

Hacia un análisis lógico – epistémico de la prueba testimonial Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios

César Augusto Higa Silva¹

Sumario:

Introducción

1. La prueba testimonial y sus atributos
2. Atributos para determinar la admisibilidad de la prueba testimonial
 - 2.1. Observación directa de los hechos a declarar
 - 2.2. Comprensión de los hechos que son objeto de declaración
3. Atributos para determinar la credibilidad de un testimonio
 - 3.1. Veracidad del testigo
 - 3.2. Objetividad del testigo
 - 3.3. Capacidad de observación del testigo

Conclusiones

Introducción

Los testigos son una de las fuentes de prueba más importantes que tienen las partes para probar su caso, sobretodo, en un sistema acusatorio, que es hacia el cual se está orientando el derecho sancionador peruano². Basta seguir el juicio al ex – Presidente Fujimori, y el no menos conocido caso del escándalo de los futbolistas de la selección, para darse cuenta de lo poderosa que son las

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios concluidos en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y estudios de postgrado en Teoría de la Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante.

Esta es una versión corta de una investigación mucho más amplia que estamos llevando a cabo sobre el diseño de la estrategia de un caso y los medios probatorios. En ese sentido, se agradecerían los comentarios y críticas que, con seguridad, puedan formular los lectores al presente trabajo, las cuales se pueden dirigir al siguiente correo electrónico: higa.cesar@gmail.com.

² Al respecto, se puede revisar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional en donde se recoge esa posición: Sentencia recaída en el Expediente N° 402-2006- PHC/TC (caso Luis Enrique Rojas Álvarez), sentencia recaída en el Exp. 3390-2005- PHC/TC (caso Margarita Toledo), sentencia recaída en el Expediente N° 005-2006- PHC/TC (caso Manuel Umberto Sandoval), sentencia recaída en el Expediente 1939- 2004-HC/TC (caso Ricardo Gómez Casafranca). También las siguientes resoluciones judiciales: R.N. 1296-2007 y el R.N. N° 224-2005.

declaraciones de una persona para creer que ciertos hechos ocurrieron en la realidad.

Sin embargo, los testimonios presentan importantes problemas respecto a su valor probatorio. Así, por ejemplo, en el mismo proceso al ex Presidente Fujimori, se han presentado testigos que se contradicen entre ellos; otros que han cambiado la versión de sus declaraciones; algunos han declarado lo que otros le han contado, pero que ellos mismos no han observado. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, ¿cómo hará la Sala para determinar cuál será el valor probatorio que le dará a cada uno de estos testimonios?

Cabe agregar, además, que los seres humanos no son muy buenos detectores de mentiras, según los estudios empíricos que se han efectuado sobre esta materia.

En el Cuadro N° 1 se muestra un estudio que se hizo en los Estados Unidos respecto de la capacidad de los seres humanos para detectar cuando una persona miente. Este experimento arrojó que la capacidad de los jueces para detectar cuando una persona miente no supera del 60% y, además, no es muy superior a la de una persona promedio. Los mejores detectores de mentiras son los agentes del servicio secreto de los Estados Unidos, pero su porcentaje de exactitud no supera el 64% de exactitud.

Cuadro N° 1
Exactitud de una persona para detectar una mentira

	Porcentaje de exactitud
Persona promedio	55 %
Detectives de la policía	55,8%
CIA, FBI y Expertos en polígrafos del ejercito	55,7 %
Jueces	56,7%
Psiquiatra	57,6%
Agentes del Servicio Secreto	64 %

Fuente: human Judges of Truth, Deception, and credibility: Confident but erroneous³.

Elaboración: propia.

³ KASSIN, Saul M. Human Judges of Truth, Deception, and credibility: Confident but erroneous. 23 Cardozo L. Rev. 809 – 816 2001 – 2002.

Estas estadísticas demuestran que existiría, aproximadamente, un 40% de casos en que no se podrá detectar si una persona miente o no. Ante esta situación: ¿qué hacer? Condenar a una persona con porcentajes tan bajos para detectar si una persona dice, o no, la verdad representa un enorme riesgo para la protección de los derechos de las personas.

Para algunos, el problema se resolvería dejando sin valor probatorio a los testimonios contradictorios, o, en todo caso, restando su valor casi al mínimo. Para otros, el problema se resolvería permitiendo que el Juez pueda evaluar los testimonios con “criterio de conciencia”. Será su conciencia la que determine qué testimonios creer y cuáles rechazar, mas no veo que tiene de especial la conciencia de un Juez para confiarle a él la determinación de si un hecho ocurrió o no. Sin embargo, como acabamos su conciencia solo acertaría un 56,7% de las veces.

Sin embargo, rechazar la prueba testimonial no resolvería el problema. Este medioprobatorio está muy vinculado a otros medios, tales como la prueba pericial y la prueba documental. El perito es una persona y, como tal, puede estar sujeta a las mismas debilidades, prejuicios, sesgos, que afectan a cualquier persona sobre su análisis de un determinado hecho o aspecto de la realidad. En el caso de la prueba documental, su elaboración y contenido es producto de una conducta humana, motivo por el cual, en muchos casos, hay que acudir a la persona que ordenó o que participó en su elaboración a efectos de comprender cabalmente su contenido, contexto, etc. Estos dos ejemplos demuestran que no es tan fácil rechazar el estudio de la prueba testimonial.

Desde mi punto de vista, si no existiera mecanismo racional para evaluar la credibilidad de un testimonio, este medio de prueba no debería ser permitido en el proceso. Uno de los requisitos para que una decisión sea justa, es que se demuestre que los hechos imputados ocurrieron en la realidad, a través de medios racionales e intersubjetivos que permitan a los terceros verificar si los hechos que se afirman probados, en efecto, tienen esa calidad.

Por suerte, los testimonios no son un medio de prueba irracional. En las últimas décadas, la doctrina ha venido discutiendo los atributos que se deben evaluar a efectos de determinar si un testimonio puede servir como prueba (observación directa, honestidad, objetividad, entre otros); las técnicas que se deberían utilizar para evaluar dichos atributos y los mecanismos que permitirían establecer el grado o valor probatorio que se le dará a la declaración de un testigo (las teorías bayesiana y baconiana).

En este pequeño artículo, me concentraré en el primer aspecto, esto es, los atributos epistémicos que deben ser analizados para admitir y valorar la credibilidad de un testimonio. Este artículo trata de analizar la prueba testimonial

desde una perspectiva analítica y no psicológica. De esta manera, se trata de eliminar o, por lo menos, reducir al mínimo que los aspectos subjetivos puedan gobernar el análisis de un testimonio.

En este artículo no se harán referencias a las técnicas del examen directo (*direct examination*) y el interrogatorio cruzado (*cross interrogation*), técnicas que permiten evaluar la admisibilidad y credibilidad del testimonio. Tampoco se discutirán las herramientas que se han creado para determinar el grado de credibilidad que se le podrá asignar a un testimonio, luego del análisis de sus atributos y su actuación durante el proceso⁴.

Finalmente, se deja anotado que de la evaluación de los atributos del testimonio se puede deducir que la clasificación entre prueba directa e indirecta no se sostiene, desde un punto de vista epistemológico; sin embargo, por motivos de espacio no entraré en ese detalle.

1. La prueba testimonial y sus atributos

Como ya se mencionó, los testigos son una de las fuentes de pruebas más importantes que tiene un Juez para determinar si un hecho ocurrió o no. Sin embargo, a su vez, es una fuente que, sin un debido análisis, puede ser muy peligrosa para aproximarnos al conocimiento de los hechos.

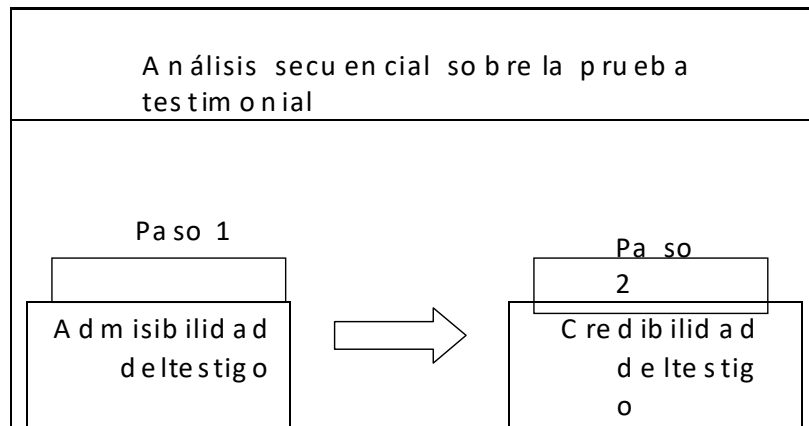
Desde nuestro punto de vista, el análisis de la prueba testimonial debe seguir la siguiente secuencia: primero, se evalúa su admisibilidad; y, luego, en segundo lugar, su credibilidad.

El análisis secuencial de los atributos del testigo y su testimonio tiene un sustento epistemológico:

- (i) hay que evaluar si el testigo va a aportar algún tipo de conocimiento directo sobre el hecho que va a declarar; y,
- (ii) recién, luego de lo anterior, se puede analizar la credibilidad del testigo.

⁴ Para un análisis completo de la prueba testimonial (y, en general, de todos los medios probatorios) se deben estudiar las técnicas de actuación de esta prueba y la forma como se le asignará su valor probatorio. Sin embargo, debido a cuestiones de espacio y de enfoque del artículo, no se ha querido abordar todos estos aspectos de manera conjunta. En próximos artículos se irán ampliando estos aspectos, que permitirán una mejor comprensión de la prueba testimonial.

Gráfico N° 1



Elaboración: propia

2. Atributos a evaluar para determinar la admisibilidad de la prueba testimonial

Para admitir un testigo, el Juez debe evaluar que aquél sea competente, esto es, que el testigo esté en capacidad de aportar un conocimiento directo sobre el hecho que se pretende probar con su declaración. Los aspectos para determinar la competencia de un testigo son los siguientes:

- (i) **que el testigo haya observado directamente los hechos que se pretenden probar con su declaración**⁵.

La declaración del testigo solo puede probar aquellos hechos que sus sentidos hayan presenciado directamente. Para analizar la credibilidad de una información hay que investigar a la fuente de la cual proviene una determinada información, a efectos de que las partes puedan examinar si esta reúne todos los requisitos que son necesarios para la confiabilidad de su declaración.

A continuación algunos ejemplos:

Una señora acude a su despacho y le cuenta que la siguiente historia sobre la agresión que ha sufrido su hijo en el Colegio y la respuesta que le ha dado esta entidad ante su queja:

⁵ A este atributo, Douglas Walton lo denomina como posición a conocer los hechos. Al respecto, ver: Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law. Cambridge University Press, 2008, pp. 37 y ss. También ver: SCHUM, David y Jon R. Morris. Assessing the competence and credibility of human sources of intelligence evidence: contributions from law and probability. 6 Law, Probability and Risk. March/December, 2007, pp. 6 – 7.

“Cuando mi hijo de seis años se encontraba en horario de recreo, al ver que el baño de primaria estaba ocupado, se dirigió al baño de secundaria. Al llegar ahí, se topó con un alumno de secundaria, quien le tomó por el cuello de la camisa diciéndole: ‘ahora vas a ver lo que es bueno’, introduciéndolo a la fuerza en uno de los servicios higiénicos que se encontraba vacío, cerró la puerta, lo subió al inodoro, le rebuscó los bolsillos del pantalón llevándose el papel higiénico que tenía en el interior del mismo y le procedió a desabotonar uno por uno los botones de su camisa, para después amenazarlo con contarle a sus amigos lo ocurrido.

