



# Valoración de las pruebas de declaración de personas en segunda instancia

Cristian Contreras Rojas

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

**UNIVERSIDAD DE BARCELONA**  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal  
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

**VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE  
DECLARACIÓN DE PERSONAS EN  
SEGUNDA INSTANCIA**

**Tesis Doctoral**  
para optar al título de Doctor en Derecho  
presentada por:

**CRISTIAN CONTRERAS ROJAS**

Dirigida por:

**Profesor Dr. D. JORDI NIEVA FENOLL**  
**Catedrático de Derecho Procesal**

Barcelona - 2015



*A Ximenita, por todo*



# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PROCESAL</b> .....	9
1. NOCIONES BÁSICAS DE LA PRUEBA JUDICIAL .....	9
A) Concepto de prueba .....	10
a) Prueba general y prueba jurídica .....	11
b) Acepciones procesales de “prueba” .....	14
B) El objeto de la prueba .....	16
C) Hechos que no necesitan ser probados .....	20
a) Hechos admitidos o afirmados por ambas partes .....	21
b) Hechos notorios .....	22
c) Hechos presumidos por la ley .....	25
D) Admisibilidad de la prueba .....	26
a) Legalidad .....	28
b) Pertinencia .....	30
c) Utilidad .....	31
d) Licitud .....	33
E) El conocimiento judicial de los hechos y el Derecho .....	34
a) El aspecto jurídico de la controversia procesal .....	35
b) El aspecto fáctico de la controversia judicial .....	36
2. PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO JUDICIAL .....	38
A) Dos tipos de verdad: material y formal .....	39
a) Críticas a la distinción verdad material y verdad formal .....	41
1) La verdad no admite dos versiones válidas .....	41
2) La verdad no varía según la naturaleza del proceso judicial . . .	42
3) Las normas de prueba legal no alejan al proceso y la verdad . .	43
4) No existe relación entre sistema de prueba y tipo de verdad . . .	44
B) Finalidad de la prueba procesal .....	44
a) La fijación de los hechos .....	45
b) El convencimiento del juzgador .....	46
c) El establecimiento de la verdad .....	48

1) Razones que justifican el establecimiento de la verdad en el proceso . . . . .	50
i) La verdad es la misma en todas las áreas del conocimiento. . . . .	50
ii) La verdad es esencial para la justicia de la decisión . . .	53
2) Razones para negar la consecución de la verdad en el proceso .	54
i) Es imposible conocer la verdad de los hechos . . . . .	54
ii) El proceso es solo un instrumento de resolución pacífica de conflictos . . . . .	55
iii) Las limitaciones del proceso impiden conciliarlo con la verdad . . . . .	56
3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO CIVIL Y LA PRUEBA . . . . .	57
A) Principio de oralidad . . . . .	58
a) Características de la oralidad . . . . .	59
b) Oralidad y los demás principios del procedimiento . . . . .	62
B) Principio de concentración o unidad de acto . . . . .	63
C) Principio de publicidad . . . . .	64
D) Principio de inmediación . . . . .	68
a) Contenido esencial del principio de inmediación . . . . .	69
b) La inmediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil . . . . .	71
c) Excepciones a la aplicación del principio de inmediación . . . . .	72
d) El rol de la inmediación en el proceso de valoración de la prueba . . . .	74
4. VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA . . . . .	79
A) Enfoque epistemológico o gnoseológico . . . . .	82
a) La deducción y el silogismo como estructura de razonamiento . . . . .	83
b) El razonamiento inductivo o probabilístico . . . . .	86
c) Probabilidad inductiva . . . . .	88
d) Cohen y sus críticas al enfoque matematicista . . . . .	93
B) Enfoque probabilístico matemático o probabilidad pascaliana . . . . .	97
a) El Teorema de Bayes . . . . .	99
1) El problema de las <i>prior probabilities</i> . . . . .	104
2) Críticas al empleo de técnicas matemáticas en la valoración de la prueba judicial . . . . .	107
C) Enfoque psicológico . . . . .	110
a) Heurísticos y sesgos . . . . .	111
1) Heurístico de representatividad . . . . .	113
2) Heurístico de accesibilidad . . . . .	117
3) Heurístico de anclaje y ajuste . . . . .	119
4) Críticas a los heurísticos . . . . .	121
b) Modelos mentales . . . . .	122
1) Funcionamiento de los modelos mentales . . . . .	124
D) Sistemas jurídicos de valoración de la prueba . . . . .	126

a) El sistema de prueba legal o tasada . . . . .	128
1) Origen de la prueba tasada . . . . .	132
2) Aspectos positivos del sistema de prueba legal . . . . .	133
3) Críticas a la prueba tasada . . . . .	135
4) Normas de prueba tasada en el ordenamiento jurídico vigente . . . . .	138
b) Sistema de prueba libre . . . . .	140
1) Contenido esencial de la libertad probatoria . . . . .	142
2) La íntima convicción, íntimo convencimiento o convicción moral . . . . .	143
3) La sana crítica o persuasión racional . . . . .	147
i) Contenido esencial de la sana crítica . . . . .	149

## **CAPÍTULO II**

### **VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE DECLARACIÓN DE PERSONAS EN EL PROCESO CIVIL . . . . .**

1. LA MEMORIA Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO . . . . .	155
A) Antecedentes históricos de la psicología del testimonio . . . . .	157
B) La memoria . . . . .	161
a) Estructura y tipos de memoria . . . . .	165
b) Procesos fundamentales de la memoria episódica . . . . .	168
c) Factores de la memoria . . . . .	171
1) Factores de codificación . . . . .	172
i) Del suceso . . . . .	173
ii) Del testigo . . . . .	176
2) Factores de retención . . . . .	179
i) Extensión temporal . . . . .	179
ii) Información post-suceso . . . . .	181
1. Oportunidad de la información post-suceso . . . . .	183
2. Efecto de la información engañosa . . . . .	184
3. Control de la realidad . . . . .	187
4. Factores . . . . .	190
3) Factores de recuperación . . . . .	192
i) Contexto de recuperación . . . . .	193
1. Contexto ambiental . . . . .	193
2. Contexto emocional . . . . .	198
3. Contexto cognitivo . . . . .	202
ii) Tipos de recuperación . . . . .	203
iii) Forma de las preguntas . . . . .	204
iv) Credibilidad de la fuente . . . . .	205
C) Confianza y exactitud del testimonio . . . . .	206
a) Razones de su baja correlación . . . . .	207
b) Variables que afectan la confianza y exactitud . . . . .	209



2. LA OBTENCIÓN DE LAS DECLARACIONES .....	210
A) La narración libre versus el interrogatorio .....	210
B) La entrevista cognitiva .....	212
C) La entrevista cognitiva mejorada .....	217
D) Regulación procesal civil de la declaración de personas .....	219
a) Declaración de las partes .....	219
1) Proposición y deberes del declarante .....	225
2) Práctica .....	229
1. Preguntas .....	230
2. Respuestas .....	236
b) El interrogatorio de testigos .....	238
1) Concepto .....	240
2) Capacidad (idoneidad) .....	242
3) Tachas .....	244
4) Deberes del testigo .....	250
5) Práctica .....	261
 3. LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES .....	 269
A) Sistemas de detección de la mentira .....	270
a) Análisis de cambios fisiológicos .....	272
1) El polígrafo .....	273
b) Análisis del comportamiento no verbal .....	274
1) Las microexpresiones faciales .....	278
c) Análisis del contenido verbal de la declaración .....	279
1) La realidad de las evidencias .....	280
2) Análisis de la realidad de las declaraciones .....	282
3) Análisis basado en criterios y evaluación de validez .....	284
B) Valoración procesal de la declaración de personas .....	292
a) Declaración de partes .....	292
1) Expresa .....	293
2) Tácita o ficta .....	299
b) Declaración de testigos .....	302
C) Propuesta de criterios de valoración .....	307
a) De veracidad .....	310
b) De precisión .....	314

### **CAPÍTULO III**

<b>DOBLE GRADO, INMEDIACIÓN Y PRUEBAS DE DECLARACIÓN DE PERSONAS .....</b>	<b>319</b>
1. LA DOBLE INSTANCIA Y EL CONTROL DEL JUICIO JURISDICCIONAL .....	319
A) El recurso de apelación y el doble grado .....	321
a) Carácter ordinario del recurso de apelación .....	323
b) Justificación del recurso .....	327

c) Finalidad de la apelación . . . . .	330
B) La motivación de la sentencia como objeto de control . . . . .	338
a) Contenido del deber de motivación . . . . .	339
b) Funciones de la motivación . . . . .	342
c) La motivación racional de los hechos . . . . .	346
C) La inmediación y las pruebas personales en segunda instancia . . . . .	350
a) (In)compatibilidad entre inmediación y recurso de apelación . . . . .	353
b) El visionado del juicio oral . . . . .	359
c) Inmediación y racionalidad . . . . .	363
2. LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE PERSONAS POR EL TRIBUNAL <i>AD QUEM</i> . . . . .	369
A) Pruebas practicadas en primera instancia . . . . .	370
a) La valoración errónea como motivo de apelación . . . . .	377
1) Total falta de motivación . . . . .	377
2) Motivación confusa o poco clara . . . . .	382
3) Desatención de algún medio de prueba específico . . . . .	387
4) Utilización de criterios de prueba legal . . . . .	390
5) Empleo de máximas de experiencia espurias . . . . .	394
6) Descarte indebido de hipótesis fácticas alternativas . . . . .	397
7) Aplicación de criterios de la psicología conductista . . . . .	398
8) Considerar la percepción de confianza como indicador de certeza . . . . .	402
9) Incurrir en sesgos de razonamiento . . . . .	405
10) Controlar únicamente la veracidad del deponente . . . . .	408
11) Aplicación errada de criterios de valoración correctos . . . . .	410
B) Pruebas practicadas en segunda instancia . . . . .	412
a) Observaciones a la regulación vigente . . . . .	416
b) Consecuencias procesales de la aportación de prueba en segunda instancia . . . . .	420
<b>CONCLUSIONES</b> . . . . .	427
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> . . . . .	433



## **RESUMEN**

La valoración de las declaraciones personales debe corresponder al producto de un ejercicio racional y lógico realizado por el juez, de modo que ella no solo pueda ser conocida y compartida por las partes y el resto de ciudadanos, sino también sometida al examen del tribunal de segunda instancia. Para eso se necesita contar con criterios objetivos y contrastables que posibiliten el desarrollo de inferencias sólidas y correctas a partir del resultado de las declaraciones. Este trabajo analiza el proceso inferencial que debe desarrollar el sentenciador mediante el cotejo de dichos criterios y el resultado de las declaraciones, pues solo de esa forma se podrá garantizar una valoración efectiva de estas pruebas por el tribunal de segundo grado. La importancia de ello radica en la necesidad de mantener el control amplio de la sentencia de primera instancia mediante el recurso de apelación, en vista de las mayores garantías de justicia y acierto que esta revisión acarrea para el fallo.

## **RESUM**

La valoració de les declaracions personals ha de correspondre al producte d'un exercici racional i lògic realitzat pel jutge, de manera que aquesta no solament pugui ser coneguda i compartida per les parts i la resta de ciutadans, si no també sotmesa a l'examen del tribunal de segona instància. Per això es necessita comptar amb criteris objectius i contrastables que possibilitin el desenvolupament d'inferències sòlides i correctes a partir del resultat de les declaracions. Aquest treball analitza el procés inferencial que ha de desenvolupar el sentenciador mitjançant la confrontació de dits criteris i el resultat de les declaracions, doncs únicament d'aquesta manera es podrà garantir una valoració efectiva d'aquestes proves pel tribunal de segon grau. La importància d'això radica en la necessitat de mantenir el control ampli de la sentència de primera instància mitjançant el recurs d'apel·lació, a la vista de les majors garanties de justícia i encert que aquesta revisió causa per al veredict.

## **ABSTRACT**

The assessment of the personal statements must be the product of a rational and logical exercise performed by the judge. This way it can be known and shared by the parties and other citizens, and also submitted under examination by the court of second instance. As a result, it is necessary to count on objective and contrasting criteria which make possible the development of solid and correct inferences from the resulting declarations. This work analyzes the inferential process which the judge must develop through a comparison of such criteria and the results of the declarations, because only this way an effective evaluation of these evidence by the court of second grade can be ensured. The importance of this lies on the need to maintain the extensive control of the judgment of first instance by the appeal, taking into account the greater guarantees of fairness and accuracy that this review brings to the ruling.

## INTRODUCCIÓN

Nada nuevo hacemos al resaltar la importancia de la prueba para el resultado del juicio jurisdiccional. De hecho, a pesar de que hasta época reciente su estudio científico no fue una cuestión que motivara en demasía a la doctrina procesal<sup>1</sup>, hoy no son pocos los trabajos que de forma notable han abordado este tema, mediante aproximaciones que exceden con mucho el terreno estrictamente jurídico<sup>2</sup>.

Estamos conscientes de que la prueba cumple un papel insustituible para averiguar la *verdad* de los hechos y, por consiguiente, para encontrar la resolución acertada del conflicto que se ha sometido a la decisión del juez. Difícilmente alguien podría desconocer esta realidad. Empero, no basta con reconocer el papel de la prueba, sino que, en la práctica, hay que saber perfectamente qué hacer con ella. Dicho de otra forma, de nada sirve que las partes se esmeren en presentar los que, en su concepto, son los mejores instrumentos de convicción que poseen, si una vez incorporados al proceso el juez no sabe extraer toda la información que estos pueden aportar ni es capaz de valorar adecuadamente la que pongan a su disposición.

Asimismo, no puede soslayarse que el éxito de todo el proceso comienza por la actividad de las partes, ya que -aunque huelga recordarlo- son ellas las más interesadas en resultar victoriosas en la sentencia. Por ende, los litigantes también deben tener la claridad y conocimientos suficientes para preparar un arsenal probatorio que, sin negar la verdad de lo sucedido, destaque las fortalezas de su postura y termine provocando que en definitiva el juez falle a su favor. La clave está en saber elegir esas evidencias.

Por ello, la práctica y apreciación de las pruebas es un tema que debe interesar tanto a las partes como al sentenciador, aun cuando usualmente recaiga en aquellas la

---

<sup>1</sup> Con la notable excepción de Jeremías BENTHAM y su excelente obra *Tratado de las pruebas judiciales*.

<sup>2</sup> Solo por señalar los más destacados: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, 2004; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2007; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981; y por supuesto, toda la extensa obra de TARUFFO, Michele, compuesta, entre otras, por: *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2005; *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2008; *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, 2010.

carga de aportarlas, y en este, la de valorarlas. Pero más allá de esta división de funciones, al juez no le es indiferente la calidad de los materiales probatorios que se le provean, pues él es quien debe averiguar lo que efectivamente sucedió entre los litigantes y emitir una decisión acertada. Su misión no es dictar una sentencia para el caso, sino dictar la mejor sentencia que sea posible, algo que solo puede alcanzar si desarrolla una labor óptima, tanto a nivel práctico como inferencial. A su turno, las partes son las primeras llamadas a controlar la forma en que se ha llevado a cabo la valoración de las evidencias, ya que cualquier error que se cometa en este aspecto redundará en la calidad de la decisión final, de modo que necesariamente deben poseer nociones claras acerca de cómo el tribunal debe desarrollar todo el proceso de valoración y exposición de conclusiones probatorias. De lo contrario, malamente podrán someter la sentencia a un escrutinio eficiente.

Ahora bien, la apreciación de las pruebas no es una tarea que pueda enmarcarse exclusivamente dentro de la esfera jurídica. No solo porque la legislación no alcanza a prever todos los supuestos fácticos que pueden presentarse al juez, sino también porque la naturaleza de los conflictos lleva a que la tasación correcta del mérito de las pruebas solo pueda lograrse atendiendo a conocimientos provenientes de ciencias extrajurídicas. Quizás eso fue lo que impulsó al legislador de los últimos siglos a optar por el reforzamiento del sistema de sana crítica, ya que este modelo sitúa al juez de la causa en una posición dotada de la libertad suficiente para salir en búsqueda de los elementos de contraste que le permitan arribar a conclusiones racionales y válidas a partir del resultado de las evidencias<sup>3</sup>. Todo esto se analizará más adelante.

Lo anterior es precisamente lo que ocurre con las declaraciones personales. De hecho, difícilmente se puede pretender que el legislador establezca criterios generales y obligatorios de valoración que resulten aplicables a todos los declarantes que comparezcan ante un tribunal. Las capacidades y habilidades de cada deponente hace imposible medirlos a todos con una misma vara que venga fabricada apriorísticamente por el legislador, reduciendo la labor del juez a la simple aplicación mecánica de estas reglas con miras a conseguir el resultado esperado<sup>4</sup>. Si bien sería más fácil contar con

---

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 402. También ver: COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 220; EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 87; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, en Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, p. 583.

<sup>4</sup> LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Tomo I, traducido por Enrique Aguilera de Paz, Madrid, 1957, p. 357. Asimismo: CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*,

una especie de calculadora del valor de las pruebas, las exigencias que impone la consecución de un resultado exitoso impiden caer en estos simplismos.

Pero así como los sistemas de prueba legal no son aptos para valorar las declaraciones, tampoco es dable aceptar que la asignación del mérito de los dichos de cada deponente sea el producto de una actividad arbitraria o irracional del tribunal<sup>5</sup>. En efecto, la realización de esta tarea no escapa de las exigencias generales de racionalidad y objetividad que se le impone a todo ejercicio de poder estatal, lo que elimina de raíz, al menos en teoría, la improvisación y el seguimiento de intuiciones en la valoración de las declaraciones.

Sin embargo, los tribunales siguen sin tener claro qué elementos deben ser atendidos para valorar acertadamente estas pruebas. Como decíamos, la sana crítica abre un campo de libertad, pero también trae consigo una ausencia de orientación. Por eso, ante la necesidad de asegurar el empleo del raciocinio en el ejercicio valorativo, no es de extrañar que se haya tendido a considerar elementos observables en la persona de los declarantes, únicamente disponibles para el sentenciador que mantiene una relación personal y directa con él, inmediación que, como sabemos, se ha exigido para la sustanciación de la primera instancia en los procesos civiles. Esa fue la forma mediante la que se intentó objetivar la valoración de las declaraciones. No obstante, si escarbamos un poco la superficie constataremos que, más que asegurar el respeto de la lógica y la razón en la actividad valorativa, en realidad se consiguió alejarlas aún más, todo a raíz de una tergiversación del rol de la inmediación en el proceso. Lo veremos en detalle oportunamente.

El escenario descrito acarrea consecuencias negativas para el recurso de apelación y el examen de la sentencia de primera instancia a que da lugar su interposición. Esto porque siguiendo el enfoque que planteábamos en el párrafo anterior, el tribunal *ad quem* vería cercenadas sus facultades de revisión respecto a las declaraciones personales, ello a consecuencia de su falta de inmediación con los declarantes. Según esto, dicho órgano no conocería suficientemente el contenido de las pruebas para examinar y objetar las conclusiones fácticas que el juez *a quo* ha extraído de las declaraciones, convirtiéndolas en un punto incuestionable por parte del tribunal de apelación, y, por ende, en una cuestión decidida en única instancia.

---

traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1982, p. 25; SENTÍS MELENDO, Santiago, *Valoración de la prueba*, en Revista de derecho procesal iberoamericano, N° 2-3, 1976, p. 271.

<sup>5</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación*, en AA. VV., Consideraciones sobre la prueba judicial, Madrid, 2009, p. 83.



La perspectiva descrita no solo legitima la presencia de la irracionalidad en el proceso, sino que echa por tierra todos los beneficios que se proclaman de la revisión que permite la apelación, situaciones que no compartimos ni podemos justificar. De ahí que el objetivo central de este trabajo haya sido establecer y analizar mecanismos o parámetros racionales y objetivos para la fijación del nivel de veracidad y exactitud de los relatos, que permitan garantizar el desarrollo de una (re)valoración efectiva de las pruebas de declaración de personas por el tribunal de segundo grado.

Hacemos presente que este trabajo tiene la forma de una investigación no experimental de carácter documental-bibliográfica en el que se abordan en profundidad tanto aspectos jurídicos como psicológicos. Así, por una parte, se analizan obras y artículos doctrinales jurídicos emanados de especialistas en el estudio de la prueba y el recurso de apelación, particularmente en lo que tiene relación con la prueba de declaración de personas y su valoración. A lo anterior se agregan las publicaciones que han emanado desde el área de la psicología del testimonio, vinculadas con el estudio de la memoria y las declaraciones, con lo que claramente este trabajo, en cuanto a su ámbito de estudio, excede los límites estrictamente jurídicos. Además, se ha llevado a cabo un análisis jurídico comparado de la normativa que regula las declaraciones personales en diferentes ordenamientos procesales americanos y europeos.

Por último, debemos mencionar que nuestro estudio se ha estructurado en tres capítulos:

En el capítulo inicial pretendemos, en primer término, situar al lector en contexto, pasando revista a las nociones generales del fenómeno probatorio, entre las que se incluye la necesidad de la prueba en el proceso, la relación entre prueba y verdad, y el estudio del vínculo entre los principios del procedimiento y la prueba, particularmente, en lo que respecta a la intermediación, dadas las consecuencias que su interpretación y aplicación generan para la apreciación de los relatos. Luego de ello, se desarrolla un estudio general de la valoración de la prueba, cuestión que no se analiza solo desde una perspectiva unidimensional, representada por los tradicionales modelos jurídicos de valoración (legal y libre), sino que a fin de enriquecer el tema y dotarlo de mayores herramientas de análisis, también se han abordado las visiones epistemológica, psicológica y matemática.

El capítulo segundo, destinado íntegramente a analizar la declaración de personas, tiene por objetivo, por una parte, examinar cómo la psicología del testimonio trata el funcionamiento de la memoria y la obtención y valoración de las declaraciones,

con el objetivo de extraer las pautas objetivas y verificables a las que hicimos mención. Además, en este capítulo se ha incluido un análisis crítico de la regulación jurídica que determina la solemnidad procesal que debe ser respetada para la práctica y valoración de las declaraciones de partes y testigos en el proceso civil, estudio que se ha realizado extrayendo los lineamientos comunes de legislaciones de distintos países. Termina proponiendo una serie de criterios objetivos para la valoración del nivel de veracidad y precisión de las declaraciones.

Por su parte, el capítulo tercero aborda el control de la sentencia de primera instancia a través del recurso de apelación, analizando el papel que en este examen cumple la motivación del fallo y el rol que la inmediación debe desempeñar en el proceso civil. Para terminar, se analiza la valoración de las declaraciones personales en segunda instancia. Respecto a las practicadas ante el juez *a quo*, se indica una serie de errores en que este podría incurrir y que justifican la revisión y eventual revocación de la sentencia. Por último, en cuanto a las declaraciones efectuadas en segunda instancia, se han realizado algunas observaciones a la regulación vigente, para terminar analizando los efectos que la introducción de prueba en este grado produce sobre la configuración del acervo probatorio y la decisión.



# CAPÍTULO I

## ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PROCESAL

### 1. NOCIONES BÁSICAS DE LA PRUEBA JUDICIAL

Todos los elementos que dan vida y sirven para configurar el fenómeno probatorio resultan de una ingente importancia para el adecuado desarrollo de la actividad jurisdiccional por parte del tribunal. En efecto, es evidente que sin la prueba el sentenciador carecería de herramientas suficientes para llevar a cabo la misión que le ha encomendado el ordenamiento jurídico, que no es otra que disponer que las consecuencias previstas por una norma se apliquen a una situación fáctica determinada, resultado de lo cual, una persona natural o jurídica se verá en la necesidad de soportar una sanción o una obligación. Es el sentenciador quien, con la ayuda del resto de los intervinientes, pero especialmente con la utilización de la prueba que se provea al proceso, debe realizar una tarea de reconstrucción de las circunstancias fácticas que han sucedido en el pasado y que originaron el litigio que se le presenta para su conocimiento y fallo.

De esta manera, cuando el juez sea llamado a resolver un litigio civil en el que las partes hagan valer versiones contrapuestas acerca de los elementos fácticos que originan el conflicto -lo que por cierto ocurre en la mayoría de los procesos judiciales-, es la prueba el único elemento que conforme a Derecho puede ilustrar a un juzgador que nada conoce acerca de los hechos. De ahí que se haya sostenido que la prueba es *un minúsculo cerco de luces*<sup>6</sup>, llamado a disipar las tinieblas de la ignorancia que rodean al juez respecto a los acontecimientos. Más aún, así como la única influencia legítima que el juez puede recibir en relación con un litigio sometido a su decisión es la que ejercen las partes con sus distintas actuaciones procesales válidas, el rol informador que cumple la prueba no opera solo respecto al juez que desconoce por completo los hechos, sino que también de aquél que cuenta con alguna información acerca de ellos, ya que al sentenciador le está vedado incorporar al juicio cualquier conocimiento extraprocesal que eventualmente pueda poseer sobre la *litis*, como asimismo, emplear este saber privado para adoptar la resolución del caso. Por ello, la única fuente de información

---

<sup>6</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. XVIII.

válida de la que puede servirse el juzgador dentro del proceso, es aquella que pueda ser obtenida a partir de las distintas pruebas que se hayan practicado.

Así las cosas, es fácil comprender a BENTHAM cuando sostiene que el proceso implica esencialmente “*el arte de administrar las pruebas*”<sup>7</sup>, como asimismo, que metafóricamente se haya catalogado a la prueba como el sistema respiratorio del Derecho procesal, pues tiene tanto la virtud como la función de proveer al proceso de un contacto con el mundo exterior<sup>8</sup>.

En síntesis, la importancia de la prueba en el proceso judicial queda de manifiesto con lo expresado por DEVIS, quien nos dice que el orden jurídico no existiría sin la prueba, pues sin ella sería imposible la administración de justicia<sup>9</sup>. Esto porque de nada sirve iniciar un proceso judicial pretendiendo que como resultado de su tramitación se nos reconozca un derecho, si no estamos en condiciones de probar o acreditar fehacientemente la existencia del hecho que le sirve de fundamento. Sin prueba el aparato judicial no podrá cumplir exitosamente con su tarea, por lo que se hace tremendamente necesario conocer y comprender los distintos aspectos de esta institución procesal, de modo que, para comenzar con su análisis, se destinará la primera parte de este capítulo a estudiar las nociones esenciales de la prueba judicial.

### **A) Concepto de prueba**

Etimológicamente, la voz “prueba” deriva del latín *probatio*, palabra que proviene de *probus* (*bueno, recto, honrado o íntegro*) o del adverbio *probe*, que significa *honradamente*, por considerarse que obra honradamente el que prueba lo que pretende. De esta manera, probado equivale a decir bueno, correcto o auténtico, por lo que probar se corresponde con una verificación o demostración de la autenticidad<sup>10</sup>. Ahora bien, a partir de su sentido original, esta palabra ha visto diversificada notablemente su utilización dentro del lenguaje, fenómeno que queda de manifiesto al constatar las distintas acepciones que recoge el Diccionario de la RAE tanto de la voz

---

<sup>7</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel Ossorio Florit, Granada, 2001, p. 4.

<sup>8</sup> GUASP DELGADO, Jaime, *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, en Estudios jurídicos, Madrid, 1996, p. 391.

<sup>9</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 5.

<sup>10</sup> DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1856, p. 133. También, SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, en Revista de derecho procesal iberoamericana, N° 2-3, 1973, p. 259.

*prueba* como de *probar*, de donde es posible advertir un claro carácter polifacético<sup>11</sup>, dado que estos términos reciben un uso tanto a nivel común o general como científico y procesal. Basta un simple ejercicio mental para darnos cuenta que el fenómeno probatorio, y por ende la utilización del vocablo que lo identifica, se encuentra presente en todos los aspectos de la vida del ser humano, desde sus relaciones sociales y familiares cotidianas hasta los más avanzados y complejos experimentos de física cuántica, no siendo para nada patrimonio exclusivo de la ciencia procesal. Casi sin darnos cuenta, diariamente nos vemos enfrentados a la necesidad de probar alguna circunstancia, un hecho, lo que hacemos o incluso nuestras cualidades personales, o bien, resultamos ser directamente destinatarios de las pruebas acerca de la verdad de algo o alguien<sup>12</sup>. Esta omnipresencia del fenómeno probatorio deja bien en claro sus tintes generales o universales, donde la vertiente procesal aparece solo como una de sus posibles manifestaciones concretas<sup>13</sup>.

#### **a) Prueba general y prueba jurídica**

En sentido común o general, la prueba se ha asociado a un experimento o ensayo que se lleva a cabo para comprobar la exactitud de las afirmaciones que se ponen en nuestro conocimiento, lo que se efectúa mediante la comparación de esas afirmaciones con otras que se han conseguido a través de un cauce diferente, así, en palabras simples, la prueba consiste en comparar dos afirmaciones que se han vertido sobre un mismo hecho, pero que han surgido de distinta fuente<sup>14</sup>. SERRA sostiene que en sentido metajurídico, la prueba es la “*actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar convicción de una persona*”<sup>15</sup>. En esta misma perspectiva, CARNELUTTI indicaba que la prueba extraprocesal consiste en la comprobación de la verdad de una proposición, de modo

---

<sup>11</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, Madrid, 1963, p. 30. En esta línea de razonamiento, FENECH apunta que el concepto de prueba “*trasciende del campo del Derecho al de la ciencia y a la vida, en las que operamos con este concepto cuando nos encontramos ante un hecho que nos interesa, cuya realidad no se nos aparece clara*”, FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960, p. 595.

<sup>12</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 1.

<sup>13</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, cit., p. 262.

<sup>14</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba*, en *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1969, p. 356. En igual sentido, BENTHAM indicaba que en toda prueba coexisten dos hechos: uno *principal* que es aquel cuya existencia o inexistencia se trata de probar; y otro *probatorio*, que se usa para demostrar el principal. BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 15.

<sup>15</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 8.

que para que la prueba opere en este ámbito siempre requiere la preexistencia de una afirmación cuya exactitud debe ser confirmada o verificada, no constituyendo un acto probatorio la investigación o el descubrimiento de una verdad que no ha sido previamente afirmada<sup>16</sup>. Esto se ha querido graficar poniendo como ejemplo a la operación aritmética (multiplicación) y al acto por el que se comprueba el resultado que se ha obtenido. En este sentido, no constituye prueba la actividad desplegada para resolver la multiplicación que se plantea, sino que lo es la operación realizada con posterioridad para comprobar si el producto alcanzado es correcto o erróneo<sup>17</sup>. No obstante, el jurista italiano agrega que en el lenguaje común se produciría un uso extensivo de este vocablo, dado que también se utiliza tanto para referirse al procedimiento o actividad usada para la comprobación, como para hacer mención al conocimiento que se obtiene a partir de esa actividad y que sirve para comprobar la afirmación realizada en el proceso, lo que lo lleva a sostener que la prueba no es solo el objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino que también se llama prueba al conocimiento mismo que entrega ese objeto<sup>18</sup>.

Siguiendo este marco general, la prueba procesal igualmente va a consistir en un procedimiento de comparación de afirmaciones, las que en este caso corresponden a las manifestadas por las partes y a las aportadas al proceso mediante los distintos medios de prueba<sup>19</sup>. Por tanto, en principio, la prueba judicial solo se desmarcaría de la ordinaria como consecuencia del origen de las afirmaciones que son objeto de comparación. Empero, es posible constatar que la prueba judicial cuenta con una serie de especificidades que permitirían diferenciarla de la prueba que se da en otros ámbitos de la vida del ser humano. En este sentido, existe una serie de normas jurídicas que la regulan, imponiendo cargas, facultades y limitaciones a su respecto: se establece el momento procesal en que debe proponerse y practicarse, y el procedimiento para incorporarla válidamente al proceso; se determina apriorísticamente el valor que el juez debe asignarle a cierta clase de pruebas; se regulan los poderes del tribunal y las partes; se prohíben actividades probatorias que lesionen los derechos fundamentales; y se establecen reglas sobre carga de la prueba que determinan las consecuencias para el

---

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 39. Esta opinión no es compartida por EISNER, quien entiende que la prueba comprende tanto al acto de investigar como al de comprobar, al expresar que en un sentido muy general “probar es tanto investigar como ocurrieron ciertos hechos como comprobar o verificar si son exactos hechos que se han afirmado”, EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 29.

<sup>17</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo, 2002, p. 180.

<sup>18</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 40.

<sup>19</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 11.

caso que el tribunal no alcance un convencimiento acerca de la veracidad de los hechos afirmados<sup>20</sup>. De esta manera, en la prueba judicial, a diferencia de otros ámbitos, no se ocuparán todas las informaciones relevantes que se encuentren disponibles, sino solo aquellas que cumplan con las exigencias estrictas que ha establecido la legislación procesal para su incorporación al proceso<sup>21</sup>. Además de ello, la prueba procesal, a diferencia de la científica, se encuentra limitada por la necesidad social de que el proceso alcance su finalización en el plazo más breve posible que pueda conciliarse con el debido respeto de los derechos de los justiciables, desenlace que por lo demás debe ser definitivo *ad eternum*, pues salvo las contadas excepciones consagradas expresamente por el ordenamiento procesal, el Derecho no puede ocuparse dos veces de los mismos hechos (cosa juzgada), limitación que obviamente no opera en otras áreas del saber, donde siempre será posible revisar y llevar a cabo nuevos estudios sobre los mismos asuntos, con miras a profundizar, actualizar o rectificar los conocimientos adquiridos. En este caso, la necesidad social es precisamente la opuesta a la que se manifiesta en el proceso, lo que claramente deja en evidencia el carácter particular que presenta la prueba judicial<sup>22</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta al concepto de prueba judicial, debemos señalar que desde hace siglos se ha intentado concebir una idea exacta de aquello que la prueba es, que sea capaz de dar cuenta de la naturaleza intrínseca de este instituto de una forma atemporal y desvinculada de los principios que gobiernan el concreto sistema jurídico dentro del que tiene lugar. En este afán, es posible encontrar tantas definiciones de prueba procesal como juristas se han ocupado de la cuestión, siendo hasta la fecha

---

<sup>20</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 364. En términos similares, FERRER entiende que las características particulares de la prueba judicial se deben a que posee tres tipos de limitaciones: las que establece el propio proceso (límites temporales, vigencia del principio dispositivo y de aportación de parte), las que se derivan de la cosa juzgada y las impuestas por las reglas de la prueba (actividad, medios y resultado probatorio), FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006, p. 5. También ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006, p. 49; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 17.

<sup>21</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 42 y ss.

<sup>22</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, 1940, p. 205. En sentido similar, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona, 1993, p. 60. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en que la prueba jurídica tendría una naturaleza distintiva que la apartaría del resto, pues se ha sostenido que a pesar de la ausencia de normas de procedimiento que regulen la prueba extraprocésal, la naturaleza y el carácter de la prueba sigue siendo la misma en todos los ámbitos, pues en todos los casos se trata de la verificación o confirmación de una afirmación, SENTÍS MELENDO, Santiago, *Introducción al derecho probatorio*, en Estudios de derecho procesal, Buenos Aires, 1967, p. 525.



imposible hallar aquella idónea para abarcar todas las formas que adopta la prueba. Por el contrario, los conceptos generados no han alcanzado el nivel de asepsia necesaria que permita aplicarlos siempre y a todos los casos, dado que de una u otra forma aparecen vinculados al fin o fines que se persiguen con esta institución y que constituyen un reflejo de los principios y valores que inspiran al ordenamiento procesal determinado<sup>23</sup>.

Así las cosas, en lo que respecta al ordenamiento procesal español, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante LEC) no cuenta entre sus disposiciones con un concepto de prueba<sup>24</sup>, lo que entrega el desarrollo de esta tarea a una doctrina científica que no termina por ponerse de acuerdo sobre el tema, y a decir verdad, dadas las discrepancias que saltan a la vista de la sola lectura de las distintas versiones del concepto, es dable asumir que la unificación es tarea muy difícil, por no decir imposible. En efecto, actualmente es posible sostener que las nociones de prueba con que trabajan los autores se construyen sobre la base de uno o más de los fines que se han establecido para ella, que se vinculan con alcanzar la verdad de los sucesos discutidos, fijar hechos con independencia de que se ajusten o no a la realidad, y/o lograr la convicción del juzgador. La exposición de los conceptos respectivos y el desarrollo del contenido de los fines de la prueba se explican en el apartado destinado a estos últimos.

## **b) Acepciones procesales de “prueba”**

Desde la perspectiva judicial, la voz “prueba” recibe varios usos diferentes, lo que ha llevado a la doctrina a sostener que este término es *polisémico*<sup>25</sup>, *polivalente*<sup>26</sup> o *multívoco*<sup>27</sup>. Con esto se hace alusión a que en su empleo forense sirve para hacer referencia a una serie de aspectos vinculados con el fenómeno probatorio, que van desde

---

<sup>23</sup> Es lo que remarca KIELMANOVICH: La concepción que se tenga acerca de la noción de prueba está en íntima vinculación con el tipo de sistema procesal que se tenga en cuenta a la hora de intentar definir qué es la prueba. En efecto, en un sistema en el que tenga plena vigencia el principio dispositivo, la prueba es un procedimiento de fijación de los hechos alegados y controvertidos por las partes. A su turno, en un modelo inquisitivo, la fijación incluye también a hechos no alegados o no controvertidos por las partes, pues acá el juez tiene el deber y está dotado de las facultades para investigar por sí los hechos que resulten relevantes para la resolución del conflicto, sin que se encuentre limitado por lo afirmado por las partes en sus escritos de postulación. KIELMANOVICH, Jorge, *La prueba y los hechos*, en AA. VV., *Los hechos en el proceso civil*, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003, p. 112.

<sup>24</sup> El silencio que en relación sobre este asunto ha mantenido la LEC no se corresponde con el escenario que se presentaba durante la vigencia de las Partidas, pues estas señalaban expresamente que la prueba es el “*averiguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa*” (Partida III, Título XIV, Ley 1).

<sup>25</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 83.

<sup>26</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992, p. 20.

<sup>27</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, Vol. I, Madrid, 2012, p. 401.

los elementos utilizados por las partes para verificar los hechos alegados, hasta el resultado de la actividad procesal vinculada a la prueba. De esta manera, dentro del contexto judicial, una gran parte de la doctrina se expresa en el sentido de que con el vocablo “prueba”, se hace mención a tres ámbitos del fenómeno, esto es, a los *medios* de prueba, al *procedimiento* o *actividad* probatoria y a los *resultados* de la misma<sup>28</sup>. Tanto es así, que teniendo a la vista estos tres sentidos jurídicos del vocablo, GARBERÍ construye el siguiente concepto de prueba: “*actividad* procesal en la que, mediante la práctica de los diferentes *medios* de prueba, se pueden alcanzar *resultados* probatorios a los efectos de acreditar los hechos que conforman y en que se fundamentan las respectivas pretensiones de las partes”<sup>29</sup>.

En esta perspectiva, es menester señalar cuál es el sentido que debe darse a cada una de las acepciones indicadas. De este modo, deberá entenderse por *medios* a las modalidades, vehículos o formas en que se introducen al proceso las diferentes fuentes de prueba<sup>30</sup>, en tanto elementos en favor de una determinada hipótesis de los hechos (documental, pericial, etc.); por *procedimiento* o *actividad* probatoria a la realizada tanto por las partes como por el tribunal para comprobar o adquirir la convicción de la veracidad de las afirmaciones de hecho, o bien, a las fases o etapas del juicio donde se realizan actos vinculados a la prueba (proposición, práctica, valoración); y por *resultado*, a la conclusión que se obtiene sobre los hechos, que puede ser el éxito o el fracaso en la acreditación de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 84. En el mismo sentido: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 20, nota 24; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena, Víctor), Parte general, Valencia, 2012, p. 183; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil* (con Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime), Vol. II, Madrid, 2012, p. 107; EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 32; GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil*, Valencia, 2004, p. 27; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil* (con Herce Quemada, Vicente), Vol. I, Madrid, 1979, p. 287; KIELMANOVICH, Jorge, *La prueba y los hechos*, cit., p. 111; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980, p. 275; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1988, p. 144; ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Vol. II, traducción de Ángela Romera Vera, Buenos Aires, 1955, p. 200.

<sup>29</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil: procesos declarativos y procesos de ejecución*, Barcelona, 2012, p. 398.

<sup>30</sup> Sobre la noción de fuentes y medios de prueba, por todos, ver MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 147 y ss.

<sup>31</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 20. En el mismo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2005, p. 27; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 398; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 14, nota 8.

## B) El objeto de la prueba

Al plantearse la pregunta acerca de cuál es el objeto de la prueba, se está apuntando a precisar qué es lo que se busca demostrar o acreditar con la prueba. En este sentido, la doctrina ha mostrado dos claras teorías acerca de cuál es en definitiva el objeto de la prueba, o si se prefiere, se han esbozado dos respuestas a la pregunta sobre qué puede probarse en un proceso judicial, indicándose por algunos autores que esto estaría dado por los hechos, mientras otros sostienen que el objeto de la prueba recae en las afirmaciones de hechos<sup>32</sup>.

La teoría clásica considera que el objeto de la prueba son los hechos o sucesos que acontecen en la realidad y que son alegados o afirmados por las partes en el proceso<sup>33</sup>, debido a que serían esos hechos los que han dado lugar al surgimiento del conflicto que se trae a conocimiento del tribunal. Como se ha expresado por algún autor, esta concepción se apoya en el significado del aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>34</sup>, y como seguidores de esta línea de razonamiento encontramos a LESSONA<sup>35</sup>, STEIN<sup>36</sup>, CHIOVENDA<sup>37</sup>, COUTURE<sup>38</sup>, DEVIS<sup>39</sup>, GÓMEZ ORBANEJA<sup>40</sup>, entre otros<sup>41</sup>.

---

<sup>32</sup> Entendiendo que en ambos casos se hace alusión al objeto fundamental, mas no exclusivo, de la actividad probatoria, pues a los hechos o afirmaciones de hecho deben sumarse las normas jurídicas, en los contados casos en que ello está previsto por el ordenamiento procesal (principalmente la costumbre y el derecho extranjero).

<sup>33</sup> Mismo sentido en el que se pronuncia el artículo 281.1 LEC: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”.

<sup>34</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 33.

<sup>35</sup> Para LESSONA, las partes “deben probar los hechos de los cuales pretenden deducir sus derechos”, LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, cit., pp. 184, 208 y ss.

<sup>36</sup> Quien argumenta que son los hechos los que constituyen el objeto de la prueba, aunque el juez solo se enfrenta directamente a ellos en la inspección ocular, pues en los demás casos se le presentan como afirmaciones de las partes, manifestaciones del fiscal o el acusado o testimonios de terceros. STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, 1990, p. 10.

<sup>37</sup> “Objeto de la prueba son los hechos no admitidos, y que no sean notorios”, CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 204.

<sup>38</sup> El jurista uruguayo sostiene que el objeto de prueba lo constituye el hecho o conjunto de hechos alegados por las partes en el juicio, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 181.

<sup>39</sup> Apunta que objeto de prueba son los hechos presentes, pasados y futuros, y lo que a ellos puede equipararse (costumbre y ley extranjera). Más adelante, agrega que es necesario dar un sentido amplio a lo que entendemos por hecho para estos efectos, de modo que incluya: “a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles, incluso las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga; b) los hechos de la naturaleza, en que no interviene actividad humana; c) las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material, sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos; d) la persona física humana, su existencia y características, su estado de salud, etc.; e) los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o

Por otro lado, la teoría actualmente más extendida pregona que el objeto de la prueba no está radicado directamente en los hechos, sino que versa sobre las afirmaciones<sup>42</sup> de hecho efectuadas por las partes<sup>43</sup>. CARNELUTTI asegura que las aseveraciones son las que están llamadas a ser evidenciadas, pues los hechos no se comprueban sino que se conocen<sup>44</sup>, vale decir, que los hechos no pueden ser objeto de prueba ya que se trata de fenómenos exteriores al hombre, que son de una forma y no de otra, independientemente de lo que señalen las partes y del resultado de las pruebas. Por ende, siendo la prueba un ejercicio de comparación de afirmaciones, lo que se verifica son las alegaciones fácticas efectuadas por las partes, las que deben contrastarse con las pruebas aportadas al proceso, de modo que el resultado de esa comparación permita calificar de verdaderas o falsas dichas afirmaciones, no a los hechos materiales, pues

---

*voluntad y el consentimiento tácito o la conformidad*”, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., pp. 147 y 150.

<sup>40</sup> Sobre el particular, GÓMEZ ORBANEJA indica: “*aquello que hay necesidad de probar, y que se logra o no probar, son hechos. Para probar los derechos, se prueban los hechos (hechos naturales o actos jurídicos) de que nacen los efectos*”, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 292.

<sup>41</sup> EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 36; FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 590; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 399; GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil*, cit., p. 33; JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, Vol. I, Madrid, 1950, p. 405; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 281; PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, 2007, p. 129; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 147; ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 209.

<sup>42</sup> Incluyendo dentro del término *afirmaciones* también a las negaciones, pues ellas implícitamente también dan cuenta de una afirmación. SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 53.

<sup>43</sup> En este sentido: ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, AA. VV., Objeto y carga de la prueba civil, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2007, p. 22; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 190; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 26, donde puntualiza que lo que puede probarse son los enunciados formulados por las partes en los que se afirma o niega un hecho; JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, p. 33; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 33; MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil: L.E.C. 1/2000*, Barcelona, 2001, p. 102; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, 1997, p. 325; SENTÍS MELENDO, Santiago, *Valoración de la prueba*, cit., p. 289; SENTÍS MELENDO, Santiago, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en Estudios de derecho procesal, Buenos Aires, 1967, p. 605. A su turno, TARUFFO sostiene que “*en el proceso «el hecho» es en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado*”, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 114. Por su parte, ANDRÉS indica que la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a los hechos, que se presentan al juicio de forma contradictoria con la pretensión de ser tenidas como verdaderas y excluyentes de la verdad de las que se le opongan, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “*Carpintería de la sentencia penal (en materia de «hechos»)*”, en Revista del poder judicial, N° 49, 1998, p. 398.

<sup>44</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 40. En idéntico sentido, se afirma que: “*Las cosas existen; los hechos se realizan; las afirmaciones tienen por contenido esas cosas o esos hechos*”, SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, cit., p. 264. También ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 83.

estos simplemente existen o no<sup>45</sup>. Así, son las aseveraciones contenidas en los actos de postulación las que son cotejadas con las conclusiones fácticas que se desprendan, por ejemplo, de las declaraciones testificales que se han practicado en el juicio. En este sentido, los hechos no pueden ser considerados correctos o incorrectos, verdaderos o falsos, pues ellos forman o no parte de la realidad, al margen de lo que los litigantes planteen o discutan. Los hechos existen; las afirmaciones, se prueban.

De esta manera, la prueba no se emplea para verificar si tal o cual hecho ha efectivamente acaecido, sino como un instrumento para comprobar si es o no cierto lo que las partes sostienen que ha sucedido, esto es, si el juez puede considerar correcta alguna versión de los hechos que se le ha expuesto. Con esto queda en evidencia que el tribunal debe limitarse a operar con los relatos que le hayan provisto las partes, no siéndole posible salir en la búsqueda del conocimiento de los hechos, aun cuando es perfectamente esperable que las versiones que se le hayan allegado difieran de la realidad fáctica, no solo porque los litigantes hayan pretendido expresa y conscientemente falsear los hechos a través de su relato debido a que ellos se contraponen con sus intereses, sino que incluso es posible que la diferencia entre lo relatado y lo sucedido esté presente aunque las partes pretendan mantenerse fieles a la realidad, atendida la imposibilidad humana de plantear un relato objetivo, neutral y completo de lo que acaece.

Ahora bien, debemos mencionar que dentro de esta materia existen ciertos esfuerzos doctrinales por conciliar las teorías recién descritas. Es así como MONTERO pretende terciar en el tema sosteniendo que es perfectamente posible considerar que ambas posturas son correctas, pues ello depende de si el objeto de la prueba se aprecia desde una óptica general o desde una particular. Para ello propone comenzar por la realización de una distinción entre el objeto de prueba, propiamente tal, y el tema de prueba, dos conceptos que si bien se encuentran vinculados, califican el fin de la prueba desde dos ángulos distintos. De esta manera, el *objeto de la prueba* trata este asunto desde una visión objetiva y abstracta, debiendo entenderse referido a todas aquellas realidades generales sobre las que puede recaer la prueba<sup>46</sup>. Así, incluye todo lo que una norma jurídica puede establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia jurídica, sin detenerse a analizar las particularidades concretas de cada

---

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 117.

<sup>46</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 49. También, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 32.

proceso<sup>47</sup>. Por su parte, el *tema o necesidad de prueba (thema probandum)* consiste en una noción objetiva y concreta, en la que, sin hacer mención a la parte que debe sustentar la carga de aportar la prueba a un juicio determinado, se busca fijar qué debe ser materia de la actividad probatoria en cada proceso particular a fin de que el tribunal declare la consecuencia jurídica pedida por la parte<sup>48</sup>. Si el asunto se analiza en términos abstractos y generales, sin atender a un proceso específico, el objeto de la prueba ha de ser hechos; pero si lo que se pretende es determinar qué puede ser probado en un proceso concreto, en ese caso el objeto recae sobre las afirmaciones de las partes relativas a hechos<sup>49</sup>.

A su turno, GARCIMARTÍN manifiesta que si la cuestión se aprecia con una mirada práctica, se puede constatar que resulta casi imposible separar los hechos de las afirmaciones. En efecto, si se considera que el objeto de la prueba son los hechos, no puede desconocerse que ellos necesariamente han debido ser incluidos en las alegaciones de las partes, lo que en cierta medida resta relevancia a la discusión sobre el objeto de la prueba. Si bien no todos los hechos alegados son objeto de prueba, todos los hechos objeto de prueba han debido ser previamente afirmados por las partes<sup>50</sup>.

Por último, todo lo que se ha manifestado sobre el objeto de la prueba, debe complementarse en el sentido de que respecto a ciertas normas jurídicas puede llevarse a cabo una *especie* de actividad probatoria, que más bien corresponde a una actividad investigadora que debe desarrollar el tribunal y que presenta claras diferencias con la prueba de los hechos, pues en ella el juez puede emplear su conocimiento o saber privado y no opera un poder de disposición de las partes sobre el Derecho<sup>51</sup>. Esto ocurre en los casos especiales en que el ordenamiento jurídico expresamente permite que se rinda prueba respecto de normas<sup>52</sup>, pues como es sabido, por regla general los aspectos

---

<sup>47</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., pp. 135 y 178. También, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 69.

<sup>48</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., pp. 135, 177 y 178. En este asunto, se ha apuntado que el tema de prueba se compone de las afirmaciones de hecho que realizan las partes en tanto estas se hayan realizado en el momento procesal oportuno, digan relación con la tutela que cada una de ellas pretende obtener en el proceso y resulten controvertidas por la contraparte, según lo prevén los artículos 209 y 281 LEC, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 78 a 81.

<sup>49</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 71.

<sup>50</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997, p. 48.

<sup>51</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Juan Luís, Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía), Vol. II, Valencia, 2012, p. 227.

<sup>52</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 405. Esto explica por qué MONTERO al pronunciarse sobre el objeto de prueba nos dice que este recae en *datos*, término en el que incluye a las

jurídicos de la controversia se encuentran situados al margen de la actividad probatoria. Esta situación excepcional se encuentra prevista por el artículo 281.2 LEC<sup>53</sup> y se justifica en que la doctrina ha entendido, por razones prácticas, que el aforismo *iura novit curia* solamente exige que el juez posea un acabado conocimiento del derecho escrito, interno y general, de modo que las normas jurídicas que excedan de ese marco deben ser probadas en el juicio. En términos concretos, esto quiere decir que, dada la dificultad del tribunal para conocer la vigencia y contenido de cierto tipo de normas, deberá probarse la costumbre, el derecho extranjero, el derecho histórico o no vigente y el derecho estatutario o no general<sup>54</sup>.

### C) Hechos que no necesitan ser probados

Tal como se indicó *supra*, el objeto de la prueba recae -según sea la teoría que se adopte- sobre hechos, o bien, sobre afirmaciones de hecho. Empero, no todos los hechos o las afirmaciones van a precisar de prueba en el proceso<sup>55</sup>. En efecto, en principio solo los hechos que sean afirmados por las partes y resulten controvertidos por la contraria serán objeto de prueba, de manera que los hechos admitidos por todas las partes quedan exentos de ella. Sin embargo, los hechos que serán probados corresponderán solo a un subgrupo de los controvertidos, pues por los motivos que se explicarán, tampoco necesitan probarse, para servir de fundamento a la decisión adoptada por el juzgador, los hechos notorios y los presumidos por la ley<sup>56</sup>.

---

afirmaciones sobre hechos, al derecho y a las máximas de experiencia. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 70.

<sup>53</sup> **Artículo 281 Objeto y necesidad de la prueba 2.** *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*

<sup>54</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto-Castro, Barcelona, 1936, p. 256. También: CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 191; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 413 y ss.; GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, Vol I, Madrid, 2005, p. 383; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, cit., p. 226; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 367; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Cizur Menor, 2002, pp. 67 y ss.

<sup>55</sup> Por razones de facilidad en la explicación, en lo sucesivo cada vez que se haga referencia a los “hechos”, debe entenderse realizada a las “afirmaciones de hecho”.

<sup>56</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., pp. 183 y ss. También ver: CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 208; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 110; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 178.

### a) Hechos admitidos o afirmados por ambas partes

Se trata de hechos que han sido afirmados separadamente por todas las partes en sus alegaciones, o bien, que han sido afirmados por una y admitidos por la contraria. Estos hechos no solo no necesitan prueba, sino que la LEC prohíbe que ella se practique con el objetivo de acreditarlos<sup>57</sup>. Así, tal como se desprende de la regulación prevista por el artículo 281.3 LEC, si respecto de un hecho existe *plena conformidad*<sup>58</sup> de las partes que intervienen en el juicio, dicho suceso quedará exento de prueba, de manera que si ello alcanza a todos los hechos alegados por las partes, el proceso no requerirá la rendición de ninguna prueba, limitándose su resolución a una cuestión exclusivamente jurídica (artículo 428.3 LEC). Esto se debe a que la vigencia del principio dispositivo en el proceso entrega a las partes el poder de fijar el material fáctico del pleito<sup>59</sup>, de modo que la admisión de hechos por todas las partes obliga al juez a tenerlos por ciertos, no porque su reconocimiento les confiera el estatus de probados<sup>60</sup>, sino porque la ley dispone que estos hechos están exentos de prueba<sup>61</sup>. Por ende, el efecto de la admisión es simplemente excluir la prueba respecto de esos hechos<sup>62</sup>.

Ahora bien, esta exención de prueba no opera respecto a toda clase de procesos civiles, ya que los artículos 19.1 y 752.2 LEC limitan el poder de disposición de las partes a los casos en que no esté involucrado el interés público o los derechos de terceros. Por ello, la exención de prueba no operará cuando se trate de situaciones jurídicas no disponibles, o sea, procesos especiales no dispositivos en los que esté involucrado el interés público -referidos a capacidad, filiación, matrimonio y/o menores-. En ellos el juez no está sometido al acuerdo de las partes en la fijación de

---

<sup>57</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 82.

<sup>58</sup> MUÑOZ estima que no siempre es fácil determinar esta plena conformidad entre las partes debido a las ambigüedades que pueden generarse por el uso de las palabras y los diferentes estilos narrativos, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 147.

<sup>59</sup> A lo que de De la Oliva agrega la experiencia de que suelen ser ciertos los hechos sobre los que las partes no discuten, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 101.

<sup>60</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 31. También: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 301.

<sup>61</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 147. Opinión que no es plenamente compartida por DEVIS, para quien: “*La admisión del hecho produce el doble efecto procesal de obligar al juez a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente probado*”, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 193.

<sup>62</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., pp. 192 y 193. También, FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 597. En esta perspectiva, COUTURE piensa que estos hechos quedan fuera del contradictorio y de la prueba, pues es inútil probar los hechos no relevantes, lo que es aplicación del principio de economía procesal, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 184.



hechos, de modo que la conformidad que sobre ciertas circunstancias fácticas manifiesten las partes no impide que el juzgador decreta la incorporación al proceso de pruebas vinculadas con esos hechos<sup>63</sup>.

Según lo previsto por la LEC, la admisión de hechos podrá llevarse a cabo de forma expresa o tácita. De esta manera, se ha estimado que la admisión será expresa cuando las partes desarrollen un relato coincidente de los hechos, cuando una de ellas reconozca como ciertos los hechos alegados por la contraparte o se afirmen hechos que los presupongan<sup>64</sup>. Esto se podrá llevar a cabo en la contestación de la demanda o de la reconvencción, como asimismo en la oportunidad establecida por el art. 286.2 LEC para el evento que se aleguen hechos nuevos. A su turno, la admisión tácita ocurre en las situaciones que el ordenamiento ha impuesto a las partes la carga de pronunciarse categóricamente acerca de los hechos afirmados por la contraria, de modo que se ha previsto que tanto el silencio ante esas alegaciones como el hecho de dar respuestas evasivas, pueden ser considerados por el tribunal como admisión tácita de hechos<sup>65</sup>. Esto puede tener lugar en los escritos de contestación de demanda y de reconvencción, como también durante el desarrollo de la audiencia previa, tal como lo prevén, respectivamente, los artículos 405.2, 407.2 y 426.6 LEC.

## **b) Hechos notorios**

El hecho notorio será aquel que forme parte de la cultura normal o media de la generalidad de los miembros que componen una sociedad o grupo humano concreto, en un tiempo y espacio determinados<sup>66</sup>, de manera que la notoriedad es un concepto

---

<sup>63</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 83.

<sup>64</sup> BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009, p. 114.

<sup>65</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 54.

<sup>66</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Valencia, 2006, p. 34. Se ha considerado que ese conocimiento debe darse en el momento y el lugar en que se desarrolla el proceso (PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 50), o bien, cuando se produce o dicta la decisión judicial (GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 410; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 285; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, cit., p. 224). Se han elaborado una gran cantidad de conceptos de hecho notorio, entre los que destacan: CALAMANDREI, Piero, *Per la definizione del fatto notorio*, en Rivista di diritto processuale civile, Vol. I, 1925, p. 298; CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló, Tomo II, Madrid, 1977, p. 195; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 193; FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 599; GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, cit., p. 383; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 148.

claramente relativo<sup>67</sup>, y por tanto, el conjunto de elementos fácticos que gozan de este carácter irá sufriendo modificaciones con el paso del tiempo. Si bien algunos hechos siempre serán notorios, como la cantidad de días del año o las horas del día, otros irán adquiriendo o perdiendo paulatinamente esta calidad, como la fecha de un desastre natural o el período durante el que se extendió el mandato de un Jefe de Gobierno.

Desde luego, no es necesario que el hecho notorio sea efectivamente dominado por todos los miembros de una sociedad, sino que basta con que su conocimiento pueda adquirirse a través de elementos comunes de información que se encuentren al alcance de cualquier persona, incluyendo obviamente al juez de la causa, quien incluso puede adquirir noción del hecho mediante su cultura personal o saber privado<sup>68</sup>. En efecto, lo más importante de la notoriedad es que esta resulte indudable para el sentenciador, pues él es el llamado a evaluar si el hecho concreto goza o no de esta condición, con miras a excluirlo del listado de sucesos que deberán ser probados por las partes<sup>69</sup>.

Sobre esta materia reza el artículo 281.4 LEC que “[n]o será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”. Esta disposición tiene sus orígenes en el aforismo *notoria non egent probatione* (lo notorio no necesita prueba) y encuentra su fundamento en evitar que la justicia se desarrolle de espaldas al común saber del pueblo<sup>70</sup>. Al mismo tiempo, pretende otorgarle plena vigencia al principio de economía procesal, pues la notoriedad del hecho evita a las partes el desarrollo de una actividad probatoria que resultaría a todas luces innecesaria e inútil<sup>71</sup>, dado que esas

---

<sup>67</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Barcelona, 2010, p. 165. También ver: GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 75 y ss.; STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 136. Por ello, se puede hablar de hechos notorios solo en relación a un determinado círculo social: los habitantes de una ciudad, quienes ejercen una profesión, pertenecen a una secta, etcétera. Sin embargo, el concepto de notoriedad no varía cualitativamente en relación al número más o menos grande de los componentes de la categoría social entre la cual el hecho es notorio, pues esto depende del carácter de certeza pacífica y desinteresada que este conocimiento tiene ya dentro del círculo social del cual es patrimonio común, CALAMANDREI, Piero, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., p. 296. La relatividad del concepto ha llevado a algún autor a llamar a la cautela en su utilización (MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 45), o bien, a mirar este concepto con un cierto grado de desconfianza (BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 77).

<sup>68</sup> CALAMANDREI, Piero, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., p. 296. En el mismo sentido: TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 143; ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1986, p. 53. Por ello SERRA apunta que no es necesario que el hecho sea conocido por el juez, sino que basta con que pueda obtener fácilmente su conocimiento, por ej. recurriendo a la prensa diaria o a otros medios de divulgación. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 35.

<sup>69</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 209. Igualmente, CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 16, nota 19.

<sup>70</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 193.

<sup>71</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., 2002, p. 59. En igual sentido: GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*,

actuaciones en nada aumentarían la convicción que el juez posee acerca de la efectividad del evento<sup>72</sup>. Si bien el hecho notorio está exento de prueba, ello no obsta a que los litigantes que pretendan beneficiarse de él deban afirmarlo en el proceso para que así el juez pueda considerarlo en la sentencia<sup>73</sup>, lo que se ha estimado una aplicación del principio de aportación de parte<sup>74</sup>. Por consiguiente, como todas las afirmaciones fácticas, el hecho notorio deberá ser alegado al menos por uno de los litigantes para que el juez pueda considerarlo parte integrante de la *litis* y así incluirlo en su sentencia.

Lo anterior no impide que la parte que se vea perjudicada por el hecho notorio pueda presentar sus evidencias para acreditar que éste no cumple con todas las exigencias impuestas para considerarlo como notorio, o bien, para demostrar que tal evento no se ha producido o lo ha hecho en condiciones o circunstancias distintas de las que se plantean, debido a que en el momento en que desarrolla el proceso existe un error generalizado en la cultura o conocimiento del grupo humano.

De esta manera, si el juez estima que un hecho tiene la calidad de notorio debe ponerlo en conocimiento de los litigantes durante el desarrollo de la audiencia previa al juicio, antes de que ellos propongan las pruebas de las que piensan valerse, otorgándoles certeza acerca de los componentes fácticos del conflicto que se van a tener por ciertos debido a su notoriedad. Esta información resulta esencial por dos motivos, ya que, por un lado sirve para que las partes eviten la realización de actuaciones probatorias inútiles, aprovechando al máximo las ventajas que esta exención de prueba trae al proceso, como asimismo, para que el o los litigantes que quieran atacar el hecho notorio, cuenten con la oportunidad de preparar, proponer y practicar sus evidencias orientadas a ese objetivo.

---

cit., p. 85. De esta forma, se ha indicado que al juez le está permitido considerar que no es necesario probar los hechos notorios o evidentes, pues “[l]o que ha de probarse consiste en todo hecho alegado contrario al modo normal o habitual de las cosas o a una situación establecida”, GORPHE, FRANÇOIS, *Apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 2007, p. 42.

<sup>72</sup> CALAMANDREI, Piero, *Per la definizione del fatto notorio*, cit., 1925.

<sup>73</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 64. Para STEIN, el hecho notorio debe ser afirmado en el proceso, pues la parte debe “manifestar si quiere hacer valer su eficacia jurídica”, STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 158. También ver: ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 54; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 303; SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, cit., p. 365; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 36. Esta opinión doctrinal no es compartida por GUASP, para quien el hecho notorio se encuentra exento de alegación y prueba debido a la naturaleza del concepto, motivaciones de orden práctico e incluso de equidad, GUASP DELGADO, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, en *Estudios jurídicos*, Madrid, 1996, p. 289.

<sup>74</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 64.

### c) Hechos presumidos por la ley

Al hablar de presunción hacemos referencia a una operación intelectual o a una actividad lógica llevada a cabo por el juez mediante la cual, a partir del establecimiento fehaciente de un hecho en el proceso, infiere la existencia de otro evento que no ha sido probado. Toda presunción permitida o regulada por el ordenamiento jurídico opera a partir de tres elementos, los que siguiendo la terminología de la LEC son: a) el hecho *indicio*, cuyo conocimiento efectivo es ineludible para la aplicación de la presunción; b) el hecho *presunto*, que es aquel que se conjetura a partir del indicio, y por ende, no necesita ser probado; y c) el *enlace* entre el hecho indicio y el presunto, que da cuenta de un principio de la lógica o máxima de experiencia que justifica la existencia del hecho presunto sin necesidad de prueba. Este enlace puede ser establecido por la ley o el juez, dándose lugar a las presunciones legales y judiciales, respectivamente. Dentro de las presunciones legales es posible distinguir entre las que admiten prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*) y las que no (presunciones *iuris et de iure*)<sup>75</sup>.

De lo anterior se desprende que si una de las partes quiere beneficiarse de una presunción no precisa acreditar el hecho presunto, pero ello no significa que se vea exenta de la necesidad de prueba respecto a todos los elementos que conforman la presunción, ya que esta dispensa solo alcanza al enlace y al hecho presunto, debiendo forzosamente llevarse a cabo actividad probatoria respecto al hecho indicio, claro está, a menos que este último haya sido afirmado por todas las partes o bien se trate de un hecho notorio, pues en esos casos se aplicarían las exclusiones de prueba analizadas *supra*<sup>76</sup>. Por ello, podemos sostener que así como el hecho notorio presupone su alegación, la aplicación de las presunciones siempre requiere como condición previa que se haya llevado a cabo una actividad probatoria en el proceso, ya que si no se acredita el indicio, el hecho presunto no podrá ser tenido como existente y, como consecuencia, no surtirá efectos jurídicos<sup>77</sup>. Además, en lo que a prueba se refiere, la contraparte siempre podrá desarrollar actuaciones tendentes a desacreditar la

---

<sup>75</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 51.

<sup>76</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 187. También, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 111; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 194.

<sup>77</sup> BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 149; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 97; y SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 87.

conurrencia del hecho base o del presunto, o a demostrar la inexistencia del nexo entre ellos, salvo que se trate de una presunción *iuris et de iure* (arts. 385.2 y 386.2 LEC).

Ahora bien, cronológicamente antes de la exigencia de acreditar el hecho indicio, sobre la parte también recae la carga de alegar el componente fáctico de la presunción, esto es, deberá afirmar tanto el hecho indicio como el presunto. Distinto es el caso del nexo o enlace entre esos hechos, pues dependiendo del tipo de presunción, éste vendrá establecido por la ley o será determinado por el juzgador aplicando las reglas del criterio humano<sup>78</sup>.

Por último, es necesario hacer presente que la exención de prueba derivada de las presunciones no resulta todo lo útil que podría pensarse. Esto se debe a que el juez no puede acometer esta actividad inferencial antes de que termine el despliegue de toda la acción probatoria, pues debe esperar a que haya quedado en evidencia el hecho que sirve de indicio, o sea, en un momento temporalmente próximo a la adopción de su decisión final. Como pone de relieve DE LA OLIVA, las presunciones no sirven para determinar en forma previa a la proposición y práctica de la prueba si los hechos a los que ella se refiere resultan o no exentos<sup>79</sup>, de modo que las partes, ante la carencia de una certeza efectiva acerca de los hechos que serán o no presumidos por el juez, se verán en la necesidad de rendir prueba sobre todos aquellos sucesos que han afirmado por estimarlos beneficiosos para su intereses dentro del proceso. Por ende, es posible sostener que la utilidad de las presunciones en relación con las pruebas, más que vincularse con eximir a las partes de la carga de probar ciertos hechos, se manifiesta en el evento de que algunos sucesos no hayan podido ser acreditados suficientemente por los litigantes, pues en ese caso, si concurren los elementos restantes, el juez estará habilitado para tenerlos por probados mediante la aplicación de una presunción, lo que evita la utilización de las normas sobre carga de la prueba.

#### **D) Admisibilidad de la prueba**

Una vez que las partes han efectuado sus alegaciones y se ha dado por agotada la etapa de discusión, el tribunal, durante el desarrollo de la audiencia previa, procederá a fijar los hechos respecto de los cuales exista conformidad o disconformidad de los

---

<sup>78</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit. p. 194. Asimismo, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 413; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, cit., p. 97; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 305.

<sup>79</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 110.

litigantes, configurando de esta manera el tema de prueba del proceso (art. 428.1 LEC). Ante ello, las partes deberán señalar todas las pruebas de las que desean valerse en el juicio para acreditar sus afirmaciones. Hecho, será tarea del tribunal llevar a cabo un pronunciamiento respecto de la admisibilidad de cada una de las pruebas propuestas (arts. 285.1 y 429.1 LEC), lo que equivale a realizar un trabajo de depuración de la actividad probatoria que pretende llevarse a cabo en el proceso, cuyo fundamento puede encontrarse en el contenido esencial del derecho a la prueba del que gozan las partes en el pleito.

En este sentido, los litigantes cuentan con el derecho fundamental a servirse de prueba en el juicio con el objetivo de defender los intereses y pretensiones que han manifestado en él<sup>80</sup>, lo que está estrechamente vinculado con el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva. Pues bien, el derecho a la prueba comporta a las partes la facultad de que sus evidencias sean debidamente admitidas, practicadas y valoradas en el proceso. Empero, como todos, este derecho no es ilimitado, de modo que, en lo que respecta a la admisión de la prueba propuesta, tal como lo indica expresamente el artículo 24.2 de la Constitución Española (en adelante CE) y lo ha expresado en innumerables ocasiones el Tribunal Constitucional<sup>81</sup>, no se permite a las partes incorporar al proceso todas las pruebas de las que dispongan, sino solo aquellas que resulten *pertinentes* para su defensa<sup>82</sup>. Ahora bien, la pertinencia a la que se refiere el texto constitucional ha sido desarrollada por la regulación que sobre el particular contiene la LEC, de modo que a la exigencia que la prueba sea pertinente agrega que ella también debe resultar útil, legal y lícita (arts. 283 y 287). De esta forma, el objetivo que se pretende conseguir con el control de admisibilidad es otorgar a la prueba una

---

<sup>80</sup> Sobre el derecho a la prueba, ver, por todos, el excelente trabajo de PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., donde se conceptualiza este derecho como “*aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso*”, p. 18.

<sup>81</sup> Gran cantidad de referencias jurisprudenciales sobre esta materia pueden encontrarse en SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., pp. 127 y ss.

<sup>82</sup> En cualquier caso, esta declaración exige una resolución judicial motivada, a fin de evitar cualquier violación que se pueda producir en este aspecto en contra del derecho a la prueba, ABEL LLUCH, Xavier, *Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en Homenaje a don Eduardo Font Serra, Madrid, 2004, p. 963. Además, como recalca BONNIER, la declaración de inadmisibilidad debe realizarse con mucha cautela: “*Antes de denegar ó desechar la prueba, deberá examinarse con cuidado, á qué resultados puede conducir, considerando estos hechos, no aisladamente, sino en su conjunto; porque hay tales circunstancias que, aunque insignificantes si se las considera por separado pueden por su concurrencia, producir la convicción así como se origina el fuego del contacto de diversas substancias que puestas separadamente, no serían susceptibles de producir este fenómeno (sic)*”, BONNIER, Eduardo, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, cit., p. 56.

especie de *salvoconducto*<sup>83</sup>, que le permita transitar desde la proposición a la práctica solo a aquélla que cumpla copulativamente con los siguientes requisitos: a) que se haya propuesto respetando las normas legales que reglan su forma y oportunidad; b) que en su obtención exista un total respeto de los derechos fundamentales; y c) que resulte pertinente y útil en relación con el objeto de la prueba<sup>84</sup>.

En síntesis, el juez de la causa deberá controlar y autorizar que del material probatorio propuesto por las partes en la audiencia previa, solo se practiquen en el juicio aquellas evidencias que cumplan con las exigencias de legalidad, pertinencia, utilidad y licitud<sup>85</sup>, condiciones a las que pasaremos revista a continuación.

### a) Legalidad

No es novedad sostener que todas las actuaciones que se realizan en el proceso por el juez, las partes o los terceros, deben realizarse con apego irrestricto al principio de legalidad. De hecho, esto constituye una norma de aplicación general en todas las áreas del derecho público que ha sido recogida por el art. 1 LEC, de manera que nada descubrimos al sostener que la actividad probatoria no escapa del ámbito de aplicación de dicho principio, por lo que todos los intervinientes en el proceso deben someterse al procedimiento previsto por el ordenamiento jurídico procesal. Más aún, la propia LEC contiene una norma que, a pesar de su poca claridad semántica, nos recuerda, *a contrario sensu*, que la actividad procesal debe llevarse a cabo en la forma que la ley

---

<sup>83</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del “lápiz rojo”*, en *Técnica procesal: 25 años de estudios forenses*, Barcelona, 2012, pp. 22 y ss. De igual forma, SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 133.

<sup>84</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 237. De igual forma, BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil*, cit. pp. 170 y ss.

<sup>85</sup> TARUFFO se vale conceptos distintos para referirse a los requisitos que debe cumplir la prueba que pretenda ser rendida en juicio. En efecto, indica que el derecho a la prueba permite la práctica de toda prueba *relevante* y *admisibile*. Entiende por relevante a la prueba que resulta idónea o útil para acreditar los hechos, o sea, que se trate de medios de prueba que ofrezcan una base cognitiva para decidir sobre la verdad o falsedad de los hechos del litigio. Se funda en el aforismo *frustra probatur quod probatum non relevat*. A su turno, por prueba admisible se hace referencia a un subgrupo de la anterior, formado por todas aquellas pruebas relevantes que no hayan sido excluidas por una norma jurídica en razón de concepciones sobre la naturaleza y la función de la prueba, así como la protección de ciertos intereses y valores, como la protección de derechos fundamentales, el secreto, etc. Por ende, se indica que el primer control es de relevancia, y en segundo lugar el de admisibilidad, de modo que puede señalarse que toda prueba admisible es relevante, pero no toda relevante resulta admisible. La relevancia equivaldría a lo que en el ordenamiento español se denomina pertinencia y utilidad de la prueba; y la admisibilidad, a ciertos aspectos de la legalidad de la prueba, TARUFFO, Michele, *Il diritto alla prova nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 88; *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2002, pp. 364 y ss; y, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2008, p. 38.

prescribe, al disponer en el artículo 283.3 que “[n]unca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”, lo que se ha considerado como el establecimiento de una pauta de conducta al juez a fin de que evite toda infracción a las normas de procedimiento<sup>86</sup>.

Además de lo anterior, es preciso mencionar que en innumerables oportunidades la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal, lo que equivale a sostener que las partes deben ajustarse a las exigencias legales en cuanto al tiempo y a la forma en la que deben realizar sus proposiciones de prueba, de modo que esto constituye la primera carga para su admisión en un proceso concreto<sup>87</sup>. En este sentido, si bien la Carta Fundamental española sostiene que las partes pueden valerse de toda la prueba pertinente con la que cuenten, ello no implica que podrán soslayar el principio de legalidad del procedimiento en lo que se refiere a la propuesta probatoria, sino que están obligadas a cumplir todas las regulaciones previstas en cuanto a la forma y oportunidad de la prueba.

Así las cosas, según MONTERO<sup>88</sup> la prueba podrá inadmitirse por razones de ilegalidad cuando:

- El medio propuesto implique llevar a cabo una actividad probatoria que no esté prevista en la ley como tal. En este sentido, si bien la LEC prevé la libertad probatoria, esto solo es aplicable a las fuentes de prueba, no a los medios, pues ellos, entendidos como las formas que deben seguirse para conseguir la incorporación de las fuentes de prueba al proceso, necesariamente deben llevarse a cabo según el modo predeterminado por la ley. Así, por ejemplo, el juez no podrá admitir la práctica de un interrogatorio de partes mediante la utilización de un pliego de posiciones, debido a que las preguntas deben formularse oralmente<sup>89</sup>;

- La propuesta de las pruebas se lleve a cabo de una forma distinta a la señalada en la ley o de manera extemporánea, lo que tendría lugar cuando el interrogatorio de uno de los litigantes se propusiera en el escrito de contestación a la demanda o durante

---

<sup>86</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en Aspectos prácticos de la prueba civil, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2006, p. 21.

<sup>87</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en AA. VV., *La prueba y la decisión judicial*, Medellín, 2010, p. 160.

<sup>88</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, en AA. VV., *La prueba*, Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000, p. 291. Algunos de estos aspectos son incluidos por DEVIS en lo que él denomina la *conducencia* de la prueba, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., pp. 321 y ss.

<sup>89</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, cit., p. 170.



el desarrollo del juicio, en circunstancias que la LEC ha dispuesto que el momento procesal para llevarlo a cabo es la audiencia previa; y/o,

- Se proponga un tipo de prueba a través del cual la ley no permita acreditar un hecho determinado, o bien, difiera del único medio de prueba aceptado por el ordenamiento para demostrar un hecho, como ocurre con la oposición que se hace valer contra ciertas ejecuciones civiles, en las que solo resulta admisible la prueba documental (arts. 556.1 y 557.1 LEC).

## **b) Pertinencia**

Teniendo presente el contenido del artículo 24.2 CE -que establece que todas las personas tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa-, la pertinencia constituye el criterio fundamental de admisión de la prueba. Se ha estimado que un determinado medio de prueba resultará pertinente cuando exista una relación entre el hecho que se busca acreditar con él y alguno de los elementos fácticos que forman parte del objeto del litigio respectivo. Ahora bien, esta relación puede ser directa (si existe una clara identidad entre ambos hechos) o indirecta (si con la prueba solo se pretende demostrar la efectividad de un hecho que más tarde sirva de indicio para concebir una inferencia acerca de la veracidad del hecho litigioso), de ahí que la decisión del juez sobre la pertinencia de la prueba no debe ser apresurada, sino que debe adoptarse con un conocimiento cabal del conflicto sobre el que versa el proceso, intentando prever en cada caso si es posible que se genere una situación de pertinencia indirecta<sup>90</sup>.

De lo expuesto, es dable indicar que por prueba impertinente debemos entender aquélla que se quiera usar para probar hechos que no guardan relación con el objeto del proceso, asunto debatido o *thema decidendi*<sup>91</sup>, tal como es consagrado por el brocardo

---

<sup>90</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 43 y ss. ALVARADO llama la atención acerca de las dificultades que existen para establecer si una prueba es o no impertinente, pues con ella la parte podría pretender fijar las bases de una presunción judicial, ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, cit., p. 132. En el mismo sentido, ARAZI sostiene que la facultad del juez de declarar la impertinencia de la prueba debe emplearse con *suma prudencia*, pues la importancia de ella puede aparecer una vez que se ha rendido, ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 112. Por su parte, DEVIS sostiene que: “Solo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibles la prueba”, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 328.

<sup>91</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del “lápiz rojo”*, cit., p. 24. También, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho*

*frustra probatur quod probatum non relevat*. De esta manera, en estricto rigor, lo que aparece como impertinente en un proceso concreto son los hechos que se pretenden acreditar con la prueba, no la prueba considerada en sí misma, sin perjuicio de lo cual, al tribunal no le resta más que inadmitir el medio de prueba que se refiere a esos hechos, tal como lo señala el texto del artículo 283.1 LEC: “*No deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente*”.

En suma, para determinar si una prueba resulta o no pertinente bastaría en principio con constatar la existencia de una armonía entre el hecho que se busca acreditar con esa prueba y las afirmaciones fácticas que hayan realizado los litigantes en la fase de discusión. Sin embargo, la doctrina ha manifestado una visión más amplia acerca de este asunto, sosteniendo que no solo será impertinente aquella prueba no vinculada directa o indirectamente con las aseveraciones de hecho, sino que también la que pretenda evidenciar eventos que estén exentos de prueba, de modo que, en términos generales, deberá rechazarse por impertinente la prueba que se oriente a demostrar hechos: no afirmados oportunamente por ninguna de las partes, no comprendidos en el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se solicita o que carecen de influencia sobre la decisión judicial, no controvertidos, notorios o cuya verificación no está permitida por la ley<sup>92</sup>.

### **c) Utilidad**

Se ha indicado que la prueba resultará útil dentro de un proceso cuando se genere una adecuación de medio a fin entre la evidencia propuesta y el hecho a probar, esto es, cuando el tipo de prueba que la parte proyecte practicar se ajuste a la naturaleza de los hechos que se espera demostrar con ella<sup>93</sup>. De esta forma, la prueba será útil cuando de alguna manera colabore en la formación de la convicción del juez acerca de

---

*procesal civil*, Vol. II, cit., p. 114; GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, cit., p. 160. Por su parte, DEVIS expresa que la prueba *no pertinente* o *irrelevante* será aquella que busca llevar al juez al convencimiento de hechos que por ningún aspecto se vinculan con el litigio, y por ende, no pueden influir en su decisión, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 324.

<sup>92</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, cit., p. 293. En el mismo sentido, ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, cit., p. 165.

<sup>93</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 114.

los hechos de la causa, contribución que solo surgirá si la prueba propuesta sirve, en la práctica, para acreditar el hecho respectivo<sup>94</sup>.

En este panorama, pero desde la visión opuesta, puede sostenerse que la inutilidad de la prueba se produce cuando aparece imposible o irrazonable probar lo que se intenta con ella<sup>95</sup>. Así, según el criterio manifestado expresamente por la LEC, la prueba inútil es aquella que “*según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos*” (art. 283.2). Esto equivale a sostener que, según un análisis efectuado a partir de la práctica y experiencia judicial, es dable colegir que la introducción de la prueba que se ha propuesto por la parte no significará ningún aporte real y efectivo al material probatorio del proceso.

Sin perjuicio de lo antes señalado, se ha estimado que la prueba puede resultar inútil atendiendo a consideraciones de tipo cualitativo o cuantitativo<sup>96</sup>. De esta forma la inutilidad *cualitativa* se produce en relación con la prueba que no resulta idónea o apta para acreditar el hecho que se pretende probar con su utilización, es decir, cuando el medio no se adecúe a las afirmaciones fácticas que se buscan acreditar, como sería el caso de intentar probar la paternidad del demandado mediante la inspección judicial o tratar de servirse de la prueba testimonial para establecer las propiedades técnicas de una maquinaria o la calidad de cierto metal. Por su parte, la inutilidad *cuantitativa*, como la palabra lo anuncia, se vincula con el *quantum* de prueba que se propone por las partes en litigio, y se genera cuando dicha cantidad excede la necesaria para lograr la evidencia. En este sentido, toda prueba que se ubique por sobre el punto de saturación va a ser considerada innecesaria, superflua o sobreabundante, y por tanto será inadmitida por el tribunal. Por ejemplo, esto se produce cuando la parte ya ha practicado el medio de prueba con anterioridad en el proceso; cuando propone la realización de dos pruebas periciales sobre la misma materia y con idéntico fin; o bien, cuando quiere producir en el proceso la declaración de una gran cantidad de testigos con el objetivo de que depongan sobre el mismo hecho, lo que puede provocar que, después de cierto número de deposiciones, los dichos de los restantes no aporten nada nuevo y beneficioso para el esclarecimiento de los sucesos<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 331. Igualmente, PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en Homenaje a don Eduardo Font Serra, Madrid, 2004, p. 862

<sup>95</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, cit., p. 165.

<sup>96</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 242.

<sup>97</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 173.

El desafío que plantea la inutilidad será determinar en cada caso concreto si la prueba ofrecida resultará apta para aportar elementos probatorios de los hechos litigiosos, o más difícil que ello, si la cantidad de material disponible lleva a que algunos medios terminen por ser innecesarios. El tribunal deberá adoptar todas estas decisiones con sumo cuidado, pues constituyen un prejuizamiento sobre el mérito de la prueba<sup>98</sup>.

#### **d) Licitud**

Además de las exigencias ya explicadas, durante el examen de admisibilidad que debe llevar a cabo el tribunal también se debe controlar la licitud de la prueba<sup>99</sup>. En términos simples, las pruebas se considerarán ilícitas cuando en su obtención u origen se hayan vulnerado derechos fundamentales<sup>100</sup>, tal como lo prevén los artículos 287.1 LEC y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>101</sup>. Respecto a estas pruebas, el ordenamiento procesal señala que no surtirán ningún efecto<sup>102</sup>, con lo que claramente se prohíbe al juez en todos los casos autorizar su práctica en el juicio (art. 433.1 LEC), aun cuando esta prueba resulte pertinente en los términos señalados más arriba<sup>103</sup>.

Así como la observancia del principio de legalidad es un deber transversal cuyo cumplimiento resulta esencial para el normal desarrollo de las instituciones jurídicas, el

---

<sup>98</sup> Prejuizamiento que DEVIS califica de “*injurídico*”, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 337.

<sup>99</sup> Control que, como expresa MONTERO, en este aspecto se refiere a la fuente de pruebas, no al medio, pues sostiene que este último nunca es ilícito, sino que legal o ilegal dependiendo de si la actividad procesal se ha ajustado o no a la normativa que la regula, MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, cit., p. 296.

<sup>100</sup> Para un estudio detallado de la prueba ilícita, ver: ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Madrid, 2009; DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2012; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 2004; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 172 y ss.; PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 283 y ss.

<sup>101</sup> Estas normas disponen expresamente: “*Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes*” (art. 287.1 LEC) y “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*” (11.1 LOPJ).

<sup>102</sup> Respecto a esta norma, MUÑOZ SABATÉ indica que no deja claro si prohíbe la admisibilidad o la valoración de las pruebas ilícitas, ya que la expresión “*No surtirán efecto*” no es todo lo clara que debería ser, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del “lápiz rojo”*, cit., p. 22. Sobre el mismo punto, ORTELLS aprecia que se establecería una doble línea de defensa, en el sentido que ellas deben ser declaradas inadmisibles, pero si resultaran admitidas y practicadas, no pueden contribuir a formar la convicción judicial, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 375.

<sup>103</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 53.

respeto y garantía de los derechos fundamentales de todos los componentes de la sociedad, y en este caso particular, de aquellos que intervienen en el proceso, es una exigencia que no solo tiene relación con la actividad probatoria, sino también con el desarrollo íntegro de la actividad jurisdiccional. Lamentablemente su estudio escapa a los objetivos de este trabajo, pero baste con expresar que toda prueba que se oponga a los derechos esenciales de la persona humana es incompatible con los principios y valores vigentes en una sociedad democrática, lo que no solo justifica, sino que obliga a declarar su inadmisión.

### **E) El conocimiento judicial de los hechos y el Derecho**

Como es sabido, para la obtención de un juicio jurisdiccional se requieren básicamente dos ingredientes: hechos y Derecho. Sus cantidades específicas y su mixtura serán cuestiones que dependerán de las circunstancias particulares del caso concreto, pero lo que sí es común a todos los juicios, es que en este proceso de vinculación se ha encargado a la norma jurídica la tarea de servir de criterio de selección para determinar los hechos que deberán ser probados en el proceso. Esto se debe a que el componente fáctico de la norma que se ha escogido como criterio jurídico para sustentar la decisión, se emplea como herramienta para individualizar los sucesos que, de ser acreditados, habilitan al juez para proceder a la aplicación de dicho precepto normativo<sup>104</sup>. Por consiguiente, el contenido de la norma jurídica que los litigantes estimen adecuada para obtener una decisión jurisdiccional que se ajuste a sus intereses, va a indicarles cuáles son los hechos que deben afirmar y posteriormente demostrar<sup>105</sup>. Por lo tanto, para construir sus escritos de postulación y formular sus alegaciones y pretensiones, así como para salir en la búsqueda de las pruebas que sustenten su postura, las partes siempre deben tener a la vista la norma jurídica que de acuerdo a su perspectiva resulta pertinente.

Por otra parte, el proceso judicial solo se originará si se somete a la decisión del juez un conflicto de intereses entre dos personas que se encuentren vinculadas mediante un nexo regulado por el Derecho. El o los actos mediante los cuales esos sujetos ponen dicho asunto en conocimiento del juez -o sea, exponen los sucesos concretos que dan forma al problema- constituye el elemento fáctico de la *litis*. Este factor resulta

---

<sup>104</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 97.

<sup>105</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 105.

gravitante para el desarrollo del juicio, toda vez que las alegaciones de hecho no solo constituyen el fundamento de la demanda y su contestación, esto es, de los escritos por medio de los cuales las partes informan al juez cómo se ha producido su conflicto, sino también porque estos hechos son el antecedente necesario para la aportación de las pruebas al proceso y el pronunciamiento de la sentencia, sin dejar de mencionar que los eventos que den lugar a un proceso pueden incluso tener influencia sobre otro litigio judicial que pretenda versar sobre los mismos antecedentes fácticos, mediante la aplicación de las instituciones de la cosa juzgada y la litispendencia<sup>106</sup>.

A partir de lo señalado se puede concluir que tanto el componente fáctico como el jurídico tienen una importancia equivalente en el proceso que culmina con el juicio jurisdiccional. Sin embargo, ello no impide que entre ambos se genere una serie de divergencias, a partir de la diferente posición en que se sitúa el juez frente a cada uno de ellos. Así, como expresa TARUFFO, si bien tanto los hechos como el Derecho pueden ser objeto de decisión, interpretación, argumentación y justificación, la prueba solo puede referirse a los hechos, no al Derecho -con las excepciones que se señalaron oportunamente-, exigiéndosele al juez que tenga pleno conocimiento de las normas jurídicas que deben ser aplicadas para dictar la sentencia<sup>107</sup>. De esta manera, los enunciados jurídicos forman parte de las *certidumbres* del juez, mientras que las afirmaciones de hecho tienen el status epistémico de *incertidumbres*<sup>108</sup>.

### **a) El aspecto jurídico de la controversia procesal**

Como consecuencia de la aplicación del brocardo *iura novit curia*, el sistema procesal ha establecido que el juez tiene el deber de conocer exactamente el contenido del ordenamiento jurídico vigente<sup>109</sup>, sin importar la forma en que adquiriera ese conocimiento. Vale decir, lo esencial para estos efectos es que el juez esté al corriente de cuál es el derecho vigente y cómo este debe ser interpretado y aplicado, sin que se encuentre limitado por el tenor de la discusión jurídica que se haya desarrollado en el

---

<sup>106</sup> DÍAZ, Clemente, *La exposición de los hechos en la demanda*, en AA. VV., Los hechos en el proceso civil, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003, p. 5. En el mismo sentido, KIELMANOVICH, Jorge, *La prueba y los hechos*, cit., p. 113. Sobre la distinción hecho-derecho como criterio dogmático, ver: NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, pp., 95 y ss.

<sup>107</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 54.

<sup>108</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 29.

<sup>109</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 5. Sin perjuicio de esta exigencia general, y como se explicó en el apartado referente al objeto de la prueba, el ordenamiento procesal establece casos excepcionales en que no puede exigirse al juez el conocimiento del Derecho.

proceso que se dispone a resolver. El deber de conocer y aplicar las normas no es de las partes, sino del sentenciador, obligación que por contrapartida le permite actuar sin límites en la determinación y declaración del Derecho aplicable a la situación de hecho presentada por las partes, encontrándose habilitado para suplir todas las deficiencias detectadas en los escritos de postulación (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), sin modificar -claro está- el objeto de la demanda<sup>110</sup>.

Por consiguiente, el tribunal no se encuentra vinculado por las alegaciones jurídicas manifestadas u omitidas por las partes, pues el control del material normativo del que se servirá para resolver la *litis* escapa del dominio de los litigantes. Por ende, a pesar de que todas las partes del pleito invoquen una norma determinada, el juez es completamente libre para decidir si utiliza o no dicho precepto en su decisión, y a la inversa, el sentenciador no debe dejar de aplicar una norma jurídica que estime pertinente para la resolución del caso concreto, aunque ninguna de las partes la haya expuesto en sus actuaciones o no lo hayan hecho de forma certera (art. 218.1 LEC).

#### **b) El aspecto fáctico de la controversia judicial**

Cuando se trata del componente fáctico de la *litis*, la posición del juez es diametralmente opuesta a la que detenta respecto al Derecho, pasando desde una situación de libertad y propia iniciativa a un estado de pasividad casi absoluta, donde sus posibilidades de actuación se vinculan estrecha e ineludiblemente a los planteamientos efectuados por las partes. Esto por cuanto el artículo 216 LEC dispone que en materia civil rige el principio de justicia rogada, lo que equivale a sostener que, salvo en las situaciones excepcionales previstas por la misma LEC, son las partes -de forma exclusiva y excluyente- las encargadas de presentar sus peticiones al tribunal e introducir todo el material fáctico y probatorio al juicio. En otras palabras, al juez civil le está vedado salir en búsqueda de hechos y pruebas para resolver los conflictos civiles que se susciten, a menos que se trate de alguna actuación establecida por la regulación procesal civil, tal como ocurre con los artículos 435.2 y 752.1 LEC, que le permiten decretar prueba de oficio, o lo previsto por el artículo 372.2 del mismo cuerpo legal, que autoriza al tribunal a interrogar a los testigos a fin de obtener aclaraciones o adicionales a sus dichos. El juez no puede averiguar por sí mismo los hechos que conforman el

---

<sup>110</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 57.

litigio, sino que debe limitarse a verificar los aportados por los litigantes. En síntesis, investigar los hechos e introducirlos al proceso es tarea de las partes; proceder a su verificación, del juez<sup>111</sup>.

Lo dicho acarrea como consecuencia que el tribunal debe ajustarse de forma estricta a las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes. Esto implica que el juez no puede considerar en su sentencia hechos que no hayan sido aseverados por al menos una de las partes, es decir, todo hecho que no se haya introducido al proceso por alguno de los litigantes debe ser considerado inexistente dentro de ese juicio, aun cuando ello contradiga el saber privado o los conocimientos que el sentenciador haya adquirido más allá del proceso, lo que se expresa en el aforismo *secundum allegata et probata partium iudicare debet*<sup>112</sup>.

El marco fáctico dentro del que se le permite operar al juez civil será fijado a partir de las afirmaciones sostenidas por las partes, por lo que carece de facultades para realizar cualquier actividad de oficio en esta materia. A la inversa, el sentenciador no puede dejar de atender a un hecho sobre cuya existencia las partes se han mostrado de acuerdo, esto es, aquel que ha resultado afirmado por todas las partes en sus escritos de alegaciones o que ha sido afirmado por una y admitido por la(s) restante(s)<sup>113</sup>, lo que es fiel reflejo del poder de disposición que mantienen los litigantes sobre el material fáctico. De esta forma, como resultado de la combinación de las situaciones expuestas, es posible que el juez se vea en la obligación de trabajar con hechos falsos respecto a los cuales las partes han manifestado su conformidad, o bien, a tener que tomar su decisión sin considerar todos los hechos efectivos que se vinculan al litigio si las partes han decidido omitirlos de sus alegaciones<sup>114</sup>.

Todo esto obedece a la extrema vigencia del principio dispositivo<sup>115</sup> y a la consideración del proceso civil como una cosa de las partes<sup>116</sup>, por lo que al poder

---

<sup>111</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 20.

<sup>112</sup> En esta perspectiva, CHIOVENDA indica que: “*las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie mejor que ellas conoce qué hechos deben alegar y cuáles no*”, CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 59. PICÓ I JUNOY desarrolla un excelente estudio sobre el origen y significado del brocardo en: PICÓ I JUNOY, Joan, *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007.

<sup>113</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 8.

<sup>114</sup> De manera tal que para MONTERO, si el juez se extralimita y utiliza su conocimiento privado sobre los hechos discutidos, vulneraría dos grandes principios procesales: incompatibilidad de funciones en el proceso (juez y testigo 219.5 LOPJ) y el de contradicción entre las partes, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 40.

<sup>115</sup> Para ALVARADO, la relación del juez con los hechos está íntimamente ligada al sistema procesal vigente en un ordenamiento jurídico determinado. En efecto, en un sistema dispositivo de enjuiciamiento,



estatal, y por ende al juez, no le corresponde decidir la iniciación ni participar en la configuración fáctica de los negocios sometidos a su decisión (*ne procedat iudex ex officio*). Además, como lo expresa CARNELUTTI, esta facultad de disposición de las partes sobre los hechos de la causa, responde a una búsqueda de seguridad y economía en la resolución del proceso<sup>117</sup>.

De esta forma, si el hecho ha sido afirmado solo por una o algunas de las partes, se considera controvertido, por lo que usualmente será necesario la realización de actividad probatoria a su respecto para que así el juez pueda pronunciarse en la sentencia acerca de su veracidad o falsedad. Esta actividad, dados los principios que rigen el proceso civil, consiste en un ejercicio de verificación y no de investigación judicial, sometida a las reglas de procedimiento establecidas por el legislador y en la que se deben utilizar los medios de prueba propuestos por las partes (salvo lo prevenido en los arts. 429.1.II y 435.2 LEC)<sup>118</sup>.

## 2. PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO JUDICIAL

La relación entre la prueba y la verdad constituyó un asunto al que la doctrina jurídica no prestó mayor atención hasta entrado el siglo XIX, pues nadie dudaba que la actividad probatoria tenía como fin la averiguación de la verdad, de modo que cualquier cuestionamiento de este axioma parecía inútil<sup>119</sup>. Verdad y prueba constituían un todo inseparable. No obstante, a partir de las elaboraciones desarrolladas por juristas alemanes, quienes detectaron la concurrencia de dos tipos de verdades, una material u

---

al juez solo le corresponde la fijación de los hechos en su sentencia, de acuerdo a si alcanzó o no la convicción sobre su existencia, sin preocuparse de si coinciden o no con la realidad. Con ello se alcanza una verdad formal. En cambio, en un modelo inquisitivo, el juez actúa como un investigador de la verdad con miras a lograr la justicia, como valores absolutos u objetivos. No obstante, basta con mencionar la posibilidad que tiene el tribunal superior de enmendar la resolución del inferior para constatar que estos valores son esencialmente relativos, por lo que no aparece justificado solicitarle al juez que salga en su búsqueda. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, 2005, pp. 179 y ss.

<sup>116</sup> PICÓ I JUNOY apunta en este tema que las concepciones privatistas del proceso se encuentran hoy superadas, siendo remplazadas por una mirada *publicista* o *social*, donde si bien el asunto discutido en el proceso civil tiene un carácter disponible o privado, no puede afirmarse lo mismo del instituto llamado proceso, pues dado que este es un instrumento por medio del cual se ejerce el poder jurisdiccional, la decisión acerca de la forma en que se lleva a cabo le pertenece exclusivamente al Estado. PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en AAVV, *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011, p. 129.

<sup>117</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., pp. 10 y 11.

<sup>118</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 42.

<sup>119</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 66. Asimismo, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 44.

objetiva y otra solo formal, propia del proceso civil, el nexo que se estimaba existente entre prueba y verdad *verdadera* ya no fue visto con tanta claridad por los actores jurídicos, lo que transformó esta relación en un tema altamente debatido durante el siglo recién pasado. Así, se gestaron concepciones que ya no reconocían el descubrimiento de la verdad como el único fin que tenía o debía perseguir la prueba, sino que esto constituía solo una de las opciones para el legislador, que bien podía preferirla o desecharla mediante la toma de una decisión de ribetes jurídicos, políticos y sociales, que responde a la concepción de proceso y justicia vigente en una sociedad determinada. Ahora se veía que junto o en lugar del establecimiento de la verdad, la prueba podría pretender fines, por así decirlo, más terrenales, como conseguir el convencimiento del juez sobre los hechos debatidos, o incluso, como lo determinó CARNELUTTI a inicios del siglo XX, la mera fijación formal de los hechos controvertidos mediante el cumplimiento de las reglas procesales establecidas para estos efectos.

#### **A) Dos tipos de verdad: material y formal**

Toda la teoría doctrinal que se elaboró en Alemania a finales del siglo XIX con relación a los tipos de verdad que podrían ser alcanzados dentro de un proceso judicial, se construyó a partir de la constatación de que en ciertas ocasiones el resultado del proceso no coincidía con la verdad fáctica, lo que se vinculó con la aplicación y vigencia de los distintos sistemas de valoración probatoria. De esta manera, los juristas germanos establecieron que con el modelo de prueba tasada no era posible conseguir el descubrimiento de la verdad absoluta en un proceso, pues un ordenamiento procesal en el que se encuentra vigente la prueba legal está plagado de regulaciones que no solo limitan la obtención de la verdad, sino que prescinden de ella. Esto queda de manifiesto si se analizan los efectos que produce la normativa que regla los medios probatorios así como la iniciativa, oportunidad, práctica y valoración de la prueba. Por ello consideraron que mediante el empleo de este sistema solo podría alcanzarse una verdad distinta a la real y que denominaron *formal, judicial o forense*, pues este modelo se conformaba con que el resultado del juicio se obtuviera mediante el respeto de las formalidades legales, sin importar si dicho desenlace se ajustaba o no a la verdad efectiva. Por consiguiente, aunque nada obsta a que con las reglas legales de prueba se

pueda obtener una verdad real, ello no es importante para el proceso<sup>120</sup>, y en caso de que llegara a ocurrir, esto será fruto de la mera casualidad, ya que el sistema no se ha construido con este objetivo. Además, nunca sabremos si una verdad de ese nivel se ha logrado, pues el modelo no está dotado de las herramientas que permitan afirmarlo<sup>121</sup>. Por el contrario, si se opta por establecer la libertad del tribunal para apreciar las pruebas, lo que se busca es la verdad *real, objetiva* o *material* de los hechos. En este sentido, se consideró que la verdad material solo podía alcanzarse en un espacio de total libertad probatoria, carente de cualquier tipo de regulación, ya sea temporal o de recolección y valoración de la prueba, siendo esta la única forma de que lo declarado como verdadero se corresponda con la efectividad de lo acaecido en el mundo real<sup>122</sup>.

Ahora bien, a la relación entre sistema probatorio y verdad se agregó el papel que le corresponde al tribunal en relación con la iniciativa probatoria. De esta manera, se determinó que la consecución de una verdad material no solo necesita la ausencia total de limitaciones en su investigación, sino que además requiere de un papel activo del juzgador en su obtención, elementos que solo podrían concurrir dentro de un proceso dominado por el principio inquisitivo, como sucede en el caso del proceso penal. Por eso se llegó a estimar que la verdad real era el objetivo del proceso criminal, mas no del civil, donde el influjo del principio dispositivo y la vigencia de normas de prueba legal, que regulan la búsqueda jurídica de la verdad, solo pueden desembocar en la conquista de una verdad formal o jurídica<sup>123</sup>, situación que FRAMARINO DEI

---

<sup>120</sup> En este sentido, NIETO indica que la verdad no es necesaria, pues no importan los hechos tal como ocurrieron, sino solo los que han sido válidamente probados y que constan en el proceso, lo que genera una verdad procesal distinta de la material o real, NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, p. 248.

<sup>121</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba*, cit., p. 356. En el mismo sentido: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 240; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 13; JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., pp. 33 a 35. Por su parte, NIEVA destaca en este tema el aporte de ENDEMANN, quien durante la segunda mitad del siglo XIX empleó el concepto de verdad material y dio un notable impulso a la libertad de valoración en el proceso civil alemán. Indica que el jurista alemán consideró que la vigencia del principio de aportación de parte en el proceso civil no permitía obtener la verdad material de las afirmaciones de las partes, sino que una verdad formal o jurídica, pues el juez quedaba a expensas de aquello que le aportaban las partes, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 80.

<sup>122</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 61. En el mismo sentido: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 240

<sup>123</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, p. 111. La distinción planteada fue recogida por los sistemas jurídicos de los países socialistas de principios del siglo XX. En este sentido, como apunta MONTERO, la obtención de la verdad objetiva o material se constituyó en un principio esencial del derecho socialista, a tal nivel que se impuso a los jueces el deber de adoptar todas las medidas para esclarecer del modo más completo la forma en que ocurrieron los hechos. De esa manera se estableció la preeminencia del principio inquisitivo a fin de permitir al juez aportar hechos y pruebas, no estando

MALATESTA ha estimado perfectamente razonable dada la distinta naturaleza de los derechos que están en liza<sup>124</sup>, concepción que claramente no compartimos.

### a) Críticas a la distinción verdad material y verdad formal

Más allá de que algún autor haya sostenido que esta distinción ha sido sobredimensionada<sup>125</sup>, desde las primeras décadas del siglo XX se alzaron voces doctrinales tanto en contra de la coexistencia de dos tipos de verdades así como en cuanto a su vinculación con la naturaleza del proceso, críticas que se levantaron desde diversos ángulos y que se analizarán a continuación.

#### 1) La verdad no admite dos versiones válidas

Si identificamos a la verdad con la realidad o exactitud de las cosas, ella no puede sino ser solo una. La verdad es única, toda vez que lo real, efectivo o cierto no admite dos versiones<sup>126</sup>. Por ende, resulta contradictorio con la propia concepción de verdad sostener que hay varios tipos de ella, no siendo posible aceptar, en consecuencia, la coexistencia de dos relatos verídicos. De este modo, si los sucesos que se analizan no se corresponden con la realidad de los hechos, ellos no pueden ser considerados como una especie de verdad, sino simplemente como algo opuesto a ella.

CARNELUTTI dejó en evidencia lo absurdo de distinguir entre dos tipos de verdad, con su reconocida máxima “*la verdad es como el agua; es pura, o no es verdad*”<sup>127</sup>, por medio de la que quiso remarcar que solo existe una: la material<sup>128</sup>. Si la

---

limitado por el accionar de las partes, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., pp. 53 y ss. También ver: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 7, nota 6; TARUFFO, Michele, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Rivista di diritto processuale*, 1990, p. 441.

<sup>124</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Tomo I, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 127.

<sup>125</sup> Se ha puesto en entredicho la verdadera intención de los juristas alemanes al plantear esta distinción. La discusión sobre la búsqueda de la verdad como objetivo de la prueba proviene de la discusión sobre los conceptos de verdad formal y material de la doctrina alemana del siglo XIX, que fue claramente sobredimensionada, pues nadie llegó a decir que existieran dos tipos de verdad, sino que el resultado que se obtenía con las pruebas legales no solía ser la verdad, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 146.

<sup>126</sup> Tal como lo expresó CHIOVENDA: “*no hay más que una verdad*”, CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 63.

<sup>127</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 25.

<sup>128</sup> Sin embargo, no todos están de acuerdo en que esta analogía sea aplicable para referirse a la prueba judicial. En este sentido, JIMÉNEZ trae a colación las palabras de FURNO, quien señala: “*así como el agua de los estanques y de los pozos se la llama agua, aunque no sea pura, lo mismo sucede con la*

verdad formal no coincide con la real -y podría ser que esto nunca suceda- aquella correspondería a “una verdad fingida o sea una no-verdad”<sup>129</sup>. Pero además de ello, este jurista italiano no solo descarta el carácter de verdad de aquello que se ha denominado verdad formal, sino que recogiendo las exigencias planteadas por la doctrina germana para que en el proceso pueda alcanzarse la verdad *verdadera*, termina por disociar completamente a la verdad de aquel pleito gobernado por la prueba legal y el principio dispositivo, dándole una nueva explicación a la divergencia entre realidad y resultado del juicio. Así, teniendo presente que la búsqueda de la verdad en el proceso solo es conciliable con un sistema de prueba libre, sostiene que si en un ordenamiento procesal determinado rige la prueba tarifada, el resultado probatorio no será el establecimiento de una verdad, ni siquiera de una formal, pues en ese caso solo se conseguirá una fijación formal de hechos. De tal modo que si se ha optado por el sistema de prueba legal, se ha renunciado absolutamente a la verdad, cualquiera sea el vocablo que se quiera emplear para referirse a ella<sup>130</sup>.

## 2) La verdad no varía según la naturaleza del proceso judicial

Como consecuencia de considerar que la verdad es solo una, se ha sostenido que no es posible aceptar que el proceso penal persiga la verdad material mientras que el civil solo se conforme con una versión formal o jurídica. Si así ocurriera, ello sería el reflejo de una jurisdicción muy poco juiciosa<sup>131</sup>. La verdad es solo una y lo que varía es el sistema de investigarla, a pesar de que se reconoce que es más factible que se cometa un error en el descubrimiento de la verdad dentro de un sistema de prueba legal o tarifada y en el que se prive al juez de toda iniciativa probatoria<sup>132</sup>.

De esta forma, la distinta naturaleza de los asuntos que son analizados en cada uno de los procesos no puede ser usada como excusa para justificar un tratamiento

---

*verdad, que en el uso normal no cambia de nombre aun cuando nada tenga que ver, conceptualmente, con lo verdadero absoluto*”, FURNO, Carlo, *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, p. 24, citado por JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., p. 40.

<sup>129</sup> GUASP DELGADO, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit., p. 338. De igual forma, MIRANDA apunta que “[l]a verdad formal como una no-verdad resulta, más que un absurdo jurídico, un absurdo lógico”, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 39.

<sup>130</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 20. Eso es refrendado por el propio autor, al indicar más adelante que: “No se puede buscar la verdad sólo en parte: o se la busca del todo, es decir, se la busca hasta que se la encuentra, o lo que se busca no es la verdad”, p. 25.

<sup>131</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 159.

<sup>132</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 9.

desigual de los objetivos de la prueba, pues no hay razón lógica que justifique la diferencia. Ambos son procesos en los que se pretende obtener una decisión justa, y sin la verdad de los hechos, esa justicia es inalcanzable<sup>133</sup>.

Además, como indica FERRER, las limitaciones al descubrimiento de la verdad no son patrimonio exclusivo del proceso civil, sino que ellas están presentes en todo tipo de proceso, sin distinción de su naturaleza<sup>134</sup>.

### **3) Las normas de prueba legal no alejan al proceso y la verdad**

En este sentido se ha argumentado que las normas de prueba legal serían perfectamente conciliables con la obtención de la verdad material, o que al menos, existiría un subgrupo de ellas que sí podría resultar compatible con dicho fin. Expresión de esta postura es la opinión de JIMÉNEZ, quien afirma que no es correcto sostener que el sistema de prueba tarifada se haya construido al margen o en contra de la determinación efectiva de los hechos que motivan el pleito, sino que este modelo persigue precisamente el descubrimiento de la verdad histórica<sup>135</sup>. Esto se debe a que, como se ha sostenido<sup>136</sup>, el sistema de prueba legal busca consagrar normativamente un conjunto de máximas de la experiencia capaces de dar cuenta de una serie de criterios derivados del *id quod plerumque accidit*, de modo que son fruto del aprendizaje y la práctica jurídica de largos años, lo que permite asegurar su validez<sup>137</sup>.

Dentro de esta línea de argumentos, se ha dicho que si bien el proceso cuenta con reglas que regulan la búsqueda de la verdad, muchas de las cuales tienen una función contra-epistémica, no se puede sostener que todas las normas impiden la averiguación de la verdad, pues es posible detectar que ciertas regulaciones colaboran en esa investigación. De esta forma, junto a las normas legales que limitan la actividad del sentenciador, vinculándolo a una cierta versión de los hechos y afectando la calidad del conocimiento alcanzado, también hay disposiciones que tienden a favorecer la

---

<sup>133</sup> JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, cit., p. 404.

<sup>134</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 15.

<sup>135</sup> De la misma forma, SERRA agrega que estas normas tienen por objetivo “lograr la mayor aproximación posible entre las afirmaciones declaradas probadas en el proceso, y los hechos de la realidad”, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba*, cit., p. 358.

<sup>136</sup> BERZOSA FRANCO, María Victoria, *Principios del proceso*, en *Justicia*, N° 3, 1992, p. 604. Del mismo modo, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 77; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 619.

<sup>137</sup> JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., p. 47.

determinación de la verdad histórica, mediante regulaciones que buscan evitar errores o que establecen controles de veracidad de la prueba. Para GASCÓN ABELLÁN forman parte de este grupo, aquellas normas que rechazan pruebas con bajo valor epistémico (como el escrito anónimo o el testigo de referencia), las que establecen el sistema de inhabilidades y tachas de testigos, y las que prohíben la tortura, todas las que pretenderían ayudar a la averiguación de la verdad en el proceso<sup>138</sup>.

#### **4) No existe relación entre sistema de prueba y tipo de verdad**

Otro argumento que se ha esgrimido en contra de la distinción entre la existencia de dos tipos de verdades consiste en que no sería acertado vincular necesariamente a la prueba legal con la verdad formal y a la libre con la material. Esto por cuanto esta relación fue construida por los juristas alemanes entendiendo que el modelo de libertad probatoria es capaz de eliminar todos aquellos elementos que impiden que el juez alcance el conocimiento efectivo de los hechos, pero se olvidaron de considerar que empleando este o cualquier sistema el juez igualmente puede ser sujeto de error. De este modo, nada puede garantizar que en el caso concreto el sentenciador no se va a equivocar, y por tanto, que será capaz de descubrir la verdad objetiva. Así las cosas, al relacionarse la prueba libre con la verdad material, se estarían atribuyendo a la libertad probatoria propiedades de las que carece<sup>139</sup>.

#### **B) Finalidad de la prueba procesal**

La determinación de las funciones que persigue la actividad probatoria tiene estrecha relación con la diferenciación entre verdad material y verdad formal. Como se vio, la teorización planteada llevó a los juristas a dudar acerca de la real capacidad de la prueba para descubrir la verdad de los hechos que motivan un litigio. Así, quienes se convencieron de lo inalcanzable que resulta la verdad para una prueba sometida a un cúmulo de regulaciones legales optaron por plantearle otros fines. La renuncia a la verdad creó la urgencia de determinar cuál es la estrella guía que orienta los destinos de

---

<sup>138</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 131. También, FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 44.

<sup>139</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, cit., p. 30. En el mismo sentido: JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., p. 45.

la prueba, lo que también provocó un replanteamiento sobre el proceso y el concepto de justicia que se pretendía lograr con la sentencia. Sin embargo, no todos renunciaron a la verdad en el proceso, claro que quienes se mantuvieron en esta postura tuvieron que matizarla, aceptando de cierto modo los planteamientos de la escuela germana.

Según lo dicho, se ha establecido que la prueba puede tener alguna de las funciones que se exponen a continuación.

### **a) La fijación de los hechos**

Esta teoría se asienta en los postulados de CARNELUTTI, jurista que, como se señaló, se opuso a la teoría de los procesalistas alemanes que proponían la concurrencia de una verdad formal y otra material. En este sentido, dada las limitaciones a la búsqueda de la verdad que se encuentran en el proceso civil, sostuvo que este no es apto para conocer la verdad de los hechos, sino solo para conseguir una fijación formal de ellos<sup>140</sup>. De esa manera, argumentó que existiendo cualquier norma que tenga por objetivo regular o limitar, aunque sea mínimamente, la actividad probatoria del juez, la prueba debe entenderse encaminada a “*determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados*”<sup>141</sup>.

Como puede verse, esta tendencia está íntimamente ligada a la vigencia de normas legales de prueba en el sistema procesal, lo que en la práctica llevaría a que las conclusiones del juez se alejen del descubrimiento de la verdad<sup>142</sup>. Esto se genera porque el sentenciador se encuentra vinculado por el procedimiento probatorio previsto por la ley para la fijación de los hechos controvertidos, de modo que debe limitarse a precisar en la sentencia los sucesos que se han probado siguiendo el mecanismo determinado por el ordenamiento<sup>143</sup>. Obviamente, dentro de este panorama, la fijación fáctica constituye un ejercicio meramente externo que no se detiene a analizar el contenido de los hechos establecidos ni si ellos encajan o no con la verdad, pues esas no son cuestiones que le interesen al modelo<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 52. En contra de esta postura, SERRA ha estimado que la fijación de los hechos no es la única función de la prueba, ni con ella se agota su problemática. Además, el fin de la prueba no es fijar unos hechos secos y sin vida, sino que acercarse a su realidad, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 9.

<sup>141</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 43.

<sup>142</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 236.

<sup>143</sup> EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 25.

<sup>144</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit, p. 50.



## b) El convencimiento del juzgador

En la actualidad, la doctrina mayoritaria afirma que el fin de la prueba es lograr el convencimiento o la convicción del juez sobre las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en la causa<sup>145</sup>. De esta manera, se renuncia a conseguir la verdad, y en su lugar se sostiene que solo se puede aspirar a alcanzar un estado psicológico de persuasión, de convencimiento o certidumbre subjetiva del sentenciador, cualquiera sea el sistema de valoración por el que haya optado el ordenamiento procesal<sup>146</sup>, pues como sostiene DEVIS, el fin permanece inmutable, solo varía el procedimiento para adquirir la certeza<sup>147</sup>. Así, esta concepción estima que tanto la prueba legal como la valoración libre resultan aptas para la consecución del objetivo.

Para esta visión, la prueba es considerada como un mero instrumento retórico de persuasión del que se valen las partes para convencer al juez de la veracidad de sus alegaciones y, por ende, para que este falle en su favor. Esto queda de manifiesto si consideramos el fenómeno probatorio a partir del enfoque del abogado de uno de los litigantes, pues solo perseguirá proteger los derechos de su cliente y para ello se valdrá solo de la prueba que tenga disponible y que estime necesaria para este fin, aunque ella no sea útil para establecer lo que efectivamente sucedió. Así, al defensor solo le interesa usar la prueba para convencer al juez de que su postura y relato de los hechos son los acertados, y de esa forma conseguir una sentencia que beneficie a su representado. Por lo tanto, para él la búsqueda de la verdad resulta ajena e irrelevante<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 11. Esta visión es seguida por PICÓ I JUNOY, para quien la prueba es la “*actividad de comparación entre una afirmación inicial sobre unos hechos (que tiene lugar en los escritos de alegaciones de las partes) y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juzgador*”, PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 14, nota 8. En igual perspectiva, MIRANDA señala: “*El fin de la prueba no es otro que formar la convicción del Juez acerca de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes en el proceso, es decir, que el Juez de convenza o persuada de que tales afirmaciones coinciden con la realidad*”, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 36. También ver: ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 200.

<sup>146</sup> Quienes sostienen esta teoría entienden que la verdad es una noción ontológica que exige la identidad de la cosa o hecho con el conocimiento o idea que de él se tiene (*adaequatio rei et mentis* o *adaequatio intellectus et rei*), lo cual puede no ocurrir a pesar de que considere que la prueba es suficiente. Entre otros: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 20; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 231; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 50; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 37; VÁSQUEZ SOTELO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, en *Justicia*, N° 3-4, 1993, p. 628.

<sup>147</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 240.

<sup>148</sup> TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009, p. 31.

Siguiendo esta perspectiva, LESSONA ha sostenido que probar es “*hacer conocidos para el Juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser*”<sup>149</sup> y GOLDSCHMIDT apunta que “[*l*as aportaciones de prueba son actos de las partes destinados a convencer al juez de la verdad de un hecho afirmado”<sup>150</sup>. Por su parte, CHIOVENDA entendió que la prueba procesal consiste en la actividad que tiene por objetivo “*formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso*”<sup>151</sup>. En la misma orientación se ha indicado que la prueba “*es una actividad que tiene lugar ante el órgano judicial y que se encamina a que aquél adquiera el convencimiento sobre la veracidad o la convicción judicial de unos hechos controvertidos*”<sup>152</sup>, o bien, que se trata de medios y procedimientos que sirven para introducir en el proceso razones o motivos que convezan al juez sobre los hechos<sup>153</sup>. A esto podemos agregar el concepto de GUASP, para quien la prueba es “*el acto o serie de actos procesales por los cuales se trate de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo*”<sup>154</sup>. Por último, debemos destacar la noción que sobre este tema manifiesta MONTERO, quien entiende a la prueba como la actividad que persigue crear la certeza del juzgador, señalado que dicho convencimiento puede lograrse de dos formas, al expresar que la prueba es la “*actividad procesal que tiende a alcanzar certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes y que resulten controvertidos, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos*”<sup>155</sup>. En este sentido, dicho autor agrega que esta certeza no puede alcanzarse de cualquier modo, sino que solo siguiendo la regulación establecida por la ley, como garantía del respeto de lo que

---

<sup>149</sup> LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, cit., p. 3.

<sup>150</sup> GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, cit., p. 253. Además, agrega que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, pues la verdad es solo relativa, simple verosimilitud, p. 256.

<sup>151</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 296. En este sentido, CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 21, quien habla de un “*estado psicológico de convencimiento o persuasión*” sobre la veracidad de los hechos. Por su parte, FENECH expresa que los actos de prueba son aquellos “*cuya función es formar el convencimiento del Juez o Tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso*”, FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 574. Ver también: ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 29; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 31.

<sup>152</sup> ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Barcelona, 2010, p. 165. Por su parte, FENECH expresa que los actos de prueba son aquellos “*cuya función es formar el convencimiento del Juez o Tribunal sobre la verdad de los hechos objeto del proceso*”, FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 574.

<sup>153</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 25.

<sup>154</sup> GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, cit., p. 374.

<sup>155</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, cit., p. 222. En el mismo sentido: ABEL LLUCH, Xavier, *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., p. 20.

el legislador ha entendido por justo<sup>156</sup>, a lo que se debe agregar, la tutela, vigencia y respeto de los derechos fundamentales de los litigantes<sup>157</sup>.

### c) El establecimiento de la verdad

Como se ha indicado, clásicamente se atribuyó a la prueba el objetivo de descubrir la verdad de los hechos, sirviendo como un instrumento que buscaba proveer al juez del conocimiento que le permitiera develar la realidad de los antecedentes fácticos que originaron el proceso y, a partir de ellos, dictar sentencia. Para esta doctrina, la prueba busca la demostración o averiguación de la verdad de un hecho (*probatio est demonstrationis veritas*), cumpliendo de esta manera una función epistémica<sup>158</sup>. Así, la prueba aparece conceptualizada como un medio o actividad que sirve para comprobar, verificar o establecer si las alegaciones fácticas realizadas por las partes se ajustan o no con la realidad. De este modo, MANRESA sostiene que la prueba de un hecho es “*averiguar su certeza y realidad; es demostrar la existencia de ciertos actos humanos o de acontecimientos naturales*”<sup>159</sup>. En la misma línea de razonamiento, pero en términos aún más expresos, BENTHAM indica que la prueba es “*un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho*”<sup>160</sup>, concepto que en palabras similares también es planteado por BONNIER<sup>161</sup>. Por su parte, RICCI considera que la prueba no

---

<sup>156</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, cit., pp. 284 y 285.

<sup>157</sup> Es necesario mencionar que algunos autores mantienen posturas eclécticas acerca del fin de la prueba, ya que, en su opinión la prueba puede perseguir uno de dos fines alternativos, dados por el convencimiento del juez acerca de los hechos litigiosos o por la fijación formal de los hechos. En este grupo podemos situar a PRIETO-CASTRO, quien nos dice que la prueba es “*la actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para llevar al Juez la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso*”, mismo sentido en el que se pronuncia ORTELLS, para quien que la prueba es la “*actividad para convencer al tribunal del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijar formalmente tales afirmaciones en la sentencia a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso*”. Ver: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 107; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 286; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 364; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 143.

<sup>158</sup> TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., pp. 30 y ss. Este autor concibe a la prueba como un instrumento “*dirigido a proporcionar al juez informaciones controladas y fiables en torno a circunstancias que sean útiles para una determinación posiblemente verdadera de los hechos*”, TARUFFO, Michele, *La prueba científica en el proceso civil*, en *Estudios sobre la prueba*, México, 2006, p. 137.

<sup>159</sup> MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, Tomo III, Madrid, 1955, p. 282.

<sup>160</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 22.

<sup>161</sup> “*Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad*”, BONNIER, Eduardo, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, cit., p. 5.

puede ser entendida como un fin en sí misma, sino que se trata de un medio dirigido a la consecución de un fin, el que consiste en el descubrimiento de la verdad<sup>162</sup>.

Esta postura doctrinal ha estimado que la finalidad suprema no solo de la prueba, sino que del proceso considerado en su conjunto, no puede ser otra que la comprobación de la verdad, cualquiera sea la naturaleza de los derechos que estén en juego o del tipo de procedimiento que se haya fijado para obtener la decisión final del juez<sup>163</sup>. Esto se debe a que la verdad juega un rol esencial en la tarea de lograr que se dicte una sentencia justa como resultado del desarrollo del proceso, lo que se torna imposible si se reniega de la investigación de la verdad de los hechos como fin de la prueba. Por otra parte, FERRER apunta que para la tradición racionalista el establecimiento de la verdad es el objetivo institucional de la actividad probatoria, pues solo mediante la aplicación del Derecho a los hechos correctos, el ordenamiento jurídico obtendrá un resultado feliz en la dirección de la conducta de sus destinatarios. El éxito del sistema jurídico requiere como condición *sine qua non*, que las consecuencias previstas por la norma se apliquen efectivamente a los supuestos de hecho que ella contempla, y la única forma de estar seguros de que ello ocurra, es asignándole a la prueba la labor de determinar en forma efectiva qué fue lo que realmente sucedió entre las partes<sup>164</sup>. De esta manera, la verdad de los hechos no solo sería condicionante para la obtención de una decisión justa sino también para el triunfo del sistema jurídico en su conjunto.

Por último, no podemos dejar de mencionar que al sostener que la verdad constituye la meta que debe ser alcanzada por la prueba, se está analizando el fenómeno desde la perspectiva del legislador o desde la teoría del proceso, no a través de los ojos de los litigantes, pues será evidente que en muchas ocasiones al menos una de las partes -cuando no ambas- solo buscará con la prueba obtener una sentencia que sea beneficiosa para sus intereses, lo que podría llevarla no solo a restarse de prestar cualquier colaboración al sentenciador en la determinación de la realidad de los acontecimientos, sino incluso, a actuar en contra de ese establecimiento<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> RICCI, Francesco, *Tratado de las pruebas*, traducción de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Pamplona, 2005, p. 22.

<sup>163</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, cit., p. 145. En términos similares: PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 161.

<sup>164</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., pp. 19 y 30 a 32.

<sup>165</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 3.

## **1) Razones que justifican el establecimiento de la verdad en el proceso**

Para quienes sostienen que el descubrimiento de la verdad es el objetivo de la prueba, la circunstancia de que en el proceso solo pueda alcanzarse un conocimiento imperfecto e incompleto de los hechos no es razón suficiente para declarar una incompatibilidad absoluta entre verdad y prueba. El peligro involucrado en ello es rotundamente mayor a aceptar que nuestro saber solo abarca un trozo de la realidad. De hecho, negar la capacidad reveladora de la prueba implicaría dejar abierta la puerta para que el proceso se resuelva de formas irracionales o completamente aleatorias, transformándose en lo que NIEVA ha descrito como “*una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado*”<sup>166</sup>. Por ello, a pesar de que se acepta que nunca sabremos toda la verdad de los hechos, su consecución constituye el objetivo institucional de la prueba. Esta concepción deja de lado la noción de una verdad pura o propia del mundo de las ideas, y trabaja con una versión mucho más terrenal o aterrizada, que resulta plenamente compatible no solo con las características del proceso, sino que con nuestras capacidades y posibilidades de cognición en términos generales. Pero además de ello, también se plantea la existencia de una ligazón inescindible entre verdad y justicia, lo que obviamente impediría renunciar a conocer la verdad dentro del proceso. Así, la defensa de la verdad en el proceso se ha construido básicamente sobre dos ideas fundamentales:

### **i) La verdad es la misma en todas las áreas del conocimiento**

Primero que todo, debemos partir por dejar sentada una cuestión básica para esta teoría: no es correcto sostener que la verdad material puede ser alcanzada en todos los ámbitos del conocimiento salvo en el proceso, por cuanto este tipo de verdad no está al alcance de la mayoría de las áreas del saber humano. A esta conclusión se llega al considerar que las concepciones epistemológicas contemporáneas están de acuerdo en que, salvo en áreas como la lógica o la metafísica, donde se requiere de conocimientos ciertos e indiscutibles, el conocimiento humano es esencialmente relativo. Es decir, las verdades máximas o superiores, la versión última y absoluta de la verdad del mundo que nos rodea, no está al alcance del ser humano. Sea por limitaciones de tiempo, recursos o

---

<sup>166</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 149.

capacidad cognitiva, al hombre se le ha privado de la posibilidad de saber la Verdad.

Esto es precisamente lo que sucede con el proceso. Con su sustanciación solo es posible generar verdades no absolutas, pero ello no es para alarmarse ni rasgar vestiduras, pues ésta no es una especie de verdad distinta a la que se consigue fuera de él. De esta manera, debemos aceptar que la verdad absoluta constituye un ideal que no pertenece al mundo del proceso y la justicia, así como tampoco al saber universal, y por consiguiente, solo es factible aspirar a conseguir verdades esencialmente relativas y contextualizadas<sup>167</sup>.

Ahora bien, esto no puede significar el fin del saber científico ni menos del proceso, ya que la imposibilidad de conocer toda la verdad de ninguna manera impide el conocimiento racional de una parte. En efecto, si dejamos establecido que no podemos alcanzar la suma verdad de nuestra existencia, pero que capacidades que poseemos sí son suficientes para poder abarcar alguna porción de ella, ¿cuáles serán los criterios racionales que nos permitirán determinar si esa verdad parcial se ha conseguido? Este interrogante apunta a establecer cuáles son los senderos que debemos recorrer para buscar esa verdad, y una vez que hayamos arribado a la meta, cómo determinaremos racionalmente que hemos conseguido develar la porción de verdad que se ha situado a nuestro alcance gracias a la tramitación del proceso. Estas son cuestiones que al fin y al cabo responden a una convención entre los miembros de la comunidad científica a la que pertenezca la verdad que ha sido objeto de análisis. Es una decisión que debe ser adoptada por los sujetos expertos en el área específica del saber. Claro está, que los parámetros que se utilicen son variables por definición, en el sentido de que los métodos empleados en la búsqueda de la verdad, los medios y tecnologías utilizadas y los criterios de control de dicha verdad van a ser modificados constantemente debido al desarrollo y a los cambios que vayan afectando al devenir de la humanidad.

Así las cosas, el proceso no puede ambicionar la conquista de estadios de conocimiento que le son inalcanzables, sino que necesariamente debe rebajar sus pretensiones a los niveles generales de verdad que se manejan en el resto de las ciencias. Esto ya lo sostenía CALAMANDREI, cuando postulaba que el proceso es un instrumento de razón y de cognición de la verdad, pero no de “*verdades últimas y supremas que escapan a los hombres pequeños, sino la verdad humilde y diaria*”<sup>168</sup>, de

---

<sup>167</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 75.

<sup>168</sup> CALAMANDREI, Piero, *Proceso y justicia*, en *Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986, p. 215.

un carácter más razonable y prudente. De esta manera, en el lugar de la verdad suprema, el proceso ubica un concepto no solo más manejable y comprensible de verdad, sino que también, y más importante aún, mucho más controlable. Esto porque como toda verdad relativa y contextualizada, la que se alcanza en el proceso va a depender de los recursos, elementos, estructuras de referencia y métodos de investigación empleados<sup>169</sup>. Por ende, teniendo en cuenta las limitaciones que se encuentran presentes en los instrumentos cognoscitivos, la verdad será aquella que se ajuste al conjunto de elementos probatorios que se han incorporado al expediente y que son utilizados por el juez para elaborar su juicio de veracidad. Lo importante es que aun cuando las verdades sean relativas, resulten idóneas para ofrecer una base suficientemente fundada a la decisión<sup>170</sup>. De esta manera, el sostener que un hecho está probado no quiere decir que se esté afirmando que es verdadero, sino que teniendo como fundamento el acervo de información disponible, es posible sostener que lo es<sup>171</sup>. Dicho de otra forma, la verdad del proceso se encuentra fuertemente condicionada por los específicos elementos de juicio con los que se haya dotado al juez para resolver el caso concreto: en primer término, porque la verdad de una afirmación fáctica va a depender del grado de confirmación que las pruebas disponibles sean capaces de atribuir a las distintas hipótesis de trabajo, de modo que ella se entenderá probada cuando cuente con elementos de juicio a su favor o bien, cuando goce de un mayor nivel de confirmación que las hipótesis que se contraponen a ella<sup>172</sup>; y en segundo lugar, porque cualquier modificación en el acervo probatorio, mediante la adición o eliminación de elementos de juicio, usualmente acarreará una alteración en el nivel en el que se estima acreditada cada proposición, y con ello, una variación en la decisión final<sup>173</sup>. De hecho, cualquier cambio que afecte a uno o más de los factores que intervienen en el proceso de verificación acarreará un nuevo resultado. Pero no hay de qué preocuparse: si este nuevo producto cumple con los estándares fijados por la comunidad jurídica, será tenido por verdadero.

---

<sup>169</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 25.

<sup>170</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 177.

<sup>171</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006, p. 128. En el mismo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 40; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 44.

<sup>172</sup> TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre prueba y motivación*, cit., p. 28. También: FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 41.

<sup>173</sup> MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, 1997, p. 77. En el mismo sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 275.

En definitiva, en el proceso no es posible alcanzar una verdad absoluta, pero esto no quiere decir que sea imposible llegar a toda verdad. Al final del día la verdad humana estará al alcance de la mano, y a eso, pero no menos que eso, es a lo que no solo podemos, sino que debemos aspirar.

## ii) La verdad es esencial para la justicia de la decisión

“No hay peor injusticia que construir la sentencia sobre una no verdad”<sup>174</sup>. En esos términos PARRA resume la vinculación que existe entre la verdad y la justicia, una relación que malamente podríamos desconocer si pretendemos que el proceso se desempeñe como un instrumento de justicia. De esta manera, la concepción predominante acerca del proceso nos indica que toda solución de un litigio debe realizarse atendiendo no solo al contenido formal de la decisión, sino también velando porque la solución por la que opte el sentenciador sea la más justa posible, de modo que resulta insostenible pretender disociar a la verdad y el proceso. En este sentido, es acertada la opinión de NIEVA, quien postula que si dejamos que el proceso se transforme en un simple instrumento de resolución de conflictos, corremos el riesgo de que éste se convierta en “un elegante mecanismo para falsear la realidad”<sup>175</sup>, lo que no puede ser aceptado desde ningún punto de vista, a menos que estemos de acuerdo en que el acto de administrar justicia se convierta en una mera asignación mecánica o aritmética de los derechos que corresponden a cada uno de los litigantes.

Por lo tanto, se ha puesto énfasis en la imposibilidad de alcanzar una sentencia justa si el pronunciamiento del tribunal llega “lastrado de carencias de sustento fáctico”<sup>176</sup>, siendo imprescindible realizar una certera reconstrucción del conjunto de hechos que han suscitado el conflicto<sup>177</sup>. En efecto, la determinación verdadera de los hechos asume una importancia capital, pues la decisión “nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos”<sup>178</sup>, lo que obviamente tiene

---

<sup>174</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 167.

<sup>175</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 24.

<sup>176</sup> BERIZONCE, Roberto, *Fin social del proceso y la importancia de los hechos*, en AA. VV., *Los hechos en el proceso civil*, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003, p. 52.

<sup>177</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 274.

<sup>178</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 64. Por ello, este autor ha sostenido que un proceso sin verdad no haría justicia, sino que solo injusticias, por lo que la verdad no solo es importante, sino que inevitable, TARUFFO, Michele, *La verità nel processo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 66, N° 4, 2012, p. 1125. En igual sentido: NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Madrid, 2013, p. 22.



relación con que el Derecho solo se aplicará de forma correcta cuando se utilice para solucionar litigios en los que realmente se haya configurado el supuesto de hecho previsto por la norma jurídica.

Es así como el profesor TARUFFO señala que toda decisión justa requiere de tres condiciones: a) debe ser fruto de un proceso justo, esto es, que no se hayan vulnerado en él las garantías fundamentales de las partes y se hayan aplicado de forma correcta todas las reglas procedimentales que correspondan; b) que se haya interpretado y aplicado acertadamente la norma que se ha elegido para fundar la decisión; y c) que exista una determinación verdadera de los hechos de la causa<sup>179</sup>. Todas ellos aparecen como requisitos necesarios pero no individualmente suficientes para la obtención de la decisión justa, de modo que aunque parezca un lugar común, la máxima mantiene totalmente su vigencia: sin verdad, no hay justicia.

## **2) Razones para negar la consecución de la verdad en el proceso**

Se han dado algunos argumentos para afirmar que no existe ninguna vinculación entre el proceso y la verdad. En efecto, como brillantemente expone TARUFFO<sup>180</sup>, las teorías que se han formulado en este sentido sostienen que dadas las limitaciones que se aprecian en el proceso civil, resulta imposible o innecesario alcanzar en él una determinación verdadera de los hechos.

### **i) Es imposible conocer la verdad de los hechos**

Para ciertas teorías filosóficas el conocimiento de la verdad absoluta es algo que no puede ser alcanzado por el hombre. Cualquier intento con miras al logro de ese objetivo se realizaría completamente en vano. Las limitaciones humanas, la complejidad de los fenómenos y aquellas situaciones que van más allá de nuestro entendimiento nos impedirían lograr una comprensión racional de la realidad, que nos permita establecer conocimientos ciertos y absolutos. Así, siendo imposible para el ser humano llegar a la verdad en todos y cada uno de los ámbitos de su existencia, obviamente esto también estaría presente en lo que al proceso concierne.

---

<sup>179</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 136.

<sup>180</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 27 y ss.

Es esa especie de resignación, ante la constatación de un objetivo que nunca podrá ser alcanzado, el que ha llevado a algunos juristas a estimar que la verdad material es algo ajeno al proceso, en cualquiera de sus tipos. Además, se ha señalado que pretender alcanzar la verdad a través del proceso es una utopía, que desconoce las reales posibilidades de acción de este mecanismo, de forma que no es posible aceptar que a la prueba se le haya asignado el rol de conquistar la verdad *verdadera* de los hechos que han provocado el conflicto entre las partes, pues ese es claramente un objetivo irrealizable. Sostener lo contrario implicaría transformar a la prueba en un instrumento sin sentido, una construcción inútil. Es por ello, que se ha dicho que con la prueba solo puede aspirarse a alcanzar la certeza o certidumbre, como un sustituto de la verdad<sup>181</sup>.

## **ii) El proceso es solo un instrumento de resolución pacífica de conflictos**

Una segunda idea que se ha vertido para negar la relación entre el proceso y la consecución de la verdad postula que ésta no debe ser buscada a través de la actividad jurisdiccional, ya que, esto difiere de los objetivos que se tuvieron presentes para su creación y que justifican su mantenimiento dentro del orden jurídico y social. En este sentido, se argumenta que el proceso se concibe como un instrumento para resolver conflictos en forma eficiente y ágil, por lo que la averiguación de la verdad no solo no es necesaria, sino que inútil y contraproducente a los fines del mismo, pues se trata de una creación humana que busca encontrar una solución a las disputas de interés jurídico que se generen en sociedad, sirviendo de herramienta para declarar la existencia de un derecho, sancionar conductas contrarias a la ley o restablecer el imperio del Derecho<sup>182</sup>. De esta forma, se rechaza la idea de lograr la verdad en el proceso, ya que él se centra en el establecimiento y la preservación de la paz, mediante la erradicación de la fuerza ilegítima dentro de un grupo humano determinado<sup>183</sup>. Además, el proceso se concibe

---

<sup>181</sup> EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 26; En el mismo sentido: ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 30; CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 18; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 198; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 38; SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, cit., p. 271.

<sup>182</sup> EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963, p. 171.

<sup>183</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, en *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011, p. 223, nota 5. En sentido similar: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 100; MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 62.

como una cosa de las partes a las que normalmente no les interesa la averiguación de la verdad sino la obtención de una victoria judicial.

### **iii) Las limitaciones del proceso impiden conciliarlo con la verdad**

Desde esta perspectiva las razones son bastante simples: el proceso civil presenta principios y regulaciones que lo tornan inadecuado para adquirir la verdad objetiva de los hechos<sup>184</sup>. Este no es sino el gran argumento que justificó el surgimiento de la teoría que distinguió entre verdad real y verdad formal.

De esta manera, todos los actores que intervienen en el proceso se ven enfrentados a una serie de limitaciones para llevar a cabo actuaciones que permitan al juez obtener una versión verídica de los hechos, a saber: a) estableciendo plazos rígidos u oportunidades únicas e irrepetibles para el desarrollo de los actos procesales, especialmente en lo que respecta a la etapa probatoria; b) los controles en materia de admisibilidad de prueba, que limitan el ingreso al proceso de pruebas que podrían aportar antecedentes para el esclarecimiento de los hechos; c) la subsistencia de normas de prueba tasada que establecen el valor que el juez debe asignarle a cierto tipo de pruebas, sin considerar su nivel de convencimiento en relación con ellas; y d) las existencia de instituciones como la cosa juzgada, que impide la revisión de las decisiones judiciales una vez agotados ciertos plazos o instancias.

A lo anterior, debemos agregar que en el proceso civil tienen plena vigencia los principios dispositivos y de aportación de parte. Esto deja al juez a merced de las versiones fácticas de las partes, no teniendo ninguna posibilidad de construir un relato alternativo y propio. Así, el sentenciador es un mero verificador de las historias relatadas por los litigantes, no un investigador de lo que realmente sucedió, lo que sin duda puede obligarlo a contrastar versiones de los hechos que no tengan ninguna relación con la realidad, siendo fruto de la imaginación de las partes o de sus abogados. Pero además de ello, el juez deberá valerse de las pruebas que hayan sido allegadas al proceso por iniciativa y actividad de las partes, dejándosele en esta materia un margen de acción bastante residual<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit, p. 48.

<sup>185</sup> MONTERO AROCA, Juan, *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, en AAVV, *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011, p. 170. Asimismo: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, cit., p. 223, nota 5.

Es por esas razones que se sostiene que el proceso civil puede ambicionar una verdad solamente jurídica o formal. Y es más, aunque con todo igualmente se pretendiera alcanzar una verdad sustantiva, el sistema no cuenta con lo necesario para determinar si ésta se ha logrado<sup>186</sup>.

### **3. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO CIVIL Y LA PRUEBA**

Es menester comenzar señalando que los principios del procedimiento son aquellas directrices, criterios o lineamientos generales que el legislador debe considerar al momento de decidir cómo se van a articular cada uno de los diferentes tipos de procesos. Usualmente ellos aparecen expuestos en forma de binomios contrapuestos, de modo que el ordenamiento procesal deberá optar por una de las dos opciones que en cada caso se presentan. Su utilidad tiene relación con que sirven para determinar la forma en que se deben practicar las distintas actuaciones procesales de los intervinientes, ya sea, cuando el legislador señale expresamente cómo debe llevarse a cabo un acto procesal determinado, como también en caso de silencio de la ley, siendo empleados para colmar este vacío y orientar la correcta aplicación e interpretación de la legislación procesal.

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya optado por la vigencia de un principio en un procedimiento determinado, no implica necesariamente que se impida la vigencia del lineamiento opuesto, ya que, rara vez estos se manifiestan en forma absoluta, de manera que para determinar si en un procedimiento específico rige o no cierto principio, habrá que atender, más que a un criterio de exclusividad, al de prevalencia.

En este escenario, y sin perjuicio de que DEVIS<sup>187</sup> ha identificado más de una veintena, los principios del procedimiento que tienen un impacto más marcado en relación con la prueba son los de oralidad, concentración, publicidad e inmediación, todos los que se tratarán en las páginas que siguen.

---

<sup>186</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 17.

<sup>187</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., pp. 107 y ss.

## A) Principio de oralidad

Por él se hace referencia a aquella directriz que indica que los actos procesales deben llevarse a cabo en forma oral, de viva voz, durante el desarrollo de audiencias o vistas, de modo que la cantidad de piezas escritas se limite a lo estrictamente indispensable<sup>188</sup>. Así, en lo que a la prueba concierne, con la vigencia del principio de oralidad se busca que todas las actuaciones que se vinculan con la proposición, admisión y especialmente la práctica de la prueba se efectúen de manera oral, tanto por las partes como por el tribunal.

La oralidad predominó en el derecho romano clásico y en el germánico hasta el siglo XII<sup>189</sup>. Posteriormente, el proceso escrito comenzó a abrirse paso en el proceso justinianeo y alcanzó el dominio con su adopción por el derecho romano-canónico<sup>190</sup>, hasta que la Decretal del Papa Inocencio III del año 1215 estableció el triunfo de la escritura en toda Europa. Ella dispuso que en el proceso ítalo-canónico debían levantarse actas que dejaran constancia de todas las actuaciones, práctica que con el paso del tiempo se llevó al extremo, eliminándose por completo la oralidad y señalándose que solo tenía valor aquello que constaba por escrito en el expediente (*quod non est in actis non est in mundo*)<sup>191</sup>. Se estimaba que el juez debía juzgar solamente en base a las piezas escritas del proceso, prohibiéndosele entrar en contacto directo con las partes, testigos y peritos. De esta forma, como apunta CAPPELLETTI, la escritura era considerada “*casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad*”<sup>192</sup>, de modo que para evitar cualquier riesgo, era preferible que la prueba fuera recibida por otros funcionarios.

Dicho predominio duró hasta finales del siglo XIX, cuando se inició un movimiento a favor de la oralidad, con mayor fuerza en el proceso penal, pero que más tarde también fue recepcionado por las legislaciones civiles. Esta corriente se materializó en los códigos napoleónicos de procedimiento civil y de instrucción

---

<sup>188</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 163.

<sup>189</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de Postguerra*, en Ensayos de derecho procesal civil, Vol. II, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, pp. 247 y ss. También ver: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 47.

<sup>190</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, p. 142.

<sup>191</sup> VÁSQUEZ SOTELLO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, cit., p. 639. También: NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, en Justicia, N° 1-2, 2007, pp. 105 y ss.

<sup>192</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*, Buenos Aires, 1973, p. 49.

criminal (*Code de procédure civile* de 1806 y *Code d'instruction criminelle* de 1808), el Código de procedimiento civil de Hannover de 1850, la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) alemana de 1877 y la ZPO austríaca de 1895<sup>193</sup>. Las banderas de la oralidad fueron tomadas por CHIOVENDA<sup>194</sup>, quien fascinado por sus ventajas, se transformó en un referente obligado en este tema e influyó en la doctrina italiana, española y latinoamericana. Sin embargo, las deficiencias de la oralidad fueron reconocidas al poco tiempo en Alemania, ya que el procedimiento estrictamente oral dispuesto en 1877 tuvo que ser atenuado en 1909 y 1924<sup>195</sup>.

En cuanto al ordenamiento español, algunos atisbos de oralidad pueden ser encontrados en la LEC de 1881, especialmente en lo que respecta al juicio de menor cuantía, pero la victoria expresa y definitiva de este principio se produjo con la entrada en vigencia de la LEC de 2000, en la que es posible detectar la presencia de la oralidad en una serie de disposiciones dispersas (arts. 138, 302, 368, 414, 431, 433, entre otras), normas con las que se hizo eco de lo previsto por el propio texto de la CE (art. 120.2).

#### **a) Características de la oralidad**

Actualmente es casi imposible encontrar un proceso que se desarrolle totalmente en forma oral, ya que en todos los procedimientos se pueden detectar manifestaciones de la escritura. Por ende, como se indicaba más arriba, el proceso podrá ser calificado de oral cuando sea ésta la manera en que predominantemente se lleven a cabo las actuaciones que lo componen<sup>196</sup>. Sin perjuicio de ello, se ha sostenido que una nota característica de la vigencia de la oralidad en el procedimiento es que éste se desarrolle mediante audiencias, pues ineludiblemente en esas oportunidades la comunicación entre

---

<sup>193</sup> BERZOSA FRANCOS, María Victoria, *Principios del proceso*, cit., p. 610. También: MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. I, cit., pp. 294 y 295.

<sup>194</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Española, los poderes del juez y la oralidad*, en *Proceso (civil y penal) y garantía: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, 2006, pp. 45 y ss. Es así, como CHIOVENDA sostuvo que la experiencia derivada de la historia permite sostener que el proceso oral es el mejor, pues permite alcanzar la justicia de forma más económica, simple y pronta, CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 132.

<sup>195</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, cit., p. 109.

<sup>196</sup> Como indica CHIOVENDA, hoy todo proceso es mixto, pues la vigencia de la oralidad no implica desechar o prohibir la realización de actos escritos durante el proceso, CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., p. 159. En el mismo sentido: MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. I, cit., p. 294; VÁSQUEZ SOTELO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, cit., p. 639.

el juez, las partes, testigos y peritos se hace de forma oral<sup>197</sup>. No obstante, otro autor pone el acento en la forma en que se practican las pruebas, de modo que el proceso podrá ser considerado oral solo cuando su fase probatoria transcurra oralmente<sup>198</sup>.

Ahora, si hacemos un ejercicio comparativo entre la escritura y la oralidad, es evidente que esta permite una comunicación de mejor calidad entre quienes intervienen en el proceso. No solo porque generalmente la oralidad viene acompañada de otros principios que ayudan a realzar sus beneficios, sino porque como se ha sostenido, “*el medio más eficaz para la unión del hombre con el hombre es el sonido*”<sup>199</sup>. La fluidez y prontitud con que se desarrolla la comunicación oral necesariamente redundan en la tramitación de un juicio en que se ahorre tiempo y dinero. Además, frente a la palabra escrita, la expresión oral permite una mayor claridad y riqueza, pues va acompañada de una serie de elementos que habilitan para transmitir y recepcionar de mejor manera el mensaje que se quiere entregar, como el tono de voz, la fuerza expresiva, la prontitud de respuesta, etc., algo que, como analizaremos más adelante, ha motivado a un sector de la doctrina a proclamar que todos estos datos pueden ser de gran utilidad a la hora de valorar la información y llevar a cabo una reconstrucción más certera de los hechos analizados. De hecho, ha sido tal la fascinación por la oralidad en relación con esta materia, que se ha llegado a sostener que ella provee al juez de las condiciones óptimas para apreciar la sinceridad o credibilidad de los dichos de un declarante<sup>200</sup>.

Sin embargo, no todos son beneficios con la oralidad. Si bien son innegables las ventajas que genera el contacto cara a cara de los sujetos procesales, la vigencia efectiva de este principio demanda ciertas condiciones que en la práctica son difíciles de cumplir<sup>201</sup>. En efecto, ellas van desde una mayor exigencia de preparación, diligencia y capacidad de los intervinientes<sup>202</sup>, hasta la necesidad de mantener la identidad de la persona física del sentenciador, ya que si se produce un cambio de juez mientras se

---

<sup>197</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 175 y 176.

<sup>198</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 58.

<sup>199</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y proceso*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1981, p. 241.

<sup>200</sup> EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, cit., p. 67. La oralidad debe observarse a toda costa en materia de prueba de declaración de personas, como medio eficaz para la averiguación de la verdad de los hechos, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 123.

<sup>201</sup> Tal como lo sostiene el profesor PRIETO-CASTRO, “*la oralidad exige una labor individual e individualizada, una atención constante, una dirección más eficaz, y, sobre todo, compenetración con el negocio, desde su principio hasta el final, por parte de todos cuantos intervienen sean jueces, sean defensores*”, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Precisiones sobre escritura y oralidad en el derecho procesal español*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, p. 77.

<sup>202</sup> EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, cit., p. 68.

tramita el proceso, solo es posible traspasar a través de escritos el conocimiento de los actos ya desarrollados, lo que hace desaparecer la oralidad<sup>203</sup>.

Además de lo anterior, debe señalarse que dado que la estructura del proceso oral consiste en la realización de dos audiencias que concentran principalmente el desarrollo de los actos probatorios, se torna indispensable que dichas audiencias se lleven a cabo de forma óptima, y para ello se requiere tiempo y recursos económicos y humanos, bienes que rara vez se presentan de forma suficiente en los distintos sistemas de Administración de Justicia. El tiempo es crucial para escuchar debidamente las alegaciones de las partes y respetar su derecho de defensa; para oír cabalmente la declaración de testigos y peritos, a fin de obtener todos los datos que ellos puedan aportar en beneficio de la verificación fáctica; y en definitiva, para que el tribunal pueda resolver razonada y fundadamente cada una de las cuestiones que se van presentando en el desarrollo del proceso y que requieren de su decisión, de modo que la sentencia del caso sea producto de un ejercicio racional suficientemente motivado. Ahora bien, la única forma de generar este tiempo es contando con dotaciones suficientes de personal e instalaciones que permitan hacerle frente a la demanda social, lo que implica ingentes inversiones de dinero que los Estados muchas veces no están en condiciones de afrontar. Ante la carencia de estas condiciones, los beneficios que en teoría pueden predicarse del sistema oral terminan por convertirse en una serie de malas prácticas, que se traducen en desorden, improvisación, superficialidad en el análisis de los asuntos, enormes tiempos de espera para la realización de las audiencias, subjetividades y resoluciones judiciales de baja calidad<sup>204</sup>.

Sin embargo, los problemas que se generan respecto a la relación oralidad-tiempo no solo se producen por la falta de este último, sino que debe tenerse presente que también resulta lesivo para los fines del proceso el empleo de tiempo excesivo en el desarrollo de las audiencias, ya que querámoslo o no, las cuestiones que se tratan en ellas requieren niveles de paciencia y atención que no son fáciles de mantener, por lo que la prolongación excesiva de la duración de las vistas provoca tedio a los asistentes desorden en las ideas<sup>205</sup>. En efecto, una situación de este tipo puede impactar negativamente sobre la calidad de las declaraciones personales, pues solo cuando los

---

<sup>203</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de Postguerra*, cit., p. 255.

<sup>204</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, 1947, p. 88. Asimismo: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, cit., p. 272; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. I, cit., p. 222.

<sup>205</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, cit., p. 104.



deponentes y entrevistadores (abogados y juez) tengan la frescura mental para mantener un alto nivel de concentración durante todo el desarrollo de la diligencia podrá conseguirse la práctica de un relato que contenga todos los datos del hecho que son recordados por el declarante así como los elementos que permitan determinar correctamente su nivel de veracidad y exactitud.

### **b) Oralidad y los demás principios del procedimiento**

Los autores han considerado a la oralidad como un elemento integrante de un grupo de principios que se presentan siempre en forma conjunta y se necesitan unos a otros para obtener la plena vigencia de cada uno de ellos por separado. Una especie de *uno para todos y todos para uno* en materia de principios. Por ende, la oralidad no solo va de la mano de la inmediación, concentración y publicidad durante el desarrollo de todo el proceso, sino que estos son considerados como garantías de la plena efectividad del principio de oralidad<sup>206</sup>. En el fondo, se estima que la implementación de la oralidad necesariamente trae consigo a estos principios-consecuencia de ella. Así, como se ha señalado, el proceso oral se tiende a estructurar en base a audiencias, actos que por cierto son concentrados, en el sentido de poder realizar el mayor número de actos procesales en esa instancia y con el menor desgaste posible de recursos. Además, en estas audiencias necesariamente se produce un contacto directo e inmediato entre las partes, el juez y las pruebas, y a estos actos, salvo en las circunstancias de excepción que señala la ley, se permite el ingreso de cualquier persona, con lo que se cumple con el principio de publicidad.

De esta manera, en términos generales se considera que la opción por la oralidad no solo implica implementar este concreto principio en el procedimiento, sino que conlleva necesariamente el resto de los mencionados. Sin embargo, no todos están de acuerdo con esta conclusión, pues NIEVA ha sostenido que la oralidad no siempre genera publicidad, concentración e inmediación, debido a que el proceso oral puede resultar secreto *de iure* (si las audiencias son a puertas cerradas) o *de facto* (si nadie acude como espectador a las audiencias o quien lo hace no entiende nada de su

---

<sup>206</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 132. También: CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., 1940, p. 164; HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, Granada, 2006, p. 9; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. I, cit., p. 299; PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de oralidad en el proceso civil español*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. I, Valencia, 2008, p. 363.

desarrollo), ser disperso (si el proceso toma varias audiencias que no se pueden realizar en días consecutivos) y carecer de inmediación (si el juez no está totalmente atento a todo su desarrollo o si a la hora de dictar sentencia no repasa la grabación de la vista para corroborar algún detalle, suponiendo que exista dicha grabación)<sup>207</sup>.

## **B) Principio de concentración o unidad de acto**

El principio de concentración implica que todas las actuaciones del proceso se lleven a cabo en un único acto de forma continuada -es decir, mediante la celebración de una audiencia-, o al menos, en el menor número de actuaciones que sean temporalmente lo más próximas posible<sup>208</sup>. Con esto, se busca que los actos se efectúen de forma continuada, libre de interrupciones e interferencias que dilaten o disipen la visión del conjunto.

Se ha indicado que este principio ejerce su mayor influjo en la realización de la actividad probatoria<sup>209</sup>, pues su objetivo es que todos los medios de prueba se practiquen en unidad de acto (art. 290 LEC), esto es, en la realización de la audiencia de juicio -para el caso del procedimiento ordinario- o durante el desarrollo de la vista del juicio verbal. Por ello, se han establecido medidas para asegurar que a dichas audiencias asistan las personas que deben intervenir directamente en la práctica de las pruebas, como fuentes del material fáctico o de conocimientos especializados. De esta manera, para los efectos del interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos, las personas citadas, según sea el caso, deberán comparecer en el juicio o vista que se desarrollará en la sede del juzgado o tribunal que esté conociendo el asunto, cualquiera sea la ubicación del domicilio de esas personas, el día y hora señalados para tal efecto, y de no hacerlo, sin previa excusa, serán sancionados con una multa de ciento ochenta a seiscientos euros (arts. 169.4 y 292 LEC). No obstante, como todos, este principio no tiene una aplicación absoluta dentro del procedimiento civil, pues se le han establecido una serie de reservas. Estas excepciones permiten que la práctica de ciertas pruebas se pueda llevar a cabo en una oportunidad

---

<sup>207</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, cit., p. 105.

<sup>208</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, cit., p. 284. También: BERZOSA FRANCO, María Victoria, *Principios del proceso*, cit., p. 614; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 163.

<sup>209</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 123.

diversa al juicio o vista, o incluso, que su rendición tenga lugar ante un tribunal diverso de aquél ante el que se sustancia el proceso, a saber:

- Se establece la posibilidad de que el tribunal disponga, mediante providencia, que determinadas pruebas propuestas sean practicadas en un momento distinto al acto de juicio o vista, pero en todo caso, siempre antes que éste tenga lugar (art. 290 LEC);

- Se podrán realizar actuaciones en un lugar distinto a las dependencias del tribunal, pero dentro de su circunscripción, como podría ser la toma de declaración domiciliaria a un testigo o parte;

- Se prevé la posibilidad de realizar diligencias fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto, o inclusive fuera del término municipal en que tenga su sede, mediante el auxilio prestado por otro tribunal (arts. 169 y 429.5 II LEC); y,

- También se ha previsto poder solicitar auxilio judicial a tribunales extranjeros, para lo que deberá estarse a lo establecido por las normas comunitarias, los tratados internacionales, y en su defecto, por la legislación interna aplicable (art. 177 LEC).

Ahora, sin perjuicio de estas excepciones, es menester recalcar que la vigencia del principio de concentración juega un papel esencial para conseguir que los procesos se tramiten con la mayor celeridad posible, ahorrando tiempo y recursos económicos. Además, la concentración colabora en el mantenimiento de la identidad física de la persona del juez que conoce todo el proceso y, dado que se genera una proximidad temporal de las distintas actuaciones procesales, coopera para que el contenido de las alegaciones y solicitudes de las partes, así como el resultado de las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria del juez al momento de dictar sentencia<sup>210</sup>.

### **C) Principio de publicidad**

COUTURE ha indicado que la vigencia del principio de publicidad es propia de procesos que tienen lugar bajo regímenes de gobierno republicanos y democráticos, constituyendo la mejor herramienta de fiscalización y control social de la justicia, de la operativa del sistema y del accionar de quienes participan en él, lo que de paso aumenta la confianza que la opinión pública pueda tener respecto del aparato jurisdiccional<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> EISNER, Isidoro, *La inmediación en el proceso*, cit., p. 72. También: HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 11; MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 178.

<sup>211</sup> Esto llevó a COUTURE a sostener que mediante la publicidad “*el pueblo es juez de los jueces*”, COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 158. También ver: PEDRAZ

El hecho de que este principio se encuentre en vigor implica la posibilidad cierta de que toda persona ajena a los intervinientes de un proceso pueda tomar conocimiento de su desarrollo, ya sea a través de los medios de comunicación, o acudiendo personalmente a las dependencias del tribunal para recabar antecedentes del proceso o asistir a las audiencias que en él se lleven a cabo, presenciando las alegaciones, la presentación de las pruebas y el pronunciamiento de las resoluciones. Si bien DE LA OLIVA<sup>212</sup> ha señalado que es posible detectar que este principio se manifiesta en dos niveles, existiendo una publicidad interna (destinada a permitir a las partes e intervinientes el acceso a las actuaciones judiciales) y una externa (en relación con los terceros en general), debe entenderse que esta directriz se orienta esencialmente en el sentido de que la administración de justicia se lleve a cabo ante los ojos de la sociedad, permitiéndose que todas las personas ajenas al proceso puedan conocer sus antecedentes y desarrollo, de modo que la vertiente interna mencionada es una cuestión que más bien viene tutelada por el principio de audiencia bilateral o contradicción, que busca impedir situaciones de indefensión en que los procesos se sustancien de espaldas de alguno de sus intervinientes<sup>213</sup>.

La publicidad se ha consagrado jurídicamente tanto a nivel nacional como internacional. De esta manera, a nivel supranacional, distintos instrumentos contemplan el derecho de toda persona a ser oída *públicamente* por un tribunal independiente e imparcial ante cualquier acusación penal o para la determinación de sus derechos y obligaciones civiles, disposición que es posible encontrar, en términos más o menos similares, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 10), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.1) y en el Pacto Internacional de

---

PENALVA, Ernesto, *Notas sobre la publicidad y proceso*, en Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Valencia, 1990, p. 417; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 124; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales*, en Revista de derecho procesal iberoamericana, N° 2-3, 1972, p. 525. En esta línea de razonamiento, BENTHAM plantea que la publicidad permite evitar posibles arbitrariedades del sentenciador y, al mismo tiempo, colabora con la justicia de su decisión: “un juez, ante una audiencia numerosa, se atreverá menos a dejarse llevar por su impaciencia, por su humor, por ese despotismo de conducta que intimida a abogados y testigos, por esas diferencias de consideración, halagüeñas para unos y humillantes para otros. Se conducirá, ante los ojos del público con una dignidad sin altivez y mantendrá un sistema de igualdad sin bajeza. Pero cualquiera que sea el efecto de la publicidad sobre la parte externa del juez, ha de ser saludable para la justicia de sus decisiones”, BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 115.

<sup>212</sup> DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de derecho procesal civil* (con Andrés, Díez-Picazo Giménez, Ignacio y Vegas Torres, Jaime), Vol. 1, Madrid, 2012, p. 223.

<sup>213</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 186. En el mismo sentido: BERZOSA FRANCO, María Victoria, *Principios del proceso*, cit., p. 615; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad en el proceso*, en Temas del ordenamiento procesal, Tomo I, Madrid, 1969, pp. 571 y ss.

Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14.1). Por su parte, en lo que respecta al ordenamiento interno español, hay que mencionar que en el texto de la Carta Fundamental se ha considerado que este principio forma parte integrante del derecho a un debido proceso, ya que ha sido recogido expresamente tanto por el artículo 24.2, donde se señala que todas las personas tienen derecho a un proceso *público* sin dilaciones indebidas, como por el 120.1, que en lo referente a la regulación del Poder Judicial establece que “[l]as actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”. A su turno, la LEC también se ha encargado de realizar algunas regulaciones procedimentales en relación con la publicidad, especialmente en su artículo 138.1, donde se dispone que: “Las actuaciones de prueba, las vistas y las comparencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución se practicarán en audiencia pública”<sup>214</sup>.

Sin perjuicio de la normativa antes citada, el ordenamiento jurídico ha estimado que no es posible llevar la publicidad hasta el límite, sino que ella debe ser tratada con prudencia, evitándose el escándalo, la violación del derecho a la intimidad y/o la indebida vejación de partes y testigos<sup>215</sup>. Por ello, el artículo 138.2 LEC se encarga de establecer restricciones a la aplicación de este principio, permitiendo que las actuaciones de prueba, las vistas y comparencias se celebren a puerta cerrada cuando esto resulte “necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”. Claro está, estas limitaciones están en la línea de lo previsto en los instrumentos internacionales a los que se ha hecho mención *supra*, por lo que deben interpretarse y aplicarse restrictivamente. Así, en las oportunidades en que sea necesario ordenar el secreto del proceso, el tribunal deberá oír a las partes presentes y proceder al pronunciamiento de una resolución judicial que debe justificarse y motivarse en forma razonada y suficiente, a fin de que sea posible controlar su oportunidad y proporcionalidad<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Disposición a la que debemos agregar lo previsto por los artículos 229.2 y 289.1 del mismo cuerpo legal y el artículo 232.1 de la LOPJ.

<sup>215</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 159.

<sup>216</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Notas sobre la publicidad y proceso*, cit., p. 416.

En relación con la prueba judicial, la publicidad se presenta como consecuencia de la contradicción e igualdad de oportunidades que debe darse respecto a todo el material probatorio. En este sentido, este principio permite que las partes conozcan las pruebas que han sido propuestas por la contraria u ordenadas de oficio por el tribunal, así como también, tomar parte en su práctica, objetarla y discutir su valor probatorio. Por su parte, desde la perspectiva del público, la vigencia de la publicidad permite a los terceros interesados tener conocimiento directo de las evidencias que se hagan valer en juicio, observar las declaraciones, ver las fotografías y el material audiovisual, presenciar las cuestiones que se susciten en torno a su procedencia y veracidad, y en definitiva, conocer el razonamiento que el tribunal manifieste en relación con esta prueba y las conclusiones que gracias a ella ha construido y que le sirven para fundar su sentencia, cumpliendo de esta forma con lo que se ha denominado el “*carácter social del convencimiento judicial*”<sup>217</sup>. En resumen, el principio de publicidad dota de transparencia al componente probatorio del juicio jurisdiccional, sometiéndolo, de paso, a un mayor y mejor escrutinio público.

Ahora bien, no todos los juristas están de acuerdo en que la implementación del principio de publicidad traiga consigo tantos beneficios como los que se han mencionado, pues se ha sostenido que la especialización y complejidad de la ley hace que el control social, que se generaría respecto a la administración de justicia a partir de esta doctrina de puertas abiertas, parezca hoy cada vez más lejano y dificultoso para el ciudadano promedio no letrado, que no está en condiciones de comprender el lenguaje y los distintos ritos que van teniendo lugar en cada una de las audiencias. En el fondo, al otorgar a todas las personas la posibilidad de asistir a las audiencias y observar a sus intervinientes y formalidades, se busca que el público vea cómo se materializa la justicia, pero solamente una versión simbólica de ella, que no dice relación con el contenido de fondo de la controversia. Por ello PEDRAZ indica que la supervigilancia social concebida a partir de la publicidad, ha degenerado en un mero control del “*espectáculo (show) judicial*”<sup>218</sup>.

---

<sup>217</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, cit., p. 121. En igual sentido: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 117.

<sup>218</sup> PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Notas sobre la publicidad y proceso*, cit., p. 420. También: TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 120.

## D) Principio de inmediación

La inmediación es una exigencia que, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina, brota como indefectible consecuencia del establecimiento del procedimiento oral, pues la implementación más razonable del principio de oralidad requiere del contacto inmediato entre el juez, las partes y, particularmente, los medios probatorios que se hagan valer<sup>219</sup>. Con la vigencia este principio se pretende, en palabras de CARNELUTTI<sup>220</sup>, acortar las distancias que originalmente separan a los intervinientes del proceso, de modo que sea posible la existencia de una comunicación directa entre ellos. Este contacto se produce gracias a que la estructura del procedimiento en que se encuentre vigente el principio de oralidad, y por ende también el de inmediación, tiene como pilar fundamental el desarrollo de ciertas audiencias, y son precisamente estas instancias las que permiten que el juez se vincule sin intermediarios con todos los intervinientes, recibiendo de primera fuente, sin “*la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas*”<sup>221</sup>, la información concerniente al caso, las alegaciones y peticiones de las partes, y por supuesto, el contenido de todas y cada una de las pruebas que se incorporen válidamente al proceso, conociendo de forma detallada, profunda y de primera fuente los materiales que dan forma al litigio que debe resolver<sup>222</sup>.

Además, este principio también se encuentra en estrecha relación con la concentración de las actuaciones judiciales. En este sentido, la inmediación necesariamente debe ir acompañada de la concentración que permita resolver el caso sobre la marcha o en un lapso muy breve una vez que se haya declarado terminada la

---

<sup>219</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 182. Asimismo: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, en *Revista jueces para la democracia*, N° 46, 2003, p. 57; HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 8; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El nombre de la "inmediación" en vano*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2003, p. 1726. Por eso, se ha sostenido que oralidad e inmediación forman parte de un *conjunto inescindible*, MONTERO AROCA, Juan, *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, cit., p. 303. Una opinión contraria manifiesta NIEVA al sostener que la inmediación no es patrimonio exclusivo del procedimiento oral, ni principio-consecuencia de ella. De esa forma, destaca que es posible concebir un proceso oral en que la inmediación no esté presente, como a la inversa, uno escrito en que sí lo haga, NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, cit., p. 120.

<sup>220</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y proceso*, cit., p. 174.

<sup>221</sup> FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, cit., p. 108.

<sup>222</sup> EISNER, Isidoro, *La inmediación en el proceso*, cit., p. 7.

etapa de práctica de las pruebas<sup>223</sup>, esto debido a que las exigencias que plantea este principio llevan a que la valoración de la prueba y el pronunciamiento del fallo se realicen lo más pronto posible una vez concluida la audiencia del juicio, ya que esta es la única forma en que la inmediación podrá producir todos sus efectos beneficiosos para el proceso, lo que ha llevado a que GIMENO SENDRA sostenga que “*la inmediación es enemiga de la dilación*”<sup>224</sup>.

#### **a) Contenido esencial del principio de inmediación**

De lo hasta aquí expuesto, es posible establecer que, como mínimo, el principio de inmediación siempre exige una comunicación directa y personal entre los distintos intervinientes y los materiales del proceso. Esto constituye el núcleo duro de la inmediación. Sin embargo, la doctrina y la legislación han estimado que si bien en ciertas situaciones basta con asegurar una relación directa de las partes con el juez, en otras, es preciso que la persona que desempeña el papel de juzgador sea la misma durante toda la sustanciación del proceso. Desde esa perspectiva, ciertos autores se han pronunciado en el sentido de entender que este principio se manifiesta con dos distintas intensidades en el proceso: una amplia y otra estricta.

En su alcance amplio, la inmediación reclama que las actuaciones procesales sean desarrolladas en presencia judicial, de modo que basta con que, por ejemplo, los testigos presten declaración ante el juez para que este principio se entienda cumplido. En este sentido, la presencia del juzgador tendría como objetivo garantizar la corrección formal del proceso, como asimismo velar por el debido respeto de los derechos de los litigantes.

Por su parte, en su sentido más estricto, el principio de inmediación demanda que la sentencia sea dictada por el mismo juez o colegio que ha presenciado la práctica de las pruebas, ya que el contacto directo que ha tenido con este material le ubica en una situación idónea para fallar el caso<sup>225</sup>. En este sentido, MONTERO ha señalado que la inmediación solo existe si quien dicta la sentencia ha estado presente en la práctica de la

---

<sup>223</sup> “[L]a inmediación sin la concentración no sirve más que para lavar las apariencias”, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 145. En el mismo sentido: EISNER, Isidoro, *La inmediación en el proceso*, cit., p. 172.

<sup>224</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 50.

<sup>225</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 93. Asimismo: HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 4.



prueba y ha formado su convicción con lo visto y oído<sup>226</sup>. Sin embargo, la exigencia de la identidad física del sentenciador no solo se ha limitado a los momentos de práctica probatoria y pronunciamiento de la sentencia, pues se ha afirmado que también es deseable que esta identidad se mantenga durante todo el proceso, ya que, esto permite que el juez se forme una idea lo más certera posible acerca de los aspectos del conflicto y con ello pueda valorar de mejor manera el contenido y la veracidad del acervo probatorio<sup>227</sup>. El mismo juzgador ha de intervenir en forma permanente desde el comienzo de la causa hasta que se dicte la sentencia, pues en el instante en que se produce un cambio de juez, todos los actos que se llevaron a cabo de forma oral pasan a ser escritos para el reemplazante y las actuaciones realizadas con intermediación pierden dicho carácter, con lo que se priva al proceso de todos los efectos positivos de este principio<sup>228</sup>. Por lo tanto, hay que entender que lo más sensato para obtener una sentencia razonada y motivada, es que todo procedimiento recoja la versión estricta del principio de intermediación, siempre que ello no signifique llevarlo hasta un extremo tal que obstaculice o retarde en demasía la sustanciación del proceso.

Ahora bien, este principio también exige que el juez adquiera un rol activo en cada una de las actuaciones a fin de recabar toda la información que le sea útil para resolver adecuadamente el litigio, actividad que, de hecho, constituye la única forma en que verdaderamente se debe ejercer la intermediación. Lo que se pretende es aprovechar la presencia física del sentenciador para que este solicite a las partes información complementaria o aclaratoria en relación con las posiciones que mantienen en el pleito, y especialmente, en cuanto a las pruebas presentadas, formulando preguntas a las partes, testigos y peritos durante su declaración. Así, el juez debe pasar desde una posición pasiva en el desarrollo de las actuaciones procesales, a un rol más activo o interactivo, ejerciendo la dirección del debate probatorio y participando diligentemente en la

---

<sup>226</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. I, cit., p. 296. En sentido similar: DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel, *Consideraciones relativas al principio de intermediación en la LEC/2000*, en Revista del poder judicial, N° 65, 2002, p. 180.

<sup>227</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., pp. 162 y 163. También ver: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, cit., p. 285; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. I, cit., p. 221; NIEVA FENOLL, Jordi, *Los problemas de la oralidad*, cit., p. 121; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 377; PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de oralidad en el proceso civil español*, cit., 2008, p. 363; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, cit., p. 563. En esta perspectiva se ha indicado que de nada sirve obligar a los jueces estar presente en la práctica de la prueba si después no es la misma persona la que ha de dictar sentencia en primera instancia. Lo consignado en el acta no es suficiente para fallar, pues esto será solo un pálido y escuálido remedo de todo lo acontecido en las actuaciones orales, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Inmediación y estabilidad judicial*, en Revista jurídica de Catalunya, 1987, p. 771.

<sup>228</sup> EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, cit., p. 34.

práctica de estos actos<sup>229</sup>. Ello es, en definitiva, lo que permite que el tribunal pueda controlar todos los aspectos y las etapas por las que atraviesa el material probatorio en el proceso<sup>230</sup>.

## **b) La intermediación en la Ley de Enjuiciamiento Civil**

De la simple lectura de la exposición de motivos de la LEC así como de su articulado, se desprende que el legislador procesal civil ha optado por resguardar tanto el sentido amplio como el estricto de la intermediación. Es así como establece algunas normas que buscan garantizar la presencia judicial durante el desarrollo de ciertas actuaciones procesales, como asimismo prevé una regulación destinada a mantener la identidad física del sentenciador durante todo el proceso.

En lo que tiene relación con asegurar la presencia judicial, debe mencionarse la reglamentación contenida en los artículos 137.1 y 289.2 LEC. Estas normas disponen que el juez o los magistrados del tribunal que esté conociendo de un asunto deberán presenciar todos los actos que vinculados con las declaraciones de las partes, testigos y peritos, como asimismo se les exige participar en los reconocimientos de lugares, objetos o personas y asistir a las reproducciones de palabras, sonidos, imágenes, cifras o datos. Además, esa misma presencia se requiere cada vez que se lleven a cabo vistas y comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución (art. 137.2 LEC).

Dada la importancia que se le ha reconocido a la asistencia judicial en los actos indicados, el legislador ha decidido imponer la máxima sanción procesal a aquellos que sean realizados en contravención a la normativa reseñada, ya que, como señala el artículo 137.4 LEC, el no cumplimiento de esta exigencia trae aparejada la nulidad de pleno derecho de la actuación respectiva.

A su turno, el procedimiento civil también se ha encargado de garantizar que los jueces y magistrados que integran el tribunal sean los mismos que participan de la vista o juicio y posteriormente proceden a dictar la resolución del caso. Así, el artículo 194

---

<sup>229</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de intermediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008, p. 324. También: PARRA QUIJANO, Jairo, *La prueba entre la oralidad y la escritura*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. I, Valencia, 2008, p. 343.

<sup>230</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 120.

LEC dispone, respecto a los tribunales unipersonales, que el juez que debe redactar y firmar la resolución es aquel que asistió a la vista o juicio, obligación que mantendrá aunque después de dicha audiencia hubiera dejado de ejercer sus funciones en el tribunal que conoce del asunto. Sin embargo, este deber caducará cuando el juez haya cesado en sus funciones por haber perdido su calidad de tal -salvo en los casos previstos por el art. 194.2 LEC-, haber sido suspendido de sus funciones, haber accedido a un cargo público o profesión incompatible o pasado a la situación de excedencia voluntaria para presentarse como candidato a cargos de elección popular. Lo anterior se aplica también para los magistrados de los tribunales colegiados, aunque la coincidencia que se exige respecto a ellos debe darse en la asistencia a la audiencia de juicio o vista y la deliberación y votación para arribar a la sentencia.

Cuando el juez del tribunal unipersonal que hubiere asistido a la vista se viere imposibilitado de dictar la resolución, será preciso llevar a cabo una nueva vista, presidida por un juez que reemplace al anterior (art. 200.1 LEC). Lo mismo se establece para el caso que uno de los magistrados de un tribunal colegiado se encuentre impedido de votar, a menos que la suma de los votos de los magistrados restantes fuere suficiente para formar mayoría (art. 199.2 LEC).

### **c) Excepciones a la aplicación del principio de inmediación**

Tal como ocurre con los otros principios del procedimiento que se han analizado en este trabajo, la decisión del legislador no ha sido la de instaurar el principio de inmediación y llevarlo hasta sus últimas consecuencias, sino que, reconociendo ciertas situaciones de orden práctico que afectan la sustanciación de los procesos, ha establecido una serie de excepciones a la aplicación del mismo. Sin embargo, como apunta HERRERA ABIÁN, los casos en que se permite dejar sin efecto la vigencia de la inmediación solo tienen relación con lo que se refiere a la identidad física del juez que participa en la práctica de la prueba y aquél que dicta la sentencia. Expuesto al revés, no existe ninguna posibilidad de que se afecte el núcleo duro de este principio y se produzca la ausencia del juez en los actos procesales que señala la ley, de modo que ésta constituye una garantía de carácter absoluto. La mencionada autora se muestra de acuerdo con esta distinción, pues entiende que es más grave que se produzca la ausencia del juez en los casos en que expresamente su asistencia viene exigida por el

ordenamiento, que el cambio de juez entre la recepción de la prueba y la sentencia<sup>231</sup>. De esta manera, las excepciones al principio de inmediación que han sido previstas por la legislación procesal pueden manifestarse en las siguientes situaciones:

- Acumulación de procesos (art. 74 LEC). Mediante esta se busca tramitar dos o más procesos a través de la sustanciación de un solo procedimiento, de modo que todos ellos terminen en una misma sentencia. Con esto se persigue evitar la realización de actuaciones procesales innecesarias, así como impedir que el fallo que se dicte en un proceso pueda producir efectos perjudiciales en el otro, o bien, que dada la conexión que existe entre ellos, si se tramitaran por separado podrían generarse pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Así las cosas, si bien la acumulación puede realizarse respecto a procesos que estén siendo conocidos por el mismo juez -lo que no afecta el principio de inmediación- también es posible solicitar la acumulación de procesos que se encuentren pendientes ante distintos tribunales, lo que originará una excepción a la identidad del sentenciador. Esto debido a que entre las disposiciones generales de la acumulación se indica que ella es procedente cuando se trata de procesos que se encuentran en primera instancia y en los que no haya finalizado el acto del juicio (art. 77.4 LEC). Esto significa, a *contrario sensu*, que la iniciación del juicio no impide la acumulación, de modo que es perfectamente posible que se incorporen pruebas al proceso en presencia de un juez y después de ello se ordene su acumulación a otro juicio tramitado por un tribunal diferente, con lo que la sentencia será dictada por el titular de este último, quien no habrá recibido ninguna de las pruebas o, en el mejor de los escenarios, solo una parte de ellas.

- Auxilio judicial. Como se mencionaba cuanto se trataron la excepciones al principio de concentración, la LEC ha establecido la posibilidad de que el juez solicite la cooperación de otros tribunales, nacionales o extranjeros, para llevar a cabo actuaciones de prueba que correspondan a procesos que se tramiten ante él. En las oportunidades en que esto se haga efectivo, será claro e inevitable que se produzca una inobservancia de la inmediación en su sentido estricto, aunque ello aparece justificado por razones prácticas que se ubican por sobre el principio de inmediación. Si es necesario efectuar diligencias procesales que no se pueden llevar a cabo dentro de la circunscripción del tribunal, sería imposible realizarlas sin la colaboración de otro, ya que sería impensable exigirle al órgano jurisdiccional que se esté trasladando

---

<sup>231</sup> HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 33.

permanentemente con este objetivo a través de todo el territorio del Estado o incluso al extranjero.

- Anticipación de la prueba. La LEC permite que antes de la iniciación o durante la tramitación del proceso, pueda llevarse a cabo la práctica de prueba en forma anticipada, por tratarse de evidencias que puedan ser destruidas, deterioradas o frustradas en el lapso que media hasta el momento ordinario de práctica. Para el caso de que se autorice este acto, obviamente también se exige la presencia del juez, pero éste no será necesariamente la misma persona que dicte la sentencia, ya que, si bien la prueba deberá practicarse ante el juez que se estime competente para conocer del asunto principal, recayendo en éste el deber de controlar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva y territorial, es perfectamente posible que con posterioridad se produzca un alteración respecto del tribunal que conoce del litigio, y con ello, de la persona del sentenciador (art. 293 LEC).

#### **d) El rol de la inmediación en el proceso de valoración de la prueba**

La doctrina ha tendido a señalar que la inmediación desempeña un rol trascendental para llevar a cabo la correcta apreciación de las pruebas que han sido introducidas al proceso. Esto debido a que la proximidad del juez a las fuentes de prueba, especialmente respecto de las declaraciones personales, lo sitúa no solo en una posición privilegiada para presenciar los distintos actos probatorios y participar activamente en la práctica de cada una de las evidencias, sino que también porque esta vinculación directa le permitiría percibir una serie de cuestiones que le proporcionan información que va más allá de las palabras expresadas por el declarante, lo que le sirve para alcanzar una más certera e inobjetable valoración de la prueba.

Ahora bien, comencemos por destacar que la importancia de la inmediación para el proceso de valoración de la prueba tiene una estrecha relación con el sistema probatorio que se haya adoptado por el ordenamiento procesal. En tal sentido, se puede afirmar que la trascendencia de este principio solo se manifiesta en un régimen de valoración libre de la prueba, mas no en uno de prueba legal, pues en este la utilidad que la vigencia de la inmediación genera para el proceso, es prácticamente nula. Como se verá en detalle más adelante, en el sistema de prueba tasada es el legislador el que apriorísticamente establece el valor que el tribunal debe asignar a cada uno de los medios de prueba, de modo que esa apreciación en nada se ve alterada por el hecho que

el juez mantenga o no un contacto directo con las partes y las pruebas de la *litis*. La situación es diametralmente opuesta cuando la inmediación opera dentro de un esquema de valoración libre de la prueba, pues en este caso la implementación del principio no solo facilita la obtención de un óptimo resultado en la apreciación, sino que desempeña un papel central para el correcto funcionamiento del modelo<sup>232</sup>. En este sentido, si se establece un sistema de prueba libre, necesariamente debe garantizarse la vigencia y el respeto del principio de inmediación, ya que, este es condición imprescindible para llevar a cabo una apreciación acertada de la evidencia en tal escenario. Esto se debe a que solo un juez que ha presenciado la práctica de las pruebas posee las herramientas para valorarlas, de manera tal que a mayor libertad de valoración probatoria, mayor será la necesidad de percepción directa del juez<sup>233</sup>. Por lo tanto, el juzgador que no esté presente durante la práctica de las pruebas no poseerá la información imprescindible para efectuar una valoración certera<sup>234</sup>. Con todo, estando de acuerdo con el fondo del argumento, la doctrina y la jurisprudencia han justificado este aserto desde dos ángulos distintos, dependiendo de cuál es el tipo de información que se estima que queda a disposición del tribunal gracias a la inmediación y que le permite apreciar el acervo probatorio.

De esta forma, una parte de la doctrina<sup>235</sup>, como asimismo el Tribunal Constitucional<sup>236</sup>, han apuntado expresamente que al juez le bastaría con mantener un contacto directo con el resto de los intervinientes del proceso para adquirir un conocimiento suficiente de los hechos de la causa, lo que se manifestaría de forma más nítida respecto a las pruebas de declaración de partes, testigos y peritos. Así, le alcanzaría con atenerse a lo visto y oído durante el desarrollo de las declaraciones para poder decidir acerca de la credibilidad de las personas que han prestado testimonio, pues, según esta postura, la inmediación lo habilita para conseguir información no solo del contenido verbal de la deposición, sino que también mediante lo manifestado por el

---

<sup>232</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 197.

<sup>233</sup> BERZOSA FRANCO, María Victoria, *Principios del proceso*, cit., p. 605.

<sup>234</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la prueba de las obligaciones*, cit., p. 27.

<sup>235</sup> HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 50. En el mismo sentido: BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 158; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010, p. 94; DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, Madrid, 1968, p. 199; DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, Barcelona, 2012, p. 345; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, en *Actualidad penal*, Vol. 2, 1991, p. 368.

<sup>236</sup> Así se recoge, por señalar las más recientes, en las SSTC: 16/2009, de 26 de enero de 2009 (FJ5); 120/2009, de 18 de mayo de 2009 (FJ 6); 135/2011, de 12 de septiembre de 2011 (FJ 2); 144/2012, de 2 de julio de 2012 (FJ 4).

declarante a través de su lenguaje no verbal y paraverbal, a los que el juez de la causa tiene un acceso privilegiado debido a su asistencia al acto de práctica de la prueba. Esto quiere decir, que el sentenciador podrá constatar una serie de elementos que acompañan a las palabras del deponente y que se vinculan, entre otros, con el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, carraspeos, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas y sonrojo. El punto central de esta corriente radica en que serán estos elementos, conocidos por el juez gracias a su intermediación con la prueba, los que lo facultarán para formarse una imagen completa del contenido y exactitud de lo expuesto, y de esa manera, adoptar una decisión suficientemente fundada acerca de si el declarante dice la verdad o no<sup>237</sup>. Por consiguiente, será la observación de los gestos, la actitud, la disposición y la seguridad mostrada por el testigo, parte o perito al contestar las interrogantes que se le formulen, lo que situaría al tribunal de primera instancia en una posición única para decidir acerca de la credibilidad y el valor probatorio de esta evidencia<sup>238</sup>, lo que también tendrá sus implicancias en materia de motivación y revisión del fallo, tal como se analizará en el capítulo tercero.

De esta manera, se ha recalcado el rol que cumplirían los componentes paralingüísticos en el control de veracidad de la prueba, constituyendo un conjunto de instrumentos imprescindibles para su correcta determinación. Así, se ha destacado que el juez que presencia la práctica de las pruebas estará en condiciones de apreciar un serie de “*caracteres de verdad tan vivos y naturales, relacionados con la fisionomía, con el tono de la voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe*”<sup>239</sup>. En igual perspectiva, PAGANO expuso que junto a la viva voz también se expresa el rostro, los ojos, el tono de la voz, el modo de manifestarse y un cúmulo de otros aspectos que modifican o desarrollan el sentido de las palabras generales, por lo que deben ser tenidos en cuenta por el juzgador para obtener indicios a favor o en contra de la verdad de las palabras que hayan sido dichas por el declarante<sup>240</sup>. En un sentido similar, CAPPELLETTI ha subrayado la utilidad de los actos y comportamientos que acompañan a la declaración para poder determinar la veracidad del testigo y de la verdad de lo que él ha narrado<sup>241</sup>,

---

<sup>237</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 197.

<sup>238</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación*, en AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009, p. 73.

<sup>239</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 158.

<sup>240</sup> PAGANO, Francesco Mario, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1787, p. 106.

<sup>241</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Valor actual del principio de oralidad*, en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, p. 92.

gracias a que la inmediación dota al tribunal del potencial para apreciar los matices psicológicos de las pruebas de declaración de personas<sup>242</sup>.

En suma, el principio de inmediación daría lugar a la percepción y ponderación de todo un conjunto de elementos paralingüísticos que permitirían al juez formarse una impresión clara sobre la prueba y establecer con acierto la franqueza y credibilidad del declarante<sup>243</sup>. Esto resulta inviable en un procedimiento desarrollado en forma escrita o en aquél en que, si bien se encuentre vigente el principio de oralidad, no se mantenga la identidad del sentenciador durante toda su tramitación, pues la información generada solo estará disponible para el juez que ve y escucha personalmente los actos de prueba.

Por nuestra parte, no podemos sino estar en desacuerdo con la concepción recién mencionada, básicamente porque ella pone en peligro, cuando no extirpa, la presencia de la racionalidad del proceso, y obviamente es inaceptable que el juicio jurisdiccional funcione al margen de la razón. ¿O no es acaso una irracionalidad considerar que a una persona -en este caso el juzgador- le basta con apreciar si el declarante se sonroja, titubea o se pone más nerviosa de lo común al hablar, para saber con certeza si miente o dice la verdad?

Entender que las impresiones que el juez ha obtenido gracias a la inmediación son suficientes *per se* para formarse una convicción correcta acerca de la veracidad de las pruebas es, por decir lo menos, imprudente. Lamentablemente, nadie tiene la capacidad de saber si su interlocutor le habla o no con la verdad con solo observar sus gestos o la intensidad de sus palabras, de modo que de ninguna manera podríamos pretender que el juez tenga el poder de incursionar en la mente de un testigo simplemente por el hecho de enfrentarse a esa suma de datos. Creer lo contrario es una ingenuidad. De hecho, pretender que el juez realice una labor de psicoanalista a partir del material no verbal y paraverbal que queda de manifiesto a partir de la práctica de la prueba, no solo sería erróneo porque se le estaría solicitando la realización de una tarea para la que claramente no está capacitado, sino también porque llevarla a cabo de esa manera iría en contra de todas las investigaciones y conocimientos desarrollados por la

---

<sup>242</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 91. De la misma forma, HERRERA ha expresado que: “A través de las preguntas el juez deberá y podrá, gracias a la inmediación, examinar la reacción del testigo, su seguridad, su palidez, su nerviosismo, el tono de voz, sus tics, su expresión..., todo ello le permitirá valorar más correctamente sus respuestas, o prestar atención sobre algunas manifestaciones que, si hubieran venido por escrito, habrían pasado desapercibidas a pesar de su posible importancia para establecer la credibilidad del testigo”, HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 52.

<sup>243</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal*, cit., p. 319.



psicología del testimonio, que enseñan que la probabilidad de extraer un juicio de veracidad serio desde las impresiones obtenidas por el juez, es exactamente igual a la que se da con el lanzamiento de una moneda<sup>244</sup>. De hecho, los mismos estudios han revelado que las complejidades que presentan los juicios de memoria no solo descartan la obtención de certezas en cuanto a la veracidad o falsedad de las declaraciones prestadas por otros, sino que incluso dejan en evidencia las enormes dificultades que tienen los propios sujetos para determinar si sus relatos se corresponden o no con la forma en que realmente sucedieron los acontecimientos, dado que el recuerdo se ve afectado por una serie de factores que lo borran o modifican, y que serán estudiados en detalle más adelante.

Si dejando de lado el argumento recién expuesto aceptásemos que gracias a la inmediación se producen en el juez una serie de impresiones que efectivamente lo habilitan para conocer la veracidad de la prueba, esto acarrearía un peligro aún peor para el proceso. Ello porque es posible que estas percepciones solo sean adquiridas por el juzgador de primera instancia, quien en consecuencia podría fijar los hechos y adoptar una decisión basada en criterios absolutamente subjetivos e incontrolables. Esto impediría la auténtica revisión de la sentencia por parte del superior jerárquico mediante la vía de los recursos, ya que este, al no haber tenido participación en los actos en los que se ha procedido a la práctica de la prueba, carecería de elementos para examinar la corrección de la sentencia<sup>245</sup>. Así, la situación privilegiada del juez que ha gozado de la inmediación termina por generar un juicio cimentado sobre una valoración de la prueba que se ha realizado mediante criterios que no pueden justificarse objetiva ni racionalmente, porque precisamente son fruto de un ejercicio subjetivo e intuitivo, una forma de percepción extrasensorial que termina por convertir al *privilegio* de la inmediación en la *excusa* de la inmediación y en una vía del escape al deber de motivar<sup>246</sup>.

Dicho lo anterior, no se piense que nuestra intención es adoptar una posición contraria a la inmediación, que lleve a postular su eliminación del sistema. Lejos de eso. En efecto, nadie podría desconocer que la vigencia del principio de inmediación genera

---

<sup>244</sup> TARUFFO, Michele, *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* en Páginas sobre justicia civil, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, 2009, p. 258. También ver: CAVALLONE, Bruno, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*. *La riparazione dell'ingiusta detenzione alla prova dell'equo indennizzo*, en Rivista di diritto processuale, N° 2, 2006, p. 421.

<sup>245</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 9, nota 8.

<sup>246</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la inmediación*, cit., p. 59.

una serie de beneficios al proceso, pero si bien estas ventajas deben ser destacadas y fomentadas, no podemos caer en excesos y atribuirle a la intermediación ciertas propiedades que no le son propias o exigirle más de lo que efectivamente puede dar. En este sentido, es claro que el vínculo directo entre el juez, las partes y los declarantes permite generar un diálogo de suyo pertinente, útil y ágil que v. gr. hace posible solicitar de inmediato aclaraciones o complementaciones que permitan esclarecer puntos oscuros o eliminar ambigüedades de la deposición, así como también admitir o rechazar las preguntas que se formularán al declarante y velar por el respeto de sus derechos<sup>247</sup>.

En síntesis, siguiendo la brillante exposición de IACOVIELLO, podemos concluir este punto señalando que la intermediación no es un método para que el tribunal valore la prueba o alcance su convencimiento, sino que ella solo constituye una técnica de formación de la prueba, o sea, el modo en que debe incorporarse la prueba al proceso y que permite extraer todas las informaciones relevantes que ella esconde<sup>248</sup>.

#### **4. VALORACIÓN O APRECIACIÓN DE LA PRUEBA**

Una vez que se ha cerrado la etapa destinada a la práctica de la prueba y las partes han manifestado al tribunal todas las observaciones y conclusiones que en su opinión se desprenden de ella, se da paso a la última fase del procedimiento probatorio: la valoración. Desde ese momento toda la carga de la actividad vinculada al conjunto de elementos de convicción se hace recaer en forma exclusiva y excluyente sobre los hombros del juzgador. Teniendo presente la totalidad del material probatorio que se haya reunido en el proceso, y que por tanto se encuentra a su disposición, el juez debe realizar una operación intelectual que consiste en realizar un análisis crítico del contenido y del resultado de las pruebas rendidas. A partir de ello se buscará establecer el mérito, peso o valor de convicción que cada una de las evidencias aportadas, así como el conjunto de ellas, tiene para adoptar una decisión acerca de la ocurrencia o no de los hechos que han motivado la controversia. De esta manera, al fijar el peso relativo de cada prueba se pretende determinar cuál de las hipótesis que las partes han presentado al juez acerca de los hechos es la más probable o debe ser tenida por verdadera, de modo que respecto a ella se apliquen las normas jurídicas que resulten

---

<sup>247</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Oralidad e intermediación en la prueba*, cit., p. 116.

<sup>248</sup> IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, 1997, p. 151.

pertinentes y se resuelva la contienda de una forma adecuada y, dentro de lo posible, justa<sup>249</sup>.

Se ha sostenido que la apreciación probatoria permite conectar los medios de prueba presentados con la verdad o falsedad de los enunciados de hecho<sup>250</sup>, en el sentido de que habilita a la persona que lleva a cabo este ejercicio intelectual para realizar una tarea de comparación entre los resultados que se han conseguido con las pruebas y el o los hechos que se han intentado acreditar mediante estas evidencias, a fin de establecer una conclusión fáctica del litigio y de esta forma emitir un veredicto en uno u otro sentido, dependiendo de los hechos concretos que cada una de las partes haya alegado en el proceso<sup>251</sup>.

Obviamente, tal como debería ocurrir con todas las actuaciones que el tribunal desarrolla a la largo de la sustanciación del proceso, la valoración debe ser el producto de un trabajo racional y motivado. Por ende, no basta solo con que se extraigan los resultados de la prueba, sino que debe ponerse especial atención y cuidado en la forma en que se lleva adelante esa actividad, pues esto debe ejecutarse a través de un *proceso mental externalizable*<sup>252</sup>, en el sentido que el juez debe realizarlo teniendo presente que se trata de un ejercicio que será puesto en conocimiento de las partes del juicio y de la sociedad en general. Así, es preciso que la valoración de la prueba sea fruto de un ejercicio razonado, serio y coherente, que evite incurrir en cualquier tipo de arbitrariedad y que quede consagrado en el texto de la sentencia, de modo que pueda ser conocido y controlado por las partes interesadas, por los tribunales superiores, en caso que se interpongan los recursos respectivos, y en general, por la sociedad toda.

Si bien para efectos expositivos se suele señalar que la valoración se lleva a cabo en el momento de la sentencia, ello no es del todo correcto. El juez no espera hasta el instante en que debe emitir su decisión para desarrollar íntegramente el ejercicio

---

<sup>249</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 91. En el mismo sentido: BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil*, cit. p. 237; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 273; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 161; GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 429; GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, cit., p. 392; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, en *Revista de derecho procesal*, N° 2-3, 1978, p. 384; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 380; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 315; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 200.

<sup>250</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 132.

<sup>251</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 403. También: FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 577, MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 603.

<sup>252</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 425. Asimismo: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 34.

valorativo, sino que éste va teniendo lugar paulatinamente durante el transcurso del proceso. Desde luego que existe un ejercicio de apreciación cuando el juez tiene todo el acervo probatorio a su disposición, pues solo a partir de ese momento puede formarse un panorama completo acerca del asunto, al contar con todas las piezas para armar el puzle de su decisión. Empero, también es necesario apuntar que la valoración no se lleva a cabo exclusivamente en esta fase del juicio, sino que se va construyendo durante todo el proceso desde el momento mismo en que el juez entra en contacto con la fuente de prueba<sup>253</sup>, e incluso, para algunos, desde antes que se practique la prueba en el proceso, particularmente, a partir del momento en que las partes la proponen y el tribunal evalúa su pertinencia<sup>254</sup>. En efecto, desde que el tribunal se vea enfrentado al deber de pronunciarse acerca de la admisibilidad de la prueba ya se irá formando una imagen previa acerca de su valía para el juicio y de cómo ella podría aportar para determinar la veracidad o falsedad de los hechos. Asimismo, y sin perjuicio de que la valoración conjunta de las pruebas solo se puede practicar cuando estén contemporáneamente todas las evidencias incorporadas al proceso, al momento mismo en que se reciba cada una de ellas el tribunal irá valorándolas individualmente, tomando nota de su contenido y credibilidad. De ahí la importancia de elegir correctamente el orden en que las pruebas serán practicadas<sup>255</sup>.

En la búsqueda de determinar la forma más adecuada para que el juez lleve a cabo la apreciación de la prueba y obtenga los mejores resultados y conclusiones posibles, se han propuesto distintos modelos racionales que exceden con mucho el ámbito de lo jurídico. En este sentido se han desarrollado estudios desde la epistemología, las matemáticas y la psicología, junto a los clásicos modelos jurídicos de prueba tasada y libre, para tratar de establecer la forma en que el tribunal, teniendo a la vista las evidencias presentadas, elige o debe elegir cuáles son las afirmaciones de hecho que más se ajustan a lo que en realidad ha sucedido. De esta forma, descartándose que el proceso sea terreno fértil para la obtención de verdades absolutas y asumiendo

---

<sup>253</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 106. Por aplicación del principio de inmediación el juez va formándose, desde el momento en que toma contacto con el medio, un juicio de valor sobre su eficacia y credibilidad. Por ende, la valoración se va desarrollando en diversas etapas del proceso y termina con la declaración acerca de la realidad de los hechos, CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 36.

<sup>254</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 29. Asimismo, EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 78.

<sup>255</sup> Sobre los efectos del orden en que se incorporan los diferentes elementos de prueba, ver: TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 303.

que las pruebas solo permiten generar un cierto nivel de probabilidad, se ha intentado desde la aplicación de fórmulas matemáticas hasta la consagración positiva de máximas de la experiencia para orientar al juez en la elección de la hipótesis fáctica que más se aproxime a la real ocurrencia de los hechos debatidos. Con todo, y tal como se analizará a continuación, ninguno de los modelos propuestos es suficiente por sí solo para explicar y hacerse cargo de la totalidad del proceso de apreciación que lleva adelante el juez, habida cuenta de que si bien cada uno de ellos expresa un esfuerzo por racionalizar el ejercicio inferencial del juzgador, ninguno alcanza a cubrir todas las aristas de su desarrollo, pues será posible imaginar escenarios a los que el juez se vea enfrentado y que no puedan ser superados siguiendo solo uno de los métodos propuestos. Así las cosas, comencemos por estudiar a continuación la forma en que la epistemología ha contribuido en el procedimiento de apreciación de la prueba.

#### **A) Enfoque epistemológico o gnoseológico**

La epistemología corresponde a la rama de la filosofía que se dedica al estudio del conocimiento, por lo que se ocupa de analizar la relación que se genera entre el sujeto y un objeto de conocimiento. De esta manera, aplicada al proceso, esta concepción se encarga de las formas y modalidades en que el tribunal se informa acerca de los hechos que han sido afirmados por las partes en sustento de sus pretensiones, buscando establecer los fundamentos y los métodos más adecuados para que el juzgador, en su carácter de sujeto cognoscente, alcance, como resultado del proceso, un conocimiento que coincida o se acerque lo más posible a la realidad de los hechos.

Necesariamente el conocimiento de los hechos que pregonan la epistemología solo podrá ser conseguido a través de las pruebas que han sido practicadas en el proceso, de modo que para el descubrimiento de los acontecimientos resulta clave la forma en la que el tribunal elabore sus inferencias a partir de la información que es posible extraer de las evidencias que se encuentren válidamente a su disposición. Por ello, el aporte de este acercamiento a la valoración probatoria está dado porque se trata de establecer las estructuras de pensamiento que debe seguir el juez al momento de determinar el resultado de las pruebas y con ello, los hechos que deben ser considerados probados, fijando una especie de ruta que debería seguir el juez para alcanzar mejores conclusiones acerca de la prueba y así una decisión más acertada. Teniendo presente que las verdades absolutas se encuentran fuera de los dominios del proceso, los esfuerzos

epistémicos se orientan a fijar los mecanismos para obtener un conocimiento más certero acerca de los hechos, como asimismo los criterios para poder dejar establecido que dicho saber ha sido alcanzado.

Tal como sostiene FERRAJOLI<sup>256</sup>, el enfoque epistemológico pretende asegurar el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad al juicio, por lo que se busca generar un diseño que permita una óptima ordenación del razonamiento probatorio, lo que por una parte va a facultar al juez para exponer de forma más adecuada el método que ha seguido para construir sus inferencias, y por otra, para construir motivaciones racionales y de mejor calidad que vayan en sustento de los resultados expuestos. Esto permite que las partes del proceso puedan conocer cuál fue el *iter* de razonamiento que ha sido transitado por el sentenciador para arribar a su decisión emitida y las razones que ha tenido en consideración para aceptar o rechazar cada una de las hipótesis que se la han planteado, lo que facilita la aceptación de un fallo adverso, o bien, entrega los elementos necesarios para preparar una adecuada impugnación de la sentencia, la que por las mismas razones podrá ser mejor conocida y resuelta por el tribunal superior<sup>257</sup>.

Ahora, el razonamiento del juzgador en relación con la prueba, así como todo tipo de reflexión, consistirá en un proceso cognitivo de extracción de conclusiones a partir de ciertas premisas o acontecimientos, que en este caso corresponde a toda la información que es aportada por las pruebas que se han incorporado al proceso. Ante esta labor, el juez podría realizar sus inferencias siguiendo el proceso deductivo o el método inductivo de razonamiento, dependiendo de si sus conclusiones alcanzan el estatus epistemológico de válidas o inválidas, o solo aspiran a un grado mayor o menor de probabilidad, tal como se expone a continuación.

#### **a) La deducción y el silogismo como estructura de razonamiento**

El razonamiento deductivo es aquel que a partir de ciertas informaciones previas permite obtener una conclusión que se infiere inevitablemente de lo expresado por el contenido de las premisas. La información que se contiene en la conclusión se limita a los datos proporcionados en dichas premisas, de modo que dadas las características de esta forma de razonamiento, no es posible generar conocimiento nuevo a partir de ella.

---

<sup>256</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, 2009, p. 34.

<sup>257</sup> VARGAS ÁVILA, Rodrigo, *Concepciones de la prueba judicial*, en *Prolegómenos*, Vol. 14, N°28, 2011, p. 142. En el mismo sentido: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 99.

Ahora bien, la deducción permite dar cuenta de una estructura para el desarrollo del razonamiento, lo que orienta la forma de llevar a cabo el pensamiento y sirve para evaluar formalmente la corrección de las conclusiones extraídas, ya que su validez va a depender de si ellas se ajustan o no con el contenido de las premisas<sup>258</sup>. Así, como resultado de esta forma de reflexión se determinará si una conclusión es válida o inválida, en un sentido de todo o nada, sin que haya espacio para grados o niveles de validez. En consecuencia, si luego de un análisis del raciocinio inferencial se determina que existe una corrección formal entre lo planteado por las premisas y lo contenido en la conclusión se determinará que ese resultado es válido, y por ende lógicamente correcto e inobjetable.

El silogismo fue quizás el primer intento por explicar la estructura del pensamiento y constituye el tipo de inferencia deductiva conocida desde más antiguo gracias a Aristóteles<sup>259</sup>. Se compone de dos premisas de las que se deriva una conclusión, que puede o no ser válida. Las premisas pueden tener un carácter universal o particular, así como afirmativo o negativo. Además, la posición de los componentes de cada una de las premisas produce distintas figuras del silogismo, lo que conlleva a que puedan generarse un total de 256 tipos de silogismos, de los cuales solo 24 son válidos desde un punto de vista lógico<sup>260</sup>. Su configuración se ha usado para explicar la lógica del juicio jurisdiccional, con una estructura que se compone de dos premisas: una mayor, integrada por las normas jurídicas aplicables para la obtención de la solución del litigio (juicio jurídico); y una menor, referida a los hechos que han originado el conflicto (juicio fáctico). De esta manera, la operatoria del silogismo judicial indica que los hechos alegados por la partes se subsumen en las normas, con lo que se deduce una

---

<sup>258</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, cit., p. 99. También: AÍSA MOREU, Diego, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, 1997, p. 64; ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Madrid, 2006, p. 142; LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, *La constitucionalidad del razonamiento inductivo*, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N°23, 2011, p. 299.

<sup>259</sup> DE VEGA, Manuel, *Introducción a la psicología cognitiva*, Madrid, 1984, p. 445. También GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, traducción de Eva Juarros Daussá, Barcelona, 1996, p. 115; JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models: towards a cognitive science of language, inference, and consciousness*, Cambridge, 1987, pp. 64 y ss. Sobre el silogismo, su razonamiento y sus variables estructurales: VALIÑA, María Dolores y MARTÍN, Monserrat, *Razonamiento silogístico*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008, pp. 133 y ss.

<sup>260</sup> GABUCIO CEREZO, Fernando, *Razonamiento deductivo*, en *Psicología del pensamiento*, AA. VV., Fernando Gabucio (coordinador), Barcelona, 2005, pp. 99 y ss. En el mismo sentido: GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid, 2009, p. 237; WASON, Peter y JOHNSON-LAIRD, Philip, *Psicología del razonamiento*, traducción de Juan del Val Merino, Madrid, 1981, p. 177.

consecuencia jurídica que se va a materializar en la sentencia<sup>261</sup>. La utilización del silogismo también se quiso llevar a la valoración de la prueba. En este ámbito, la premisa mayor está dada por una máxima de experiencia (concepto que precisamente habría sido creado por STEIN para poder aplicar el modelo silogístico al juicio fáctico); la premisa menor corresponde a la prueba que se ha practicado en el juicio; y la conclusión consiste en la determinación de la realidad o no del hecho que se pretende acreditar mediante el respectivo medio de prueba<sup>262</sup>. Un ejemplo de este tipo de silogismo fue propuesto por CARNELUTTI en los siguientes términos: la premisa mayor indica que los testigos capaces y no sospechosos dicen la verdad; la menor, que dos testigos que cumplen esas características señalan que A vendió el caballo a B; de modo que por conclusión se puede señalar que es cierto que A y B celebraron un contrato de compraventa respecto al caballo<sup>263</sup>.

No obstante, a pesar de los esfuerzos doctrinales por ajustar el razonamiento probatorio a la estructura silogística, esta se ha mostrado incapaz de adecuarse satisfactoriamente al ejercicio intelectual que debe llevar a cabo el sentenciador, pues presenta problemas en cuanto al control de la verdad de la conclusión, al mismo tiempo que genera dudas acerca de la forma en que se eligen los elementos que construyen las premisas del silogismo. Así, el hecho que la conclusión se ajuste al contenido de las premisas le asegura su validez, pero de ninguna manera su verdad. Esto se debe a que si las premisas contienen información falsa o errónea, pero es posible obtener una conclusión que se desprenda lógicamente de esas premisas, ese razonamiento podrá considerarse como formalmente válido, pero no será verdadero. Por el contrario, si las premisas son verdaderas y se obtiene una conclusión válida, ella necesariamente será verdadera, de modo que si la conclusión resulta falsa ello se debería a un error en el proceso deductivo. De esta manera, pueda afirmarse que el razonamiento deductivo solo cuenta con las herramientas que le permiten una revisión lógica o formal del proceso de inferencia, mas no acerca de su contenido material, por lo que no permite controlar la verdad de los enunciados. Esto, que funciona correctamente en relación con las ciencias formales como la lógica o la matemática, no resulta operativo para el resto de las ciencias, y menos para el Derecho, que debe tender, dentro de las limitaciones

---

<sup>261</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 95.

<sup>262</sup> TARUFFO, Michele, *Cinco lecciones mexicanas: memorias del taller de derecho procesal*, México D.F., 2003, p. 94. También se pronuncia en este sentido: MONTERO AROCA, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, en AA. VV., *La prueba*, Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000, p. 56.

<sup>263</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 63.



evidentes, a conquistar un relato verdadero de los hechos<sup>264</sup>. De esta manera, el pensamiento silogístico solo nos permite conocer si el razonamiento ha sido o no válido, no si las premisas y la conclusión son verdaderas o falsas, tal como lo plasma GONZÁLEZ: “*las reglas de la lógica deductiva prescinden del contenido para centrarse tan sólo en la sintaxis del argumento*”<sup>265</sup>. Por consecuencia, para que la conclusión sea verdadera es necesario que las premisas lo sean. No obstante, las características propias del razonamiento deductivo no permiten obtener certeza acerca de esas verdades, por lo que será perentorio acudir a otras fuentes para alcanzarla<sup>266</sup>.

Por su parte, en lo que respecta a la construcción de las premisas, se ha sostenido que el razonamiento deductivo no explica de forma alguna el modo en que debe procederse a la configuración de los enunciados. En primer lugar, porque deja entregado al arbitrio de quien realiza el razonamiento la elección de cuál será el material que compondrá cada premisa, de modo que, por ejemplo, el juez decidirá cuál es la máxima de experiencia que usará como premisa mayor y cómo ella se construirá, decidiendo soberanamente qué conocimientos tienen el carácter de máximas de la experiencia y si ellos resultan aplicables al caso en cuestión. También determinará cómo se compondrá el material fáctico respecto al que llevará a cabo la inferencia, sin que el modelo permita explicar por qué eligió un aspecto determinado de hecho para hacer su análisis y por qué descartó otros. En estos casos, claramente el silogismo puede conducir a resultados erróneos o arbitrarios<sup>267</sup>, siendo estas las razones que llevan a pensar que el razonamiento probatorio podría conciliarse mejor con un modelo inductivo de pensamiento, esquema al que nos referiremos a seguir.

## **b) El razonamiento inductivo o probabilístico**

A diferencia del razonamiento deductivo, las inferencias inductivas no permiten obtener conclusiones que se sigan indefectiblemente de las premisas, sino que, dado el tipo de antecedentes de los que se sirven para generar sus resultados, solo es posible situar esta forma de raciocinio en el nivel de *probabilidad*. En este sentido, la

---

<sup>264</sup> ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991, p. 32.

<sup>265</sup> GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., p. 130.

<sup>266</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 99.

<sup>267</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 100. TARUFFO observa que este esquema tampoco explica en ese caso como se procede a la fijación de las premisas, en el sentido de que nada dice acerca de la interpretación de la norma y de la determinación del hecho, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 98.

conclusión se va a desprender de los enunciados solo con un cierto grado de verosimilitud, no alcanzando en ningún caso la certeza absoluta. Ello se debe a que en la inducción se trabaja con reglas que se han construido a partir de la información extraída de un número determinado de ocasiones en las que un fenómeno se ha reiterado, de modo que mediante un proceso de generalización se tiende a predecir que cada vez que se produzca un suceso con las mismas características, el resultado será igual al que se ha observado en las oportunidades anteriores. Sin embargo, estas abstracciones son obtenidas teniendo como base un número más o menos reducido de apreciaciones del fenómeno, lo que no permite asegurar su validez infalible para todos los casos similares que se presenten y, en efecto, es perfectamente posible que en cualquier momento suceda un hecho que excepcione la regla, lo que ocasionará su inmediata eliminación o reforma, y por consiguiente, la alteración o invalidación de todos los conocimientos que se hayan construido a partir del empleo de dicha regla. A pesar de ello, el gran aporte de la inferencia inductiva consiste en que permite generar conocimiento nuevo, ya que, a diferencia del silogismo, el contenido de sus conclusiones no está atado a la información que se haya expresado en las premisas, sino que en este caso el resultado del razonamiento trasciende lo expuesto por ellas<sup>268</sup>.

A lo anterior debemos agregar que la inducción además se distancia del pensamiento silogístico en otro aspecto, pues para establecer si el razonamiento ha sido o no correcto, no es suficiente con que exista una adecuación formal entre las premisas y la conclusión, sino que en este caso también debe realizarse un análisis desde el punto de vista material o de contenido. Así, será imperioso profundizar acerca del grado de probabilidad de cada uno de los enunciados, con el fin de garantizar que este se ubica por sobre el nivel aceptado por la respectiva comunidad científica para la construcción de conocimiento válido, como asimismo verificar que exista una correlación sustancial o de fondo entre las premisas y la conclusión. En esta perspectiva, la fuerza de la conclusión va a depender no solo de su nivel de probabilidad ante las premisas dadas, sino que también de cuán factibles sean estas, debido a que las premisas no pueden transmitir al resultado final un nivel de probabilidad superior a aquél con que cuentan ellas mismas<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., pp. 85 y 97. También: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 114; PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008, p. 178.

<sup>269</sup> ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, cit., p. 143.

Estas características son las que han llevado a aceptar que el razonamiento judicial, y en nuestro caso particular, el probatorio, constituye un ejercicio inferencial inductivo, habida cuenta que las pruebas no permiten concebir certezas absolutas o lógicas, sino solo atribuir un grado mayor o menor de probabilidad a las hipótesis que se barajan en el juicio<sup>270</sup>. Por lo tanto, una versión de los hechos solo se considerará probada en el juicio si es altamente probable que ello efectivamente haya sucedido, teniendo en cuenta el conjunto de elementos probatorios que se hayan allegado al proceso<sup>271</sup>. De esta forma, estando la verdad absoluta de los hechos fuera de los dominios jurisdiccionales, lo importante será establecer criterios que determinen el grado de probabilidad que el cúmulo de evidencias sea capaz de imprimirle a las alegaciones fácticas de las partes.

Para terminar este apartado, debemos mencionar que la inducción siempre ha necesitado de esquemas de análisis probabilísticos para establecer el grado en que una premisa justifica una conclusión. Por ello la inducción tiene como fundamento la teoría de la probabilidad, la que se manifiesta principalmente en la forma de probabilidad matemática o estadística, o bien, como probabilidad lógica o inductiva.

### **c) Probabilidad inductiva**

La noción de probabilidad inductiva es propuesta por Lawrence Jonathan COHEN en su obra *The probable and the provable*. Tras constatar los problemas y paradojas que presenta la aplicación de la probabilidad matemática al juicio jurisdiccional, COHEN señala que es posible encontrar otra forma de probabilidad que no comparte su estructura ni sus principios de negación y conjunción. Esto le permite ajustarse de una forma más adecuada al razonamiento judicial, ejercicio en el que no resulta posible usar criterios cuantitativos para valorar la evidencia<sup>272</sup>. De esta manera, procura alejarse de la valoración probatoria basada en cálculos matemáticos debido a

---

<sup>270</sup> BESSO MARCHEIS, Chiara, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1119. Asimismo: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 104; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, cit., p. 107.

<sup>271</sup> VALIÑA, María Dolores y MARTÍN, Monserrat, *Razonamiento pragmático*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008, p. 159. En el mismo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 26; MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, cit., p. 75.

<sup>272</sup> Por cierto, su campo de aplicación excede con mucho a la prueba judicial, COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, Oxford, 1977, pp. 40 y 246.

que estos terminan ocasionando resultados que, por ejemplo, se oponen a los estándares de prueba que suelen considerarse para tener por acreditada una hipótesis fáctica dentro del proceso.

Así las cosas, el autor propone la noción de una probabilidad que se ha denominado *lógica, inductiva o baconiana*, que consiste en que el grado de probabilidad de ocurrencia de un hecho singular e irreplicable se establece en función del nivel de apoyo que este recibe del conjunto de elementos probatorios que se encuentran disponibles a su respecto. De esta forma, el grado de probabilidad de que el hecho haya efectivamente sucedido equivale al nivel en que ello sea respaldado por los elementos de confirmación recolectados respecto a esa hipótesis<sup>273</sup>. Si para estos efectos consideramos que la probabilidad de ocurrencia de un acontecimiento puede graficarse por medio de una escala que va de 0 a 1, y el evento analizado no es respaldado de ninguna forma por alguna de las evidencias practicadas, la probabilidad de este hecho se ubicaría en el nivel 0, pero ello no indica para nada la falsedad del mismo, sino simplemente que ese evento carece por completo de elementos de juicio en su favor. Una cosa es que la efectividad del hecho no sea verificada por la evidencia del proceso, y otra muy distinta, y que no tiene cabida dentro de la probabilidad lógica, es que a partir de esa no verificación podamos colegir su falsedad. Por lo tanto, la probabilidad inicial de todos los enunciados vertidos por las partes se ubicará siempre en el nivel 0 y a medida que se vaya formando el acervo probatorio del proceso esta probabilidad podría verse alterada, siendo perfectamente posible que al final de todo el proceso de valoración, a todas o algunas de las hipótesis -así como simultáneamente a su respectiva negación- se les continúe asignando una probabilidad igual a 0, debido a que las pruebas rendidas nada han aportado respecto a ellas<sup>274</sup>.

Sin embargo, la explicación anterior no debe hacernos creer que la probabilidad inductiva pueda expresarse en términos algebraicos, pues esto es precisamente lo que se quiere evitar con esta concepción. Según se analizará, la asignación de cantidades matemáticas a la probabilidad de las hipótesis es propia de la visión pascaliana de este asunto, por lo que la noción baconiana no permite referirse a los grados de probabilidad expresando que ellos alcanzan, por ejemplo, un 30 o 70%. Empero, esto no impide que las probabilidades de efectividad de las distintas hipótesis puedan ser organizadas

---

<sup>273</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., p. 144. Del mismo modo: TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 224.

<sup>274</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 123.

mediante relaciones ordinales, en el sentido de disponerlas en una formación creciente o decreciente de acuerdo con los elementos de convicción que sustenten a cada una de ellas, aunque, claro está, sin que sea posible expresar numéricamente las probabilidades que le son asignadas<sup>275</sup>.

De esta manera, la probabilidad inductiva de que un hecho haya sucedido no se determina a través de cálculos matemáticos o la aplicación de una ecuación a una situación fáctica, sino que de acuerdo con esta concepción la aceptabilidad de las hipótesis se decidirá atendiendo a dos circunstancias<sup>276</sup>:

a. En primer lugar, COHEN postula que para que una hipótesis pueda estimarse probable en algún grado, ella debe ser demostrable en función del material probatorio que se haya reunido en el proceso. Por ende, la demostrabilidad de un hecho, y en consecuencia su probabilidad, se configurará cuando sea posible construir inferencias sobre este evento a partir de las pruebas que se encuentren a disposición del juzgador, de manera que como ya lo hemos expresado, para que se considere que el hecho cuenta con un cierto nivel de probabilidad deben concurrir evidencias que verifiquen su ocurrencia. Esto quiere decir que el estatus epistemológico de probable o improbable dependerá de si la versión de los hechos cuenta o no con elementos probatorios que le ofrezcan sustento<sup>277</sup>. En este sentido, el juez debe ir construyendo su convicción acerca de la probabilidad de las hipótesis fácticas sobre la base del análisis de los resultados probatorios obtenidos, constatando si las pruebas practicadas aportan o no alguna información relativa acerca de si los eventos han sucedido en realidad en la forma en que lo han expuesto las partes.

b. Además de lo anterior, la determinación de la probabilidad inductiva exige llevar a cabo un proceso lógico de eliminación de hipótesis. Esto consiste en que del conjunto de las hipótesis que se barajen en el proceso deberá prescindirse de aquellas que aparezcan contradichas por el conocimiento que se ha obtenido a partir de las pruebas que se han incorporado. De esta manera, los hechos que hayan sido fijados mediante las evidencias permitirán ir refutando versiones fácticas que se opongan de los

---

<sup>275</sup> BESSO MARCHEIS, Chiara, *Probabilità e prova*, cit., p. 1126. Asimismo: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 122.

<sup>276</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 179. En el mismo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 147.

<sup>277</sup> COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 13. También ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 175; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 102.

resultados probatorios, de modo que por su impracticabilidad se les restará toda probabilidad de ocurrencia<sup>278</sup>.

Así las cosas, habiéndose determinado las hipótesis de hecho que resulten aceptables, esto es, aquellas que cuenten con elementos de convicción a su favor y que no hayan sido refutadas por el conjunto de elementos probatorios, se deberá proceder a establecer el grado de confirmación que es posible atribuir a cada una de ellas. Para ello el tribunal deberá llevar a cabo un ejercicio inferencial inductivo que permite conectar lógicamente el resultado de las probanzas rendidas con el nivel de realidad de las hipótesis analizadas. Con ese afán, el juez se servirá de máximas de la experiencia que le habiliten para establecer un enlace entre pruebas y hechos, de modo que la elección y el contenido de la máxima que haga de puente entre los extremos de este razonamiento cumple un rol central en este modelo de valoración<sup>279</sup>. Consecuentemente, junto con dejar establecido que el conocimiento de los eventos solo puede ser adquirido del acervo probatorio que se haya incorporado válidamente al proceso, este sistema termina centrando la evaluación de la probabilidad de la hipótesis en un ejercicio intelectual desarrollado sobre la base del conocimiento inductivo que provea una máxima de experiencia que será determinada por el juez. De esta manera, el éxito de la valoración de la probabilidad dependerá en primer lugar de que el tribunal seleccione un criterio de análisis del resultado de la prueba que efectivamente sea una máxima que dé cuenta de la experiencia generada en y por la comunidad humana dentro de la tiene lugar el proceso, esto es, que sea capaz de expresar la forma en que los sucesos ocurren normalmente, no de un modo excepcional o aislado. Además, la regla condensada por la máxima empleada no debe ser fruto de un conocimiento vulgar o espurio o de aquello que el juez considere erróneamente expresión de la experiencia del lugar y que por tanto se aleje del *id quod plerumque accidit*. O peor aún, que la construcción de la máxima responda a prejuicios o a motivaciones arbitrarias o irracionales del sentenciador, ya que siendo ella la herramienta de control de la suficiencia y adecuación de las pruebas para dar por acreditado un hecho, una situación de este tipo eliminaría toda posibilidad de que las inferencias generadas y las conclusiones obtenidas puedan ser consideradas razonables y racionales.

---

<sup>278</sup> CATALANO, Elena María, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, en *Rivista di diritto processuale*, Vol. XL, N° 2, 1996, p. 517.

<sup>279</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 179.

Asimismo, no debemos olvidar que el mérito de este razonamiento inductivo tendrá directa relación con la fuerza de la máxima de experiencia de la que se sirve el juez, ya que la máxima no puede transmitir a la inferencia construida un grado de probabilidad superior a ella misma. De este modo, el mayor nivel de probabilidad al que pueden aspirar las inferencias va a estar dado por el que corresponda a la máxima de experiencia empleada, por lo que es imprescindible que el juez ponga atención en escoger como instrumento de trabajo aquella que tenga el mayor grado de probabilidad entre las que resulten pertinentes a la situación analizada, a fin de que exista la posibilidad de que la hipótesis pueda alcanzar dicho nivel.

No obstante, el nivel de solidez de las inferencias no solo se vincula a la fuerza que pueda recibir de la máxima de experiencia usada, sino que también recibe el influjo de los elementos probatorios que haya sido posible allegar al proceso. En este sentido, la mayor o menor garantía que pueda obtenerse de estas inferencias va a tener directa relación con las características del acervo probatorio que concurra en su sustento, de modo que estos razonamientos ganarán fuerza gracias a la cantidad, calidad, variedad o coherencia de las pruebas rendidas, criterios que serán empleados libremente por el juez en la asignación de probabilidades a las hipótesis que se le presenten en cada caso particular<sup>280</sup>. Por eso, cualquier modificación en la configuración del conjunto de elementos de prueba va a repercutir necesariamente en la decisión acerca de la versión de los hechos que se estima demostrada, toda vez que la valoración del grado de probabilidad de una hipótesis es una cuestión *relativa y contextual* que se construye sobre la base de las evidencias que se encuentran a disposición del juez en el momento preciso en que realiza la valoración<sup>281</sup>. El grado de probabilidad de la hipótesis se determina teniendo en cuenta todos los elementos de prueba disponibles, y por consecuencia, la valoración cambia si lo hace la situación probatoria<sup>282</sup>.

En suma, todo lo anterior nos conducirá a construir un andamiaje adecuado para la configuración del razonamiento probatorio, que permita desarrollar un proceso inferencial lógico, racional y fundado a la luz de las pruebas analizadas y que habilite al juez para transitar sin inconvenientes desde el material probatorio hasta la adopción de una decisión sobre la veracidad o falsedad de las hipótesis. Este enfoque, reconociendo la naturaleza inferencial del proceso de apreciación probatoria, trata de generar las

---

<sup>280</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 248. También: BESSO MARCHEIS, Chiara, *Probabilità e prova*, cit., p. 1125.

<sup>281</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, cit., p. 35.

<sup>282</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 256.

condiciones adecuadas para controlar la validez de los razonamientos que el juez va a producir teniendo a la vista todo el material probatorio que se le haya hecho llegar, así como la máxima de experiencia que él haya seleccionado para determinar la eficacia de esa prueba. Obviamente, el modelo no es perfecto, pues hace radicar en el criterio del sentenciador la selección de la máxima de experiencia que conectará la prueba con los hechos probados, lo que podría terminar convirtiéndose en una decisión meramente caprichosa o aleatoria del juez, y que por consiguiente traería la irracionalidad al proceso. Sin embargo, y a pesar de las voces que se han alzado en contra de los peligros que implica el uso de las máximas de experiencia en este asunto<sup>283</sup>, al final del día no podemos desconocer que no es sino el juez que conoce la causa concreta quien se encuentra en óptima posición para decidir sobre la máxima de experiencia que mejor se ajusta a sus requerimientos, pues para esa elección se deben tomar en cuenta las particularidades del litigio, las alegaciones planteadas y las pruebas que han sido practicadas por las partes, por lo que se torna inviable el establecimiento de lineamientos o pautas de aplicación general.

#### **d) Cohen y sus críticas al enfoque matematicista**

Como lo indicamos más arriba, la noción de probabilidad inductiva surgió a raíz de la visión crítica que COHEN sostuvo respecto a la aplicación de la probabilidad matemática en la evaluación del resultado de la prueba judicial. Básicamente, este autor apuntó que el enfoque pascaliano opera utilizando dos principios que no son funcionales al proceso: el principio complementacional para la negación y el principio multiplicativo para la conjunción<sup>284</sup>.

Respecto al principio complementacional para la negación, la probabilidad matemática sostiene que  $\text{Pr}(H) + \text{Pr}(\text{no}H) = 1$ , esto es, que la suma de la probabilidad de que un hecho suceda [ $\text{Pr}(H)$ ] y la de su no ocurrencia [ $\text{Pr}(\text{no}H)$ ] siempre será igual a 1. Expuesto de otra forma, esto quiere decir que la probabilidad de que ocurra un hecho es igual a 1 menos la posibilidad de que este hecho no acaezca. De este modo, si por ejemplo estamos en condiciones de saber que existe un 40% de probabilidad de que

---

<sup>283</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 111. También: TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 227.

<sup>284</sup> COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 2. También ver: ALLEN, Ronald J., *A reconceptualization of civil trials*, en *Boston University law review*, Vol. 66, N° 3-4, 1986, p. 405; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 115.



acontezca un evento, de inmediato conoceremos que necesariamente hay un 60% de posibilidades de que ese hecho no suceda. Como la suma de un hecho y su negación debe ser siempre 1, existe una relación inversamente proporcional entre estas posibilidades, ya que al aumentar uno de los valores consecuentemente disminuye el otro.

COHEN aplica este razonamiento para analizar los resultados probatorios de los casos civiles en el sistema angloamericano. En esos sistemas se opera con el estándar probatorio de la preponderancia de la evidencia, de modo que frente a dos hipótesis contrapuestas de los hechos, el tribunal le dará la razón a aquella que sea más convincente. De esta forma, si este estándar se analiza desde una perspectiva matemática y se aplica el principio de negación propio del sistema pascaliano para evaluar la efectividad de que un hecho ha sucedido, poniéndolo en contraposición a su negación, este evento debe darse por probado cuando la probabilidad de que ha acaecido alcance al 0,501. De este modo, en su opinión el sistema toleraría una probabilidad bastante considerable de que el litigante perdedor merecía ganar el pleito, pues en el caso propuesto se habría establecido que tiene la razón con un grado de 0,499, lo que difícilmente parecería ser el espíritu correcto para administrar justicia, tal como lo ejemplifica con la paradoja del colado<sup>285</sup>.

Se ha agregado que este principio de negación no da cuenta de la dinámica probatoria que se produce en el juicio, porque dentro del proceso se pueden dar tres situaciones respecto de un hecho: que resulte probado, que se acredite que no sucedió, o bien, que la prueba no alcanza para demostrar ni lo uno ni lo otro, caso para el cual

---

<sup>285</sup> Este ejemplo expone el caso en que de 1000 personas presentes en un rodeo, solo 499 han pagado su entrada, no existiendo testimonio alguno de ese pago. Si la empresa decidiera demandar a uno de los presentes, habría 50,1% de posibilidades de que esa persona en particular no pagó su entrada, de modo que el tribunal debería fallar en favor de la actora. Lo propio ocurriría si demandaran a todos y cada uno de los asistentes al evento, de modo que mediante esa vía podrían obtener el pago de 1000 entradas, aun cuando ya se habrían pagado 499. O, visto de otra forma, 499 personas se verían en la obligación de pagar su entrada dos veces. Esto descartaría que la probabilidad estadística pueda fundar el razonamiento probatorio judicial, COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 74. Sin embargo, no todos están de acuerdo con el planteamiento de COHEN respecto a este ejemplo hipotético. En efecto, KAYE ha sostenido que si en ese caso se falla en favor del actor, este resultado no iría en contra del correcto espíritu, sino que por el contrario, éste sería perfectamente apropiado dentro del incierto e imperfecto mundo de la litigación. No fallar en beneficio del demandante solo porque la balanza se inclina ligeramente a su favor, existiendo una buena posibilidad de que los hechos no den derecho a indemnizarlo, sería preferir las decisiones incorrectas por sobre las correctas, de modo que el tribunal debe concederle sus pretensiones. Además, este autor agrega que la teoría convencional de probabilidad no pretende describir la estructura de la actual doctrina legal, sino que prescribe como la evidencia probabilística debe ser manejada si se quiere cometer la menor cantidad de errores en la predicción del resultado de eventos inciertos, KAYE, DAVID. H., *The laws of probability and the law of the land*, University of Chicago law review, Vol. 47, N° 1, 1979, p. 38. Del mismo autor: *The paradox of the gatechasher and other stories*, en Arizona State law journal, N°1, 1979, p. 103.

existen las normas sobre carga de la prueba. Por ello, no es correcto sostener que si se ha acreditado en un 70% que una hipótesis es verdadera, ella es falsa en un 30%. No es posible considerar dentro del proceso que todo lo que no es verdadero es falso. Si un enunciado alcanza un grado de confirmación del 40%, ello no dice nada respecto de su falsedad o de su negativo. Esto quiere decir que con las pruebas del proceso solo es posible fijar la certeza del enunciado en un 40%<sup>286</sup>.

Por último, resulta menester hacer presente otra situación vinculada a este principio que deja aún más en claro la inadaptación de la probabilidad matemática a la prueba judicial. Nos referimos a que como efecto de su aplicación en los términos que se han expuesto, se generaría un punto de equilibrio entre la probabilidad de una hipótesis y la de su negación, el que se ubica en 0,5. Esto traería como consecuencia que sin haberse rendido prueba alguna en el proceso, a cada uno de los enunciados se le asignaría una posibilidad de efectividad igual a un 50%, esto es, que sin haber tenido contacto con ninguna prueba, el tribunal debe entenderse convencido de la certeza de una afirmación en un 50%, y a la inversa, de su falsedad en igual grado, lo que claramente se opone a la lógica elemental de funcionamiento del proceso, según la cual, previo a la prueba, todas las afirmaciones se sitúan en el 0. Pero eso no es todo. La ubicación del umbral en el 0,5 también traería efectos perversos en relación con la cantidad de prueba o de convicción que se debe generar en el proceso para optar por una u otra hipótesis. De esta manera, si entendemos que un enunciado y su negación se ubican al inicio del proceso en el punto de balance, bastaría con un mínimo elemento de prueba, en uno u otro sentido, para que el juez deba entender que una de las opciones ha prevalecido por sobre la otra. Esto quiere decir que en caso que la versión afirmativa del enunciado no ha sido probada en ningún grado, y por su parte, la negativa cuenta solo con un 0,01, el juez debe fallar en el sentido de esta última, ya que sumando ese 0,01 al 0,5 inicial, se habrá terminado con el equilibrio y de paso se habrá cumplido con el estándar probatorio de la preponderancia de la evidencia<sup>287</sup>.

Por su parte, el principio multiplicativo para la conjunción también presenta serios problemas de aplicación al juicio jurisdiccional. Este principio sostiene que la probabilidad de que dos hechos independientes se presenten en forma conjunta es igual

---

<sup>286</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 248. Por ello, si no existen elementos suficientes para considerar un enunciado como verdadero o falso, esto solo quiere decir que estamos frente a una *laguna epistémica*, TARUFFO, Michele, *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 67, N° 2, 2013, p. 499.

<sup>287</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 117.

al producto de sus probabilidades singulares, lo que se expresa como  $\Pr(AyB) = \Pr(A) \times \Pr(B)$ . De esta forma, si la probabilidad de que ocurra el hecho A es igual a 0,3 y la del hecho B es 0,6, la probabilidad de que ellos sucedan simultáneamente es igual al 18%. De la misma manera, si concurren tres elementos, X con una probabilidad de 0,8, Y con 0,12 y Z con 0,98, la probabilidad de su conjunción [ $\Pr(X) \times \Pr(Y) \times \Pr(Z)$ ] alcanza al 9,4%.

Ahora bien, dado que siempre la probabilidad pascaliana de un hecho se va a representar por un número que se sitúa entre 0 y 1, la conjunción siempre consistirá en la multiplicación de dos o más números decimales inferiores a 1 (O,xx), tal como se aprecia en el párrafo anterior, lo que trae como consecuencia matemática ineludible que el producto siempre será un número inferior a todos los factores. De esta forma, por efecto de la aplicación de este principio, la probabilidad de una conjunción siempre será menor a la probabilidad individual de cada una de las hipótesis consideradas por separado. Expuesto de otro modo, siempre será más probable que A y B se produzcan por separado a que se produzcan conjuntamente.

Existe también otra consecuencia que puede extraerse de la aplicación de este principio y, por ende, de la multiplicación de cantidades decimales inferiores a 1. Esto se relaciona con que el valor del resultado de la operación matemática disminuirá a medida que aumenta la cantidad de elementos integrantes de la conjunción, independientemente del valor de sus probabilidades, pues esto se produce incluso cuando los elementos que se incorporan tienen una probabilidad mayor a la de los anteriores. De este modo, es posible sostener que existe una relación inversa entre el valor del producto y la cantidad de factores. Esto lo podemos ejemplificar teniendo en consideración que si [ $\Pr(X) \times \Pr(Y) \times \Pr(Z)$ ] = 9,4%, y a esa conjunción agregamos un cuarto elemento [ $\Pr(V) = 90\%$ ], la probabilidad de la nueva conjunción, al contar con un factor adicional, necesariamente se verá reducida respecto a la anterior, de modo que [ $\Pr(X) \times \Pr(Y) \times \Pr(Z) \times \Pr(V)$ ] = 8,4%. Esto genera un efecto perverso en relación con la cantidad de elementos que las partes pueden probar en el proceso, ya que a medida que aumente esta cantidad será necesario que la probabilidad individual de cada uno de los elementos sea lo suficientemente alta para poder mantener el producto de la conjunción por lo menos en una cantidad igual al 50,1%, y así ubicarse por sobre el estándar de prueba. Dicho de otra forma, el principio de conjunción aumenta la exigencia probatoria individual de los hechos a medida que se incrementa el número de enunciados a probar. Sin embargo, si la cantidad de elementos a demostrar supera cierto

número, será imposible que se alcance el 0,501. En este sentido, aun cuando se contara únicamente con elementos cuya probabilidad particular alcanzara el 90%, como máximo podría trabajarse con seis de ellos, pues el estándar probatorio no se alcanzaría con 7 elementos, pues en ese caso la probabilidad del conjunto sería de  $0,478^{288}$ .

Esta situación no se produce cuando se trabaja con la probabilidad inductiva, pues en este caso la conjunción no opera mediante el principio multiplicativo, sino que la probabilidad lógica de que concurran conjuntamente los hechos A y B será equivalente a la menor de las dos probabilidades individuales. De este modo, si la probabilidad de A es 0,4 y la de B equivale a 0,7, la probabilidad de su conjunción será igual al 40%. Con esta norma se eliminan todas las limitaciones y dificultades de prueba que trae consigo el enfoque matemático, demostrando un funcionamiento intuitivamente más acorde con la evaluación de las hipótesis que debe llevar a cabo el juez.

Pues bien, sin perjuicio de las críticas expuestas, debemos señalar desde ya que es perfectamente posible otorgar un espacio a la visión matemática de la probabilidad dentro del proceso de valoración de la prueba, siempre que se adopten los resguardos necesarios. De ninguna manera debe descartarse de plano su utilización judicial, toda vez que puede resultar útil para estos efectos según se explicará a continuación.

## **B) Enfoque probabilístico matemático o probabilidad pascaliana**

Para la concepción pascaliana o matemática de la probabilidad existen dos versiones. De un lado, la probabilidad *objetiva, frecuentista, estadística o bernoulliana*, indica la frecuencia relativa con la que un cierto hecho se produce dentro de una sucesión dada de acontecimientos, conociéndose previamente los posibles resultados, tal como ocurre con el lanzamiento de una moneda o un dado. El valor de esta probabilidad indica el número de veces en que se espera que ocurra el evento dentro de una cantidad infinita o muy considerable de repeticiones, por lo que se trata de ponderar frecuencias relativas de largo plazo. En el fondo, establece una relación entre el número de posibilidades de que un evento ocurra versus las que existen de que no se llegue a verificar. Por otra parte, la probabilidad *subjetiva o personal* busca establecer

---

<sup>288</sup> COHEN, Laurence Jonathan, *El concepto de probabilidad en pruebas judiciales*, en Teorema: revista internacional de filosofía, Vol. 7, N° 3-4, 1977, p. 284. De la misma forma: COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 58; FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 115; NESSON, Charles R., *The evidence or the event? On judicial proof and the acceptability of verdicts*, en Harvard law review, Vol. 98, N° 7, 1985, p. 1385.

numéricamente el nivel de convencimiento que una persona posee respecto a la posibilidad de que un hecho se produzca o se haya producido. La probabilidad subjetiva pretende fijar un valor cuantitativo de probabilidad, cuya cifra representa el grado de convencimiento racional acerca de un evento, o bien, la medida del grado subjetivo de creencia racional que una persona asigna a una proposición dado cierto elemento de juicio<sup>289</sup>.

Estos dos enfoques de probabilidad matemática presentan una serie de elementos comunes, ya que, en ambos casos se entiende que la probabilidad de un acontecimiento puede expresarse con un número mayor o igual a 0 y menor o igual a 1, donde el 0 representa la probabilidad del evento imposible y el 1 la de aquel cuyas posibilidades de ocurrir son absolutamente seguras. Además comparten tres elementos: la regla que indica que la probabilidad de que suceda uno de dos eventos mutuamente excluyentes es igual a la suma de sus probabilidades; el principio complementacional de negación, según el cual la probabilidad de la ocurrencia de un suceso y la probabilidad de su no-ocurrencia suman siempre 1; y también, el principio multiplicativo de conjunción que señala que la probabilidad de la ocurrencia simultánea de dos acontecimientos independientes es igual al producto de sus probabilidades individuales<sup>290</sup>.

Se ha estimado que la visión tradicional de probabilidad estadística -que al medir la frecuencia con que se presentan los hechos parte de la base de que ellos ocurren en más de una ocasión- no es directamente aplicable a la determinación de la probabilidad de las hipótesis que se barajan en el proceso jurisdiccional, y por ende no resulta útil para que el sentenciador desarrolle su labor de valoración de la prueba, habida cuenta que los conflictos judiciales generalmente tratan de eventos que ocurren solo una vez, de modo que por definición son irrepetibles y carecen de frecuencia relativa. Sin embargo, esto fue puesto en entredicho por la concepción de probabilidad planteada en 1954 por Leonard J. SAVAGE, año en el que publicó su obra *The foundations of statistics*, en la que expuso la forma de incorporar la teoría de la probabilidad a la estimación de eventos únicos. Para ello desarrolló el concepto de probabilidad subjetiva y demostró que sus estimaciones obedecían todas las reglas de las probabilidades de frecuencia, de modo que podrían emplearse sin inconvenientes para establecer la

---

<sup>289</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 193. También: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 94

<sup>290</sup> TUBAU SALA, Elisabet, *Juicios de probabilidad y toma de decisiones*, en *Psicología del pensamiento*, AA. VV., Fernando Gabucio (coordinador), Barcelona, 2005, p. 195. También: COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 51.

probabilidad de eventos únicos<sup>291</sup>. Con ese objetivo, la probabilidad subjetiva permite que los sujetos cuantifiquen su creencia o grado de confianza acerca de la ocurrencia de un hecho, teniendo como información inicial previa el grado de probabilidad que tienen otros eventos vinculados con el primero, por lo que es posible que la probabilidad frecuentista actúe como antecedente necesario para la fijación de la subjetiva, lo que queda expresado, por ejemplo, con el razonamiento obtenido a partir de la aplicación del Teorema de Bayes. De esta forma, la escuela bayesiana se pronuncia en el sentido de que es posible, sin duda alguna, la asignación de probabilidades subjetivas a un evento único, lo que se conseguiría con la aplicación de este teorema, a cuyo estudio nos abocaremos en el acápite siguiente<sup>292</sup>.

### a) El Teorema de Bayes

Dado que en la vida diaria los hechos no se repiten tantas veces como para poder atribuirles una frecuencia relativa, si queremos determinar las posibilidades de que ocurra un evento debemos hacer uso de la creencia u opinión que nos hayamos formado de él a partir de la información que se posea al respecto. Así las cosas, esta teoría subjetiva de la probabilidad matemática da lugar al empleo del Teorema de Bayes, el que consiste en el desarrollo de un cálculo aritmético que se ha estimado suficiente para representar la situación en que se encontraría el juez ante la prueba y resolver sus problemas sobre el cálculo de las probabilidades de las hipótesis que las partes han hecho valer en el proceso, ya que permite combinar información estadística y no estadística, y así aplicar la teoría frecuentista de probabilidad a la determinación de probabilidades subjetivas<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> COHEN, Neil B., *Confidence in probability: burdens of persuasion in a world of imperfect knowledge*, en *New York University law review*, Vol. 60, 1985, p. 391.

<sup>292</sup> ALONSO, Diego y TUBAU, Elisabet, *Inferencias bayesianas: una revisión teórica*, en *Anuario de psicología*, Vol. 33, N° 1, 2002, p. 27.

<sup>293</sup> El reverendo Thomas Bayes (1702-1761), con su ensayo publicado póstumamente *An essay towards solving a problem in the doctrine of chances* (1763), es generalmente reconocido como el primer trabajo que desarrolló este método. Sobre el origen del teorema y el desarrollo de la estadística bayesiana, ver: EDWARDS, Ward, LINDMAN, Harold y SAVAGE, Leonard J., *Bayesian statistical inference for psychological research*, en *Psychological review*, Vol. 70, N° 3, 1963, p. 194. También: ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, en AA. VV., *Introducción a la psicología del pensamiento*, María José González Labra, Madrid, 2009, p. 325; DE VEGA, Manuel, *Introducción a la psicología cognitiva*, cit., p. 469; GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., 1996, p. 186. Una explicación de la versión más simple del teorema puede encontrarse en CATALANO, Elena María, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, cit., p. 519. En todo caso, debe mencionarse que el Teorema de Bayes no es el único modelo matemático que se ha propuesto para realizar la valoración racional de las pruebas,

Como recuerda FERRER<sup>294</sup>, los orígenes de la probabilidad matemática aplicada a la prueba se remontan a la obra de LEIBNIZ en la segunda mitad del siglo XVII, pero fue el trabajo que más de tres siglos después desarrollaron FINKELSTEIN y FAIRLEY, el que impulsó la discusión de si este modelo de razonamiento resulta compatible con la valoración de la prueba judicial<sup>295</sup>. Estos autores construyeron su análisis acerca de esta cuestión teniendo en consideración el razonamiento sostenido por la Suprema Corte de California en el caso *People vs Collins*, en el que este tribunal consideró que no era posible fundar la identificación de los acusados, y consecuentemente su condena, exclusivamente en la prueba estadística<sup>296</sup>. Ante eso, señalaron que el enfoque utilizado

---

ya que también es posible encontrar el modelo de *belief functions* desarrollado por Shafer y el *Evidentiary Value Model* desarrollado por Ekelöf, Halldén y Edman, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 163.

<sup>294</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 108.

<sup>295</sup> FINKELSTEIN, Michael O. y FAIRLEY William B., *A bayesian approach to identification evidence*, en *Harvard law review*, Vol. 83, N° 3, 1970.

<sup>296</sup> En el caso *People vs Collins* la Suprema Corte de California rechazó la teoría sostenida por el fiscal, quien pretendía demostrar la culpabilidad de dos personas mediante el uso de la estadística matemática. En su descripción fáctica, este caso trataba del asalto y robo sufrido por una mujer en un callejón camino a su casa. La víctima señaló que vio a una mujer joven rubia huir corriendo desde el lugar. Por su parte, un testigo sostuvo que vio a una mujer caucásica de cabello rubio oscuro con cola de caballo, salir corriendo desde el callejón y luego subirse a un auto amarillo conducido por un hombre negro de barba y bigote. A los pocos días la policía arrestó a una pareja que respondía a esa descripción por lo que se le acusó del delito. Durante el juicio, el fiscal solicitó la declaración de un profesor de matemáticas a fin de establecer la probabilidad de que la pareja acusada fuera la culpable del delito, ya que poseían seis elementos que, según las declaraciones de la víctima y el testigo, tenía la pareja agresora. De esta manera, el testigo experto aplicó la “regla del producto” para calcular la probabilidad de la ocurrencia conjunta de las 6 características. Esta regla indica que la probabilidad de que se den conjuntamente dos o más elementos independientes corresponde al producto de la probabilidad individual de cada uno de ellos. Así, se partió por establecer la probabilidad de por ej, el auto amarillo en 1 de 10; de un hombre con bigote en 1 de 4; y de una pareja interracial en un auto en 1 de 1000. Finalmente se estableció que había 1 posibilidad en 12 millones de que una pareja elegida al azar poseyera esas características, lo que para el fiscal significa que existía 1 posibilidad en 12 millones de que los acusados eran inocentes. Ante la abrumadora evidencia matemática, el jurado de la Corte de Los Ángeles decidió condenar a los acusados. En la apelación, la Suprema Corte de California revocó el fallo, sosteniendo que el tribunal no debió admitir evidencia perteneciente a la teoría matemática de probabilidad. Objetó el testimonio del experto por varias razones. En primer lugar, porque no existió ninguna prueba de las probabilidades individuales que se le asignaron a cada uno de las elementos analizados. Además de ello, el tribunal consideró que tampoco se probó que los seis factores fueran estadísticamente independientes, de modo que pudiera utilizarse en este caso la regla del producto, pues para que las características sean independientes es necesario que la ocurrencia de una no afecte la probabilidad de ninguna de las otras, lo que no se acreditó en el proceso. Así, si dos factores son dependientes, al estar presente uno necesariamente concurre el otro, con lo que su probabilidad es mucho mayor que el producto de sus probabilidades individuales. También se señaló que, aunque la probabilidad de 1 en 12 millones estuviera correctamente obtenida, igualmente se mantenía la posibilidad de que los testigos de la acusación se hubieran equivocado o mentado o que la pareja autora del delito hubiera actuado disfrazada, y finalmente, la Corte sostuvo que la fiscalía erróneamente igualó la probabilidad de que una pareja elegida al azar tuviera las seis características con la probabilidad de que cualquier pareja que tuviera esas características fuera inocente, pues en ese caso, si el universo de personas fuera de 24 millones, existirían 2 parejas con las características analizadas, de modo que la probabilidad de inocencia de ambas sería igual al 50%. Así la Corte estimó que la probabilidad real de culpabilidad era cercana al 40%, una cifra muchísimo menor a la pretendida por el fiscal. Sobre este caso ver: FINKELSTEIN, Michael O. y FAIRLEY William B., *A bayesian approach to identification evidence*, cit., p. 490. El caso también es analizado en: BESSO MARCHEIS, Chiara, *Probabilità e prova*,

para emplear la probabilidad frecuentista en el proceso debía ser abandonado, debido a que en muy pocas situaciones puede ser considerado suficiente por sí solo para alcanzar el nivel de certeza que se exige por el estándar de prueba, aunque ello no debía significar de ninguna forma la eliminación del uso de la teoría matemática de probabilidad en el proceso, sino que solo era necesario llevar a cabo una readecuación en su empleo. De hecho, ninguna de las razones esgrimidas por la Corte de California van en la línea de excluir el análisis estadístico de la apreciación probatoria<sup>297</sup>.

Con ese objetivo, FINKELSTEIN y FAIRLEY proponen trabajar con el siguiente caso hipotético: el cuerpo de una mujer es hallado en una zanja. Existe evidencia de que la noche anterior sostuvo una violenta pelea con su novio, quien en otras ocasiones la había golpeado. Los investigadores encuentran el arma homicida, la que corresponde a un cuchillo que en su mango tiene una huella similar a la del acusado. Sin embargo, la huella encontrada es solo parcial, por lo que mediante la opinión de un experto se establece que ella puede aparecer en no más de una en mil ocasiones. Los autores sostienen que siguiendo el enfoque sostenido por el tribunal en el caso *Collins*, esta evidencia tendría poco valor probatorio, ya que la prueba solo indica que dentro de un universo de cien mil personas, habría cien potenciales culpables, de modo que no permite construir un razonamiento concluyente. Esto deja en claro que normalmente la evidencia estadística por sí sola no es suficiente sustento para llevar a cabo una estimación de la probabilidad de las hipótesis fácticas, a menos que vaya acompañada de otras pruebas de distinta naturaleza<sup>298</sup>. Por ello, plantearon la utilización de un análisis bayesiano de probabilidad como una forma de permitir el empleo de la probabilidad matemática en el proceso, pero ya no directamente, sino que en conjunto con otras pruebas más convencionales, de modo que ella sea usada como un elemento para la valoración de la probabilidad subjetiva de un hecho único, como lo son aquellos que originan los pleitos que se ventilan ante los tribunales de justicia.

De esta manera, el modelo busca determinar la probabilidad de ocurrencia de un hecho teniendo como punto inicial del análisis el establecimiento previo de la verdad de una proposición distinta pero vinculada con el evento analizado. Por tanto, suponiendo

---

cit., p. 1150; COHEN, Neil B., *Confidence in probability*, cit., p. 388; TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*, en *Harvard law review*, Vol. 84, N° 6, 1971, p. 1334.

<sup>297</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael, *El razonamiento judicial*, Lima, 2007, p. 109, nota 151.

<sup>298</sup> FINKELSTEIN, Michael O. y FAIRLEY William B., *A bayesian approach to identification evidence*, cit., pp. 496 y ss.



que lo que se busca es determinar la probabilidad subjetiva de un hecho H, este teorema se expresa mediante la siguiente ecuación:

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)P(H)}{P(E/H)P(H) + P(E/\neg H)P(\neg H)}$$

Esto se lee de la siguiente forma: la probabilidad de que suceda el hecho H dado que acontece el hecho E, es igual a la probabilidad de que suceda el hecho E dado H multiplicado por la probabilidad de que suceda H, dividido por la probabilidad de que suceda E dado H multiplicado por la probabilidad de H, sumado a la probabilidad de que ocurra E cuando no sucede H multiplicado por la probabilidad de que no suceda H. El resultado obtenido representará el grado de convencimiento racional sobre el hecho analizado<sup>299</sup>.

Como puede apreciarse, el teorema exige la determinación previa y cuantitativa de dos situaciones, cuya combinación habilita para obtener la probabilidad del hecho investigado:

- Primero, debemos establecer el grado de creencia de la probabilidad previa para H en términos generales y aislados, sin ninguna consideración por E o por otra variable en particular;

- Y en segundo lugar, dado que el teorema trabaja con probabilidades inversas, también será necesario fijar la probabilidad de la ocurrencia de E cuando se ha demostrado que H ha sucedido.

De esta forma, habiéndose establecido esos valores, es preciso incorporarlos en la ecuación anterior y con ello se obtendrá la nueva probabilidad de H, esta vez no calculada en forma aislada, sino que teniendo en consideración que se ha demostrado que E ha sucedido. Como efecto de ello, el empleo del teorema permitirá constatar como el grado de creencia de una persona respecto a la probabilidad de un hecho H se ve modificado cuando adquiere nueva información en relación con él, o sea, como la práctica de nuevas pruebas en el proceso ocasiona ajustes en la probabilidad subjetiva

---

<sup>299</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 194. También es posible encontrar otras versiones más simples del Teorema:

$$P(H/E) = \frac{P(E/H)}{P(E/NO-H)} \cdot P(H)$$

Para una explicación de este modelo abreviado ver: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 109; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 165; TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics*, cit., p. 1350.

inicial de un evento o de una hipótesis probatoria<sup>300</sup>. Esto se ha expresado señalándose que la probabilidad subjetiva que una persona atribuye a H antes de saber que E es verdadero (*prior probability* de H) usualmente experimentará una variación cuando se tenga certeza de que E es verdadero o que ha sucedido, de modo que este nuevo valor (*posterior probability* de H) se conocerá gracias al empleo del teorema. El quantum de la modificación de H dependerá de la fuerza probatoria de E, por lo que es posible que la probabilidad del hecho se mantenga inalterada después del cálculo matemático si es que E no ejerce ningún efecto probatorio respecto de él<sup>301</sup>.

Veamos un ejemplo de la aplicación del teorema: supongamos que producto de una intervención quirúrgica de alto riesgo una persona resulta con serias secuelas motoras. Presentada la demanda civil por daños y perjuicios, y demostrado que esos efectos negativos son consecuencia de la operación, el actor alega que no se ha respetado la *lex artis* médica en este caso. ¿Cuál es la probabilidad de que el médico haya cumplido correctamente con todo el procedimiento operatorio dado que la persona resultó con graves secuelas? Para saberlo, debemos asignar las probabilidades previas, lo que haremos arbitrariamente al no contar con datos reales (aunque desde ya planteamos nuestras dudas acerca de si es posible obtenerlos), pero para efectos de apreciar cómo opera el teorema bastará. Así, supongamos que la probabilidad de que un médico cumpla correctamente con todo el procedimiento operatorio alcanza al 95%. A eso, agreguemos que la probabilidad de que el paciente presente secuelas dado que se ha respetado el protocolo médico es del 20%. Ahora, reemplazando los valores en la fórmula, podremos ver cómo se transforma cuantitativamente la probabilidad de que el médico haya cumplido debidamente con el protocolo:

$$P(H/E) = \frac{0,2 \times 0,95}{0,2 \times 0,95 + 0,8 \times 0,05} = 0,82$$

Como se constata, el teorema permite pasar desde una probabilidad general de respeto de los protocolos médicos del 95% de los casos, a una probabilidad del 82% en

---

<sup>300</sup> ALONSO, Diego y TUBAU, Elisabet, *Inferencias bayesianas: una revisión teórica*, cit., p. 28. En el mismo sentido: CATALANO, Elena María, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, cit., p. 518; DÍAZ, Carmen y DE LA FUENTE, Inmaculada, *Dificultades en la resolución de problemas que involucran el teorema de Bayes*, en Educación matemática, Vol. 18, N° 2, 2006, p. 75.

<sup>301</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 165.

este caso particular. Esto refleja el impacto que sobre la información general de respeto de la *lex artis* produce el conocimiento de que en esta oportunidad el paciente ha resultado con secuela post-operatorias. Las consecuencias presentadas por el sujeto luego de la intervención han afectado negativamente la *prior probability* de respeto del protocolo, reduciendo las probabilidades de que fue utilizado debidamente por el demandado.

### 1) El problema de las *prior probabilities*

De acuerdo a lo señalado, el funcionamiento del teorema demanda cuantificar las posibilidades de ocurrencia del evento enjuiciado antes de conocer que el indicio se ha producido. Sin esta cifra es imposible usar el teorema, pues las *prior probabilities* constituyen el fundamento básico del cálculo a realizar. Sin embargo, determinar esta cantidad constituye un problema de grandes proporciones para la prueba procesal, toda vez que en la mayor parte de los casos en el proceso no se cuenta con datos estadísticos acerca de las frecuencias con que se presentan los distintos tipos de hechos ni se maneja ninguna indicación ni directiva para proceder a su cálculo. Por ello, la determinación de este valor termina siendo entregado a la estimación antojadiza que realice el *factfinder*, que para el proceso no es otro sino el juez. Así, si el tribunal estimara que la valoración probatoria pudiera realizarse siguiendo el modelo subjetivo de probabilidades y no tuviera a su disposición una estimación clara, precisa y fundada (como de ordinario ocurre, salvo en los casos de ADN), o sea, una cifra que señale cuáles son las probabilidades estadísticas previas de que suceda el evento que se requiere tener o no por probado, no le queda más que adjudicarle arbitrariamente una cantidad que represente su probabilidad de frecuencia, careciendo de cualquier base científica objetiva y controlable para hacer esta asignación<sup>302</sup>. Algo muy parecido a lo que acabamos de hacer con el ejemplo planteado en el epígrafe anterior. Ahora, tampoco podemos sostener que el juez de manera deliberada actuará irracionalmente al indicar las *prior probabilities*. No es esa nuestra intención. Sino que esta fijación se presenta de esta forma debido a sus propias características y a las condiciones en que debe realizarse, pues no se cuenta con toda la información necesaria e indispensable para

---

<sup>302</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 132. En igual sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 111; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 167.

hacerlo correctamente, y de hecho, vemos muy difícil, por no decir imposible, que la probabilidad objetiva previa de algún hecho relevante para un proceso pueda estar disponible. Por eso este sistema le exige al juez llevar a cabo una tarea que termina convertida en una cuestión de azar<sup>303</sup>.

Así las cosas, serán patentes los defectos de un resultado obtenido de un cálculo matemático realizado a partir de cifras carentes de toda seriedad y rigurosidad en su generación, fruto de las meras intuiciones, impresiones o estados de ánimo del sentenciador. De hecho, la fuerza de la tesis bayesiana para la tasación probatoria se obtiene de la certeza que le pueda proveer la probabilidad estadística, de modo que si carece absolutamente de ella, la aplicación del teorema se transforma en la constatación de una cuestión meramente aleatoria, y más grave aún, en la institucionalización de una irracionalidad<sup>304</sup>.

Por otra parte, un asunto que también torna problemática la determinación de las probabilidades previas, y con ello el empleo del teorema, tiene relación con la elección de las variables correctas para la realización del cálculo. En este sentido, siguiendo el caso hipotético propuesto, el establecimiento de la probabilidad estadística previa acerca de las intervenciones quirúrgicas en las que el médico cumple efectivamente con la *lex artis* hace necesario escoger el universo de casos con los que se va a trabajar para obtener esta cuantificación. Así, por ejemplo, ¿será correcto atender a la frecuencia estadística que se da en toda clase de operaciones o debemos considerar solo a las del mismo tipo del caso analizado? Y si es así, ¿a las practicadas en el mismo hospital o en toda la ciudad? ¿O la estadística nacional? ¿Debemos precisar también la edad del médico? ¿Y su nivel de especialización? La lista de cuestionamientos puