

VITOR DE PAULA RAMOS

LA PRUEBA TESTIFICAL

Del subjetivismo al objetivismo,
del aislamiento científico al diálogo
con la psicología y la epistemología

Presentación del autor
Daniel Mitidiero

Prólogo
Jordi Ferrer Beltrán

Traducción
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| PRESENTACIÓN DEL AUTOR, <i>Daniel Mitidiero</i> | 15 |
| PRÓLOGO, <i>Jordi Ferrer Beltrán</i> | 17 |
| AGRADECIMIENTOS | 21 |
| INTRODUCCIÓN | 23 |
| CAPÍTULO I. PREMISAS DEL NUEVO RAZONAMIENTO PROBATORIO: DOS MODELOS PARA EL FUNCIONA- MIENTO DE LA PRUEBA | 25 |
| 1. EL MODELO SUBJETIVO: LA CREENCIA DEL JUEZ COMO CENTRO DE LA PRUEBA | 27 |
| 1.1. Consecuencias generales de su adopción | 29 |
| 2. EL MODELO OBJETIVO: EL CONVENCIMIENTO DEL JUEZ NO ES EL CENTRO DE LA PRUEBA | 30 |
| 2.1. Consecuencias generales de su adopción | 32 |
| 3. EL PRESENTE LIBRO SOLO TIENE SENTIDO SI SE ADOPTA UN MODELO OBJETIVO..... | 35 |

| | Pág. |
|--|------|
| CAPÍTULO II. LA PRUEBA TESTIFICAL Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA... | 39 |
| 1. NOCIONES PRELIMINARES..... | 40 |
| 2. ADMISIBILIDAD | 42 |
| 2.1. Exclusión en razón del objeto (hecho objeto de prueba). ¿Existe jerarquía entre los medios de prueba? | 42 |
| 2.1.1. Posición a favor de la jerarquía entre los medios de prueba y la necesidad de una prueba «más segura» que la testifical para probar determinados hechos | 42 |
| 2.1.2. Posición contraria a la jerarquía entre los medios de prueba: la prueba testifical sería tan segura como las demás, con independencia de los hechos objeto de prueba | 46 |
| 2.2. Exclusión en razón del sujeto..... | 48 |
| 3. PRODUCCIÓN..... | 50 |
| 3.1. ¿Testigo de la parte o del proceso? | 50 |
| 3.2. Precauciones para no «contaminar» al testigo | 52 |
| 3.3. Formas de interrogatorio | 53 |
| 3.3.1. Preguntas directas frente a narración libre | 53 |
| 3.3.2. ¿Preguntas formuladas por el juez o por los abo- gados?..... | 54 |
| 3.3.3. Formas para supuestamente garantizar la veracidad de la declaración..... | 56 |
| 4. VALORACIÓN | 58 |
| 4.1. Inmediación, contacto personal e impresiones subje- tivas | 58 |
| 4.2. Valor del testimonio y suficiencia | 61 |
| 5. CONCLUSIONES PARCIALES | 66 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO III. LA CIENCIA Y LAS PREMISAS DE LA DOCTRINA TRADICIONAL..... | 69 |
| 1. LA EPISTEMOLOGÍA Y EL TESTIMONIO (O LAS EPISTEMOLOGÍAS DEL TESTIMONIO): LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DEL TESTIMONIO JURÍDICO EN JAQUE | 69 |
| 1.1. Nociones preliminares..... | 70 |
| 1.1.1. El testimonio en la epistemología y en el derecho | 70 |
| 1.1.2. ¿El testimonio implica una transmisión de conocimiento? | 75 |
| 1.1.3. Autoridad y confianza | 80 |
| 1.1.4. Mentiras y errores sinceros..... | 84 |
| 1.2. Concepciones de la epistemología del testimonio | 87 |
| 1.2.1. Presuntivismo (no reduccionismo) | 88 |
| 1.2.2. No presuntivismo (reduccionismo) | 93 |
| 1.2.3. Dualismo: ¿una tercera corriente? | 97 |
| 1.3. La revalorización de la dimensión epistémica del testimonio jurídico: del presuntivismo al no presuntivismo; de la valoración del <i>testigo</i> a la valoración del <i>testimonio</i> | 98 |
| 2. LA PSICOLOGÍA EXPERIMENTAL DEL TESTIMONIO: BASES CIENTÍFICAS DE LAS DIFICULTADES PARA LA DETECCIÓN DE MENTIRAS Y DE LA CONSIDERACIÓN DE LOS ERRORES SINCEROS | 101 |
| 2.1. Consideraciones iniciales sobre la prueba testifical: entre el derecho y la ciencia | 101 |
| 2.2. Consideraciones básicas sobre la metodología | 104 |
| 2.3. Metodología | 110 |
| 2.4. La no sinceridad del testimonio: el mito de la detección de mentiras y la imposibilidad real de detectarlas | 112 |
| 2.4.1. La falta de «señales indicativas» eficientes de la mentira y el nulo papel del «entrenamiento» | 112 |
| 2.4.2. Factores que influyen en la percepción de credibilidad: confianza y forma de exposición | 114 |

| | Pág. |
|--|----------------|
| 2.5. Errores sinceros y factores que influyen en ellos: fallos en la percepción y en la recuperación de los recuerdos del testigo..... | 116 |
| 2.5.1. Fallos de percepción..... | 117 |
| 2.5.2. Fallos en la recuperación de los recuerdos..... | 129 |
| CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL..... | 141 |
| 1. PREMISAS DELINEADAS PARA LA RECONSTRUCCIÓN..... | 141 |
| 2. ANÁLISIS DE LAS PREMISAS DEL DERECHO A LA LUZ DE LA CIENCIA Y LA EPISTEMOLOGÍA..... | 143 |
| 2.1. Respecto a las premisas relacionadas con la fase de admisión..... | 143 |
| 2.1.1. Inadmisibilidad por razones objetivas..... | 144 |
| 2.1.2. Inadmisibilidad por razones subjetivas..... | 146 |
| 2.2. Respecto a las premisas relacionadas con la fase de la práctica de las pruebas..... | 149 |
| 2.2.1. ¿El testigo es de la parte o del proceso?..... | 149 |
| 2.2.2. La no contaminación del testigo: ¿solo durante la vista?..... | 152 |
| 2.2.3. Las supuestas formas de garantizar la veracidad del testimonio..... | 155 |
| 2.2.4. Las formas de interrogatorio..... | 160 |
| 2.3. Respecto a las premisas relacionadas con la fase de valoración..... | 163 |
| 2.3.1. El contacto personal del juez con el testigo y los mitos que lo rodean..... | 164 |
| 2.3.2. Los diferentes tipos de testimonio y su valoración..... | 165 |
| 2.3.3. Criterios para la valoración de la prueba testifical..... | 166 |
| 2.3.4. Suficiencia: ¿puede la prueba testifical, por sí sola, cumplir los estándares de prueba?..... | 170 |

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| CAPÍTULO V. CONCLUSIONES | 173 |
| 1. CONCLUSIONES GENERALES | 173 |
| 2. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS..... | 174 |
| 2.1. Propuestas para el legislador..... | 174 |
| 2.2. Propuestas para el juez y los tribunales..... | 176 |
| 2.3. Propuestas para el abogado y las partes | 176 |
| 2.4. Propuestas para los testigos..... | 177 |
| BIBLIOGRAFÍA | 179 |

PRESENTACIÓN DEL AUTOR

Es difícil —aunque al mismo tiempo una gran satisfacción— hablar de alguien que, a lo largo de los años, se ha convertido no solo en un amigo, sino también en un colega brillante, que goza de un amplio reconocimiento entre sus iguales. Vitor de Paula Ramos es uno de los mayores talentos que despunta en el horizonte del proceso civil brasileño, sobre todo, en la rama del derecho probatorio.

Conocí a Vitor en 2006, cuando todavía estudiaba el grado: aquel año cursaba el tercer semestre de la carrera en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Tuve la suerte de coincidir con él durante todas las asignaturas de Derecho Procesal Civil: siempre atento, cuestionador, disciplinado, inquieto y creativo. En ese momento ya me di cuenta no solo de su inteligencia, sino también de su enorme compromiso con sus objetivos.

Acompañé de cerca su desarrollo: la estancia en Italia aún durante el grado para estudiar en la Università degli Studi di Milano y el encuentro —que casi al mismo tiempo me transmitió por teléfono y vaticinó, sin equivocarse, que sería decisivo para nuestra escuela— con Michele Taruffo, de quien se convirtió en amigo y traductor. El máster en nuestra facultad y la redacción, con éxito, de su correspondiente tesis sobre el clásico y difícil tema de la *carga de la prueba*, cuya historia conceptual de las figuras de la carga y el deber es, sin lugar a dudas, la más completa ya trazada en la doctrina brasileña. La publicación de su primer libro, que ya va por la segunda edición, basado en la tesis del máster. El doctorado en la Universitat de Girona, cotutelado por su *alma mater* y dirigido por Jordi Ferrer Beltrán,

de quien también se convirtió en amigo y traductor, y la redacción de su innovadora tesis doctoral sobre la *prueba testifical*, cuya originalidad e interdisciplinaridad le convierten en uno de los mayores y más importantes especialistas sobre el tema, no solo en Brasil. La publicación de su segundo libro, fruto de su distinguida tesis de doctorado, cuya profundidad y valor reconoce sin titubear la comunidad jurídica especializada.

Estoy al lado de Vitor desde hace muchos años. Le orienté a lo largo de su carrera académica —cuando tuve ocasión de comprobar su generosidad y empeño: desde la organización de congresos hasta ponerse en contacto y recibir a profesores de los más diversos países, comunicándose fluidamente en inglés, italiano, francés y español—, de modo que su presencia ha sido una constante durante mi vida académica. A lo largo de este camino, también encontré su amistad: no aquella circunstancial, que obedece a los intereses del momento, sino la que nace de la admiración y los objetivos comunes que revelan los más amplios horizontes.

Estas son las razones que hacen que estar al lado de Vitor y ser testigo del reconocimiento de su mérito tanto en Brasil como en Europa, constituyen un motivo de gran alegría para mí. Asistir al nacimiento y al desarrollo de un enorme talento: esta es una de las mayores satisfacciones de un profesor, que compensa las dificultades que puedan surgir durante la vida docente. Ver cómo triunfa es un placer difícilmente comparable.

Estoy seguro de que el debate internacional se enriquece sobremanera con la traducción de esta excelente obra de Vitor de Paula Ramos —procesalista habilidoso, cuyas ideas ahora también pueden asimilarse en la lengua de Borges y Cervantes—. Si es verdad que las universidades se alimentan del prestigio de sus profesores y alumnos, no hay duda de que Vitor eleva la reputación de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul y la Universitat de Girona a un nivel apenas alcanzable.

En esta tradición de grandes procesalistas entra ahora Vitor. Sus iguales —de ayer y de hoy— le esperan por los pasillos —y sobre él también cuentan historias—.

Daniel MITIDIERO

Porto Alegre, otoño de 2019

PRÓLOGO

Recuerdo haber leído no hace mucho (pero no consigo afinar más mi memoria para citar la fuente) que prologar un libro era una responsabilidad muy especial. Hay que ponerse en la situación del autor del libro, que ha dedicado unos años de investigación y esfuerzo para llegar a tener un manuscrito de su obra y que decide que quisiera que lo que él ha escrito sea precedido de unas líneas o unas páginas escritas por un tercero que introduzca su trabajo. Se trata, sin duda, de un gran acto de reconocimiento y generosidad del autor al prologuista. Y quiero empezar estas líneas agradeciendo a Vitor de Paula Ramos por haberme dado esa oportunidad.

Por supuesto, también debe entenderse que hay un reconocimiento en sentido inverso, del prologuista hacia el trabajo del autor, puesto que nadie en su sano juicio académico (si esto existe) aceptaría prologar un libro que no considera de calidad. Así que seguramente, como el amor, también en este caso el reconocimiento con reconocimiento se paga. Volveré al final de estas líneas sobre estas ideas.

Hasta hace unos años era muy habitual iniciar un trabajo sobre la prueba en el proceso judicial advirtiendo la escasísima atención que había dedicado la doctrina procesal de nuestra cultura jurídica (de raigambre latina: pongamos de lengua italiana, española y portuguesa) a los problemas probatorios y la casi inexistente atención iusfilosófica (que cuando pensaba en la justificación de las decisiones judiciales lo hacía exclusivamente con los ojos puestos en la premisa normativa). Hoy las cosas han cambiado mucho, afortunadamen-

te, y el catálogo de Marcial Pons (aunque no solo) es testigo de ello. Tanto desde el derecho procesal como desde la filosofía del derecho, y también incipientemente desde algunas disciplinas de derecho sustantivo, como el penal y el administrativo, se han dado pasos decisivos para comprender los problemas del razonamiento probatorio y ofrecer nuevas soluciones a los mismos.

El gran cambio se produce a partir de la asunción, cada vez más extendida, de los postulados de la concepción racionalista de la prueba y con los desarrollos de un puñado de autores y autoras que están marcando el debate académico al respecto, y siendo también punta de lanza para nuevas líneas jurisprudenciales ya acogidas por muchos Altos Tribunales de nuestro entorno. En efecto, una vez se parte de lo que Vitor de Paula Ramos denomina el modelo objetivo, esto es, se asume que la verdad (por correspondencia) es el objetivo institucional de la prueba en todo proceso y se comprende que, a pesar de ello, nunca podremos tener certezas racionales de haber alcanzado ese objetivo, porque las limitaciones epistémicas humanas (que afectan al proceso como a cualquier otro ámbito de la experiencia) así nos lo imponen, se presentan sobre la mesa con claridad un buen número de cuestiones que habían permanecido totalmente escondidas: ¿qué diseño procesal es más adecuado para maximizar las probabilidades de averiguar la verdad en el proceso?, ¿cómo debe razonar un juez para extraer del acervo probatorio del que dispone las conclusiones epistémicamente justificadas?, ¿cuál es el grado de corroboración suficiente para poder considerar probada una hipótesis en cada tipo de procedimiento? A la vez, se revisan otros nudos de nuestra red conceptual, como el alcance de los poderes probatorios del juez, el sentido de la inmediatez y la contradicción, la carga de la prueba, el papel de la motivación en materia de hechos, etcétera.

Todo ello ha sido ya ampliamente abordado en la literatura desarrollada por los autores de la concepción racionalista de la prueba. Por supuesto, quedan aspectos por tratar y los ya tratados siempre pueden ser revisitados, pero podría decirse que existe un cuerpo doctrinal sólido que da sustento a la teoría. Sin embargo, las cosas no están igual si pasamos de los grandes ejes del razonamiento probatorio a los detalles de los distintos medios de prueba. Aquí, en cambio, queda un largo camino por recorrer en el que habrá que repensar totalmente el modo en que se concibe la prueba pericial, la

prueba documental o la prueba testifical, por poner solo algunos ejemplos. Sobre la prueba pericial disponemos ya del gran libro de Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial*, en esta misma colección. Y a partir de ahora, tenemos también en español este estupendo libro de Vitor de Paula Ramos sobre la prueba testifical. Es evidente que ninguno de los dos agota los problemas que plantean esos tipos de prueba en el proceso, desde su diseño legal, su práctica en los tribunales y su valoración por los jueces y magistrados. Pero ambos representan un punto de inflexión, un giro copernicano, en el modo de enfrentar los problemas de la prueba pericial y de la prueba testifical.

Vitor de Paula Ramos parte de un análisis de los lugares comunes sobre la prueba testifical que se han repetido por décadas y décadas en todos los países de cultura latina y se han recogido en nuestros códigos procesales. Una vez presentados nos propone abandonarlos radicalmente para construir sobre bases más sólidas una concepción distinta de la prueba testifical. Los cimientos de esa nueva concepción los busca en la epistemología del testimonio, asumiendo una concepción reduccionista o no presuntivista, y en la psicología del testimonio. Esas dos grandes disciplinas, filosófica la primera y empírica la segunda, aportan hoy una base de gran solidez que es totalmente desconocida, cuando no absolutamente ignorada, por la mayor parte de los juristas.

De la epistemología del testimonio se obtienen respuestas a la trascendental pregunta acerca de cuándo estamos justificados en adquirir creencias o conocimiento, según se prefiera, a partir de fuentes testificales. La psicología del testimonio, por su parte, nos brinda una cantidad inmensa de información relevante acerca del modo en que los humanos recordamos los eventos, cuán fiables son nuestros recuerdos en función de nuestra edad, del tipo de evento específico que se trate de recordar, del modo en que se recupere la información testifical, etcétera.

Todo ello tiene implicaciones prácticas para el proceso judicial de primera magnitud y nuestro autor las extrae puntualmente en los últimos capítulos. Si usted, lector, tiene este libro entre las manos en una librería y duda de si adquirirlo, le sugiero ojear esos dos capítulos (o incluso solo leer las seis páginas del último, dedicado a las

conclusiones). Verá, por ejemplo, como: *a*) se recomienda poner la atención de la prueba testifical en los errores sinceros (y no tanto en la mentira); *b*) se concluye que la fiabilidad de la información testifical es muy baja, por lo que siempre debería estar corroborada por otros tipos de prueba para poder justificar conclusiones sobre los hechos; *c*) que esa fiabilidad puede ser mayor o menor, en todo caso, en función de cómo se «custodie» la memoria y cómo haya sido recuperada en la o las declaraciones del testigo a lo largo del procedimiento; *d*) que las formas adoptadas por el derecho probatorio de todos nuestros países para practicar la prueba pericial están en las antípodas de las recomendaciones que la ciencia experimental nos hace para poder obtener información más fiable; *e*) que el modo de «preparar» e interrogar a los testigos debería cambiar radicalmente, abandonando las perniciosas técnicas de interrogatorio mal asociadas a la oralidad y apuntando hacia entrevistas que fomenten el relato libre del testigo, seguido de preguntas formuladas por el juez o por un profesional (aunque sean propuestas por las partes), y *f*) que el papel de la intermediación en la valoración de la prueba testifical es nulo. Si estas conclusiones, entre otras, le resultan llamativas, estimado lector, entonces no dude en adquirir el libro y leerlo con detenimiento. Encontrará sustentos epistemológico y científico, proveniente en este último caso de la psicología del testimonio, para todas y cada una de ellas.

En resumen, no existe en mi opinión un libro en español que aborde con la amplitud de perspectiva de Vitor de Paula Ramos la prueba testifical y que fundamente mejor cómo deberíamos repensarla. Probablemente porque son escasos los juristas que conocen el derecho procesal y la práctica forense, los debates de la epistemología del testimonio y los avances de la psicología del testimonio como demuestra conocerlos nuestro autor.

Todo esto justifica mi reconocimiento como prologuista al autor del libro. El del autor hacia mí se explica solo por la amistad y porque tuve el gran placer de codirigir la tesis doctoral que dio origen a este libro.

Jordi FERRER BELTRÁN
Girona, mayo de 2019

INTRODUCCIÓN

El derecho en varios de sus ámbitos trabaja con la ciencia, cuando se llevan a juicio diariamente conocimientos actuales sobre técnicas de ingeniería, medicina, física, etc. Sin embargo, más de cien años después de haberse realizado los primeros estudios científicos sobre el testimonio, el campo de la prueba testifical sigue entre las sombras de la ciencia.

Una de las posibles razones que justifican este hecho, como se demostrará a lo largo de esta obra, es la aproximación del derecho, en muchos de sus rasgos, a modelos subjetivos del razonamiento probatorio, que se reproducen en el convencimiento subjetivo del juez. A fin de cuentas, para convencer a alguien de algo, la calidad de la prueba es un hecho meramente accidental. Por otro lado, cuando se adopta un modelo objetivo, que se reproduce mediante la corroboración objetiva de las hipótesis sobre los hechos, el sistema tiene que preocuparse de mejorar cada vez más la práctica y la fiabilidad de sus pruebas.

Como causa o consecuencia de ello, parece que el sistema procesal del *civil law* del siglo xx creó algunos dogmas sobre la materia y, desde entonces, la doctrina y la jurisprudencia siguen en su mayoría teniéndolos como mantras, sin actualizar el discurso de acuerdo con la base, bastante sólida, de los conocimientos científicos actuales. De este modo, 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 y como se demostrará a lo largo de estas páginas, *va en contra de la ciencia*.

Así pues, este trabajo pretende sintetizar los conocimientos y los dogmas existentes sobre la prueba testifical para someterlos a la criba de la epistemología y la psicología del testimonio. Todo ello, con la finalidad de reconstruir la prueba testifical sobre bases fiables y científicamente validadas.

CAPÍTULO I

PREMISAS DEL NUEVO RAZONAMIENTO PROBATORIO: DOS MODELOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA PRUEBA*

La organización de un sistema procesal reclama coherencia entre los medios disponibles para lograr sus fines. En este sentido, es bastante importante que los operadores jurídicos conozcan los elementos centrales de un sistema probatorio, pues ellos determinarán la utilidad o inutilidad de los instrumentos, ideas y teorías al respecto.

A efectos didácticos, hablaré en este capítulo de dos formas básicas de pensar y, por ende, de diseñar un sistema probatorio: una que llamaré modelo subjetivo (en el que el procedimiento probatorio gira alrededor de la creencia del juez) y otra que denominaré modelo objetivo (que aspira a desplazar la figura de la creencia del juez del centro del procedimiento de confirmación y rechazo de las hipótesis sobre los hechos).

El objetivo del abordaje que haré aquí no es contar la historia o el desarrollo del razonamiento probatorio en el ámbito mundial ni debatir sobre las cuestiones actuales de la denominada concepción racionalista de la prueba¹ o sus versiones. Este capítulo tiene un

* Una versión seminal de las ideas del presente capítulo se publicó originalmente en forma de artículo en PAULA RAMOS, 2015a.

¹ Sobre el tema, se pueden consultar, por ejemplo (incluso para una bibliografía pertinente sobre el tema), FERRER BELTRÁN, 2005: 79 y ss., y, más recientemente, FERRER BELTRÁN, 2017: 49 y ss.