento de valorar la prueba testimonial, que le otorguen racionalidad al trabajo judicial. Es cierto, que la tarea no es fácil, porque el conocimiento de los hechos, a través de los testigos, es área compleja, porque el “juez no sólo debe asegurarse que las percepciones de los testigos –o, en general, recogidas en los medios de prueba– sean correctas, sino que también debe controlar sus interpretaciones, o bien elaborar su propia interpretación a partir de la información de los testigos, si quiere conocer lo que realmente ocurrió, si quiere comprender la situación”⁵⁸.

Otro de los problemas tiene que ver con la posibilidad de conocer o no la realidad a través de las declaraciones testimoniales e incluso mediante el resto de material probatorio que se aporta al proceso, lo que ha generado discrepancias en los procesalistas, que conforme al profesor González Lagier, pasa por un análisis del objetivismo ingenuo a un escepticismo radical, que terminan por polarizar entre hechos y afirmaciones sobre los hechos, cuando entre ambos conceptos existe una conexión, porque “aunque es cierto que en los procesos se debe operar con afirmaciones sobre hechos, éstas pretenden reflejar la realidad (o hacer creer que lo reflejan)”⁵⁹, por tanto ante tal polarización, se debería optar por un objetivismo crítico, cuya herramienta fundamental pasaría por la distinción entre hechos externos, hechos percibidos y hechos interpretados; donde los “hechos externos” son objetos en el sentido ontológico, cuya existencia no depende del observador; mientras que los “hechos percibidos” son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial y finalmente, los “hechos interpretados” son epistemológicamente

⁵⁸ González Lagier, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra Editores – Temis. Lima-Bogotá 2005. P. 30.

⁵⁹ Ob. Cit. P. 37.

subjetivos, en el sentido de que son relativos al Transformado, y este puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo. En este sentido, no sólo el sentido común resulta de suma importancia, sino además la argumentación, porque a través de ella se expresan las razones que fundamentan nuestras interpretaciones. En el sentido, como resalta el referido profesor, “es tan importante que un Juez motive sus decisiones acerca de los hechos: esto no sólo permite un mayor control interno subjetivo, sino que contribuye a explicitar y a construir la “gramática” de la interpretación de los hechos”⁶⁰.

Seguramente esta labor del Juez, podría ser facilitada, si las partes realizaran un adecuado control del ingreso de la información mediante el uso de las técnicas de litigación oral, especialmente las objeciones y un buen conainterrogatorio; sin embargo, la experiencia nos dice que eso no siempre sucede, porque muchos abogados continúan formulando preguntas inoficiosas, sin objetivos definidos, sin haber determinado previamente sus líneas de conainterrogatorio y a veces simplemente pretendiendo repetir las preguntas del fiscal. No obstante ello, el Juez está en la obligación de resolver la causa con la información ingresada en el desarrollo del juicio y aun cuando sea previsible que los problemas que se advierten ahora irán superándose, pero ese proceso es siempre lento; por tanto, los magistrados están obligados a tener mayor cuidado en sus decisiones y las razones que sustentan las mismas deben ser explicitadas, no sólo como parte de la obligación de motivación a que se refiere el artículo 139.5 de nuestra Constitución, sino por la propia necesidad de dotar al proceso de elementos racionales que puedan servir para superar los errores en que se pueda incurrir en la implementación de un modelo nuevo para nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, aun cuando la motivación de las decisiones hace unos años atrás, no fue la mejor; sin embargo, este deber constitucional, se viene superando poco a poco, motivado por las propias decisiones del Tribunal Constitucional, así como por los niveles de control dentro del propio Poder Judicial, ya sea mediante control endoprocésal, vía los recursos de apelación o por los propios controles que viene efectuando el OCMA, así como sus órganos desconcentrados.

Además, la tarea incluso resulta con mayor dificultad, cuando la acumulación de procesos es una constante; sin embargo, una adecuada valoración de la prueba y en especial de la prueba

⁶⁰ Ob. Cit. P. 40-41.

testimonial, servirá para disminuir esa acumulación, porque se evitará declarar la nulidad de un juicio oral por afectación a las garantías referidas al derecho a la prueba, que como lo señala Ferre Beltrán, en dicho ámbito no sólo se ubica la valoración racional de la misma, sino además la motivación de las decisiones.

Finalmente, como este trabajo tiene que ver únicamente con la valoración de la prueba testimonial, tal situación ha limitado un análisis más general, más aún si la valoración de la prueba tiene que efectuarse contextualmente y con todo el conjunto de elementos de juicio; sin embargo, considero que puede ser de cierta ayuda a las personas que día a día nos encontramos obligados a otorgar un valor determinado a una declaración, la misma que siempre esperamos nos proporcione los mejores datos para dar la mejor solución al caso. Seguramente, muchos testimonios no cubren esa esperanza, lo que obliga a buscar criterios de racionalidad que nos permitan avanzar día a día en esta difícil tarea.

VIII. Conclusiones

1.- La valoración de la prueba testimonial, es un proceso complejo, donde los instrumentos usados para encontrar la verdad de un testimonio, como el polígrafo, así como los estudios de la psicología experimental, no han tenido el éxito esperado.

2.- Las reglas de la lógica, ciencia y las reglas de la experiencia, si bien son criterios generales para el proceso de valoración de la prueba, especialmente de la prueba testimonial; sin embargo, no son suficientes para la actividad concreta de los jueces.

3.- El proceso valorativo de una prueba testimonial, como proceso complejo que debe realizar el Juez, tiene que ver con cada caso concreto, en donde se debe observar la idoneidad moral y material del órgano de prueba, sin que se pueda descartar a priori situaciones que pueden afectar la credibilidad de su testimonio.

4.- La credibilidad del testimonio, no puede estar sujeto a criterios intuitivos, mediante un sobredimensionamiento de la inmediatez, sino de otros criterios específicos que justamente le doten de racionalidad al proceso valorativo y que tienen que ser observados en el caso concreto.