Al enterarme del incidente, fui a reclamar al colegio, recibiendo como respuesta, entre otras cosas, que en años anteriores ocurrieron varias situaciones mucho más graves que aquella e incluso tuvieron que expulsar a uno de los alumnos responsables. Llevé a mi hijo para que le diga a las autoridades del Colegio quién había sido el muchacho que lo había agredido; sin embargo, las autoridades no le hicieron mayor caso. Por tales motivos, me vi obligada a retirar a mi hijo del Colegio ante el peligro existente y ante la poca seriedad del en la investigación de lo ocurrido.”

En este caso, la señora quiere denunciar al colegio porque su hijo había sido agredido en las instalaciones del plantel. Ahora bien, ¿la declaración de la señora sería admisible en un proceso? ¿es suficiente la declaración de la señora para tener por cierto los hechos que ella declara?

Como ya dijimos, para que un testimonio sea admisible debe provenir de la persona que presencié los hechos que quiere probar con su declaración. En este caso, si la declaración de la señora pretende probar que su hijo fue agredido por un alumno de secundaria, dicha declaración no podría probarlo, dado que ella no presencié la presunta agresión que habría sufrido su hijo. Para ello es necesario que el niño declare, a efectos de determinar si lo que él está diciendo es creíble.

La declaración del testigo tiene como objetivo probar que el demandado fue quien ocasionó el accidente de tránsito⁶.

AD: ¿Usted estuvo en el lugar al momento que ocurrió el accidente?

⁶ AD: Abogado del demandado; T: Testigo; J: juez; y, A: abogado del demandante.

- T: Sí.
- AD: ¿Qué estaba haciendo?
- T: Estaba conversando con mi esposa.
- AD: ¿Usted vio directamente el accidente?
- T: No, pero escuché el sonido del golpe y volteé inmediatamente para observar el accidente.
- AD: Señor Juez, el testigo no observó el accidente. Le pido que se declare inadmisibile.
- J: ¿El abogado del demandante tiene alguna objeción?
- A: Sí señor Juez. Este testigo no fue ofrecido porque haya observado directamente el accidente, sino para que describa cuál fue la conducta del demandado apenas ocurrió el accidente, por eso su testimonio no debe ser declarado inadmisibile.

En este caso, se puede apreciar que si el testigo hubiese sido ofrecido para declarar respecto del evento mismo del accidente, su declaración debía ser declarada inadmisibile; sin embargo, si su declaración está dirigida a relatar cuál fue la conducta del demandado apenas ocurrió el accidente, su declaración si sería admisible y, de ser el caso, proceder a evaluar su credibilidad.

En ese sentido, para evaluar el requisito de observación directa, es necesario que los abogados y el juez tengan presente cuál es el hecho que se pretende probar con la declaración del testigo.

(ii) que el testigo haya tenido la capacidad de comprender el significado de los hechos que se pretenden probar con su declaración⁷.

Así, por ejemplo, los niños no pueden diferenciar cuándo un acto puede ser un juego o cuando una agresión. En otros casos, dependiendo del tipo de conocimiento que se necesite, solo determinadas personas podrán ser testigos sobre un determinado hecho.

En el Cuadro N° 2 se detalla de manera ordenada cuáles son los atributos a evaluar sobre la competencia del testigo y los distintos valores que se le pueden asignar a cada uno de ellos.

⁷ SCHUM, David y Jon R. Morris. Assessing the competence and credibility of human sources of intelligence evidence: contributions from law and probability. 6 Law, Probability and Risk. March/December, 2007, p. 8.

Cuadro N° 2 Competencia del testigo

	Atributos	si	no	n.e.	e.n.c.	Result.
Testigo competente	La evidencia acredita que el testigo <u>observó directamente</u> los hechos sobre los cuales está declarando					
	El testigo está en capacidad de <u>comprender</u> los hechos sobre los cuales está declarando					

N.E.: No existe evidencia sobre este aspecto. E.N.C.: La evidencia no es concluyente

En la fase de investigación, n.e. y e.n.c. deben llevar al fiscal o al demandante a producir prueba que permita que el testigo pueda ser admitido en el juicio.

En la fase decisoria, n.e. y e.n.c. tienen el mismo resultado; el testigo es inadmisibile.

3. Atributos para determinar la credibilidad de un testimonio⁸

Una vez que el juez ha determinado que el testigo puede declarar sobre los hechos que se pretende probar con su declaración, el siguiente paso consiste en determinar la credibilidad del testigo.

Para tal efecto, se deben evaluar los siguientes atributos:

- (i) veracidad;
- (ii) objetividad; y
- (iii) capacidad sensorial y memoria del testigo⁹.

⁸ En la elaboración de esta sección, nos hemos basado básicamente en los siguientes autores: SCHUM, David y Jon R. Morris. Assessing the competence and credibility of human sources of intelligence evidence: contributions from law and probability. 6 Law, Probability and Risk. March/December, 2007, pp. 1 – 23. WALTON, Douglas. Witness testimony evidence. Argumentation, artificial intelligence and law. Cambridge University Press, 2008, pp. 12 – 61. También se ha revisado el libro de MAUET, Thomas A. Trials. Aspen Publisher, Inc., 2005, pp. 121 y ss. YOUNGER, Irving. The art of cross- examination. American Bar Association. N° 1.

⁹ En rigor, la capacidad sensorial y la memoria son dos atributos que pueden separarse, sin embargo, dado que muchos autores lo tratan de manera conjunta, he optado por tratarlos de manera conjunta.

3.1 Veracidad

La veracidad está referido a si el testigo cree lo que está declarando, esto es, si el testigo considera como cierto lo que está declarando. Sin embargo, como los seres humanos no podemos ingresar en el cerebro de otras personas, se buscan algunos aspectos que nos permitan permitir inferir si el testigo es una persona que dice lo que cree. Por ello, se trata de determinar si el testigo se ha visto envuelto en problemas respecto a su veracidad.

Un aspecto a resaltar es que al testigo solo se le puede acusar de mentir cuando, intencionalmente, éste no cree lo que está declarando, y no solo si lo que está declarando es falso. La falsedad de una declaración se puede deber a diversas razones, tales como una falla de percepción, prejuicios o sesgos que influyen en la observación de un hecho.

Los aspectos más resaltantes respecto del atributo de veracidad de un testimonio son los siguientes:

Cuadro N° 3 Veracidad del testigo

Existe evidencia sobre los siguientes puntos:	si	no	n.e.	e.n.c.	Resultado
1) Sanción judicial y administrativa por mentir o presentar información falsa					
2) Sanción judicial y administrativa por obstruir una investigación					
3) El testigo ha efectuado testimonios contradictorios o incompatibles durante el proceso					
4) La declaración misma del testigo presenta contradicciones					
5) Hay evidencia física que contradice la declaración del testigo*					
6) Hay otros testimonios que contradicen la declaración del testigo*					

Elaboración: propia

* Estos elementos, más que atacar la credibilidad del testigo, lo que origina es que la autoridad tenga que contrastar ambas pruebas o profundizar su investigación sobre el testigo como una fuente confiable de información.

Los aspectos que contiene este cuadro, que abarca algunos aspectos a determinar sobre la veracidad del testigo, se pueden transformar en preguntas a formularle y, en función a la información obtenida, se podrá determinar el grado de veracidad que se le asignará al testigo.

3.2 Objetividad

La objetividad del testigo se refiere a que el testigo no se vea afectado por aspectos emocionales, sentimentales, psicológicos o personales que puedan afectar su percepción de los hechos.

Cuadro N° 4

Evaluación del atributo de objetividad del testigo

Existe evidencia sobre los siguientes aspectos:	si	n	n.e	e.n	Resulta
		o	.	.c.	do
1) Lo que la fuente esperaba observar					
2) Esta fuente tiene algún interés en su declaración					
3) La existencia de prejuicios en el testigo que puedan influir en su percepción de los hechos					
4) La existencia de sesgos en el testigo que puedan influir en su percepción de los hechos					
5) La existencia de algún tipo de relación personal con alguna de las partes que pueda influir en su percepción de los hechos					
6) La existencia de algún tipo de experiencia sobre hechos similares que pueda influir en su percepción de los hechos					

Elaboración: propia

Sesgo: es la predisposición favorable que tiene el testigo respecto de una de las partes del caso.

Prejuicio: es la predisposición negativa que tiene el testigo respecto de una de las partes del caso.

Interés: es una relación, usualmente financiera, que tiene el testigo respecto de una de las partes.

Motivo: es la predisposición del testigo para testificar de una cierta manera debido a una razón personal, tales como relaciones sentimentales, odio, venganza.

La importancia de los aspectos arriba señalados radica en que la percepción de un determinado hecho se pueden encontrar influenciada, de manera determinante, por factores emocionales, psicológicos o cognitivos que puede afectar la forma cómo han sido percibidos.

3.3 Capacidad sensorial y memoria del testigo

Como bien dicen Schum y Morris, nuestros sentidos no son infalibles. La observación (y su calidad) de un hecho está en función de nuestras capacidades

sensoriales y de las condiciones bajo las cuales se observa el hecho. Los aspectos claves se encuentran en determinar si las condiciones sensoriales y ambientales permitieron al testigo realizar una adecuada observación de los hechos que está declarando.¹⁰

Otro aspecto relevante se encuentra en determinar si los eventos que describe el testigo responden, efectivamente, a su recuerdo de los hechos¹¹. En efecto, la recepción de diversa información o el simple transcurso del tiempo provoca que las personas vean contaminadas, alteradas o disminuidos su recuerdo sobre los hechos. Así, por ejemplo, a veces la información que se divulga sobre un determinado hecho puede mezclarse con el recuerdo que tiene una persona en su memoria. En este caso, resulta importante distinguir qué hechos son recordados genuinamente por el testigo y cuáles se encuentran ya alterados por información externa. Asimismo, el transcurso del tiempo provoca que los seres humanos olvidemos los eventos que hemos observado. Esto, por ejemplo, ocurre en casos donde los hechos investigados son de hace varios años o décadas atrás.

Cuadro N° 5
Evaluación de la memoria y capacidad sensorial del testigo

Existe evidencia sobre los siguientes puntos:	si	no	n.e.	e.n.c.	Resultado
1) El testigo tenía la capacidad sensorial de observar los hechos al momento en que ocurrieron (vista, oído, entre otros)					
2) Las condiciones ambientales permitían que el testigo pudiese observar el hecho que está declarando					
3) Hace cuánto tiempo ocurrieron los hechos					
4) El tiempo que duraron los hechos, le permitió al testigo percibir adecuadamente los hechos que declara					
4) El testigo tiene algún motivo para recordar los hechos					
5) El testigo tiene la capacidad de recordar los hechos					

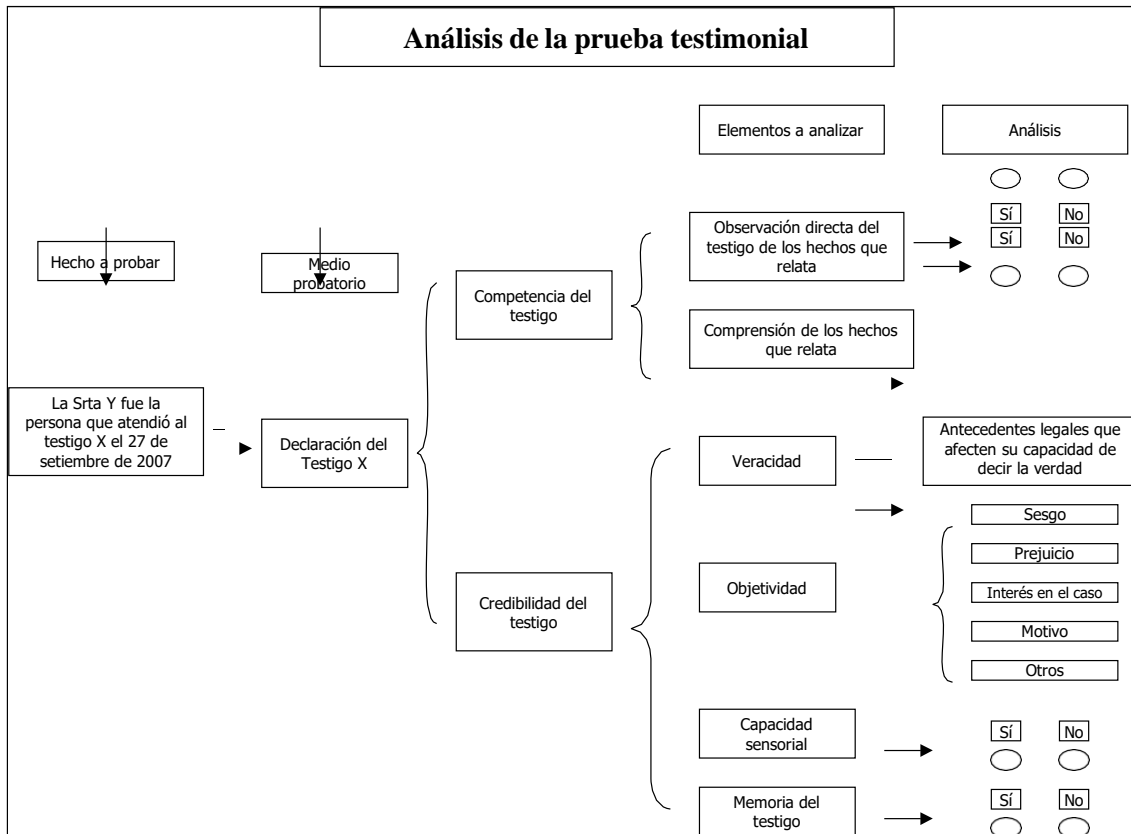
Elaboración: propia.

¹⁰ SCHUM, David y Jon R. Morris. Assessing the competence and credibility of human sources of intelligence evidence: contributions from law and probability. 6 Law, Probability and Risk. March/December, 2007, p. 10.

¹¹ HITCHCOCK, David. Good Reasoning on the Toulmin Model. Argumentation (2005) 19: 373 – 391, pp. 378 yss.

En el siguiente gráfico se muestran todos los atributos que tienen que ser evaluados al momento de analizar una prueba testimonial.

Gráfico N° 2



Conclusiones

En nuestro sistema jurídico, la prueba testimonial es un medio de prueba desprestigiado. Si dos personas se contradicen, la mayoría de los abogados creería –y creo que genuinamente– que no existiría forma de determinar quién es creíble y quién no. Ante esta situación, o no utilizamos este medio o dejamos que sea el criterio de conciencia del Juez el que determine quién dice la verdad.

Ambas soluciones me parecen equivocadas, poco garantistas y desinformadas de los avances que existen en la doctrina respecto de cómo determinar el valor probatorio del testimonio de un testigo.

En el presente artículo se ha tratado de demostrar que la prueba testimonial presenta una serie de atributos lógico – epistémicos que, analizados

rigurosamente, permitirían determinar si un testigo es o no, creíble, lo cual tendrá implicancias respecto de si se tendrán por verdaderas las afirmaciones contenidas en su declaración.

Finalmente, este artículo trata de avanzar en un análisis lógico epistémico de la prueba testimonial (y, en general, de todos los medios probatorios) y eliminar, o reducir a su mínima expresión, los análisis subjetivos o de conciencia de los medios probatorios.

Esperamos haber avanzado algo en ese objetivo, cuyas consecuencias prácticas son enormes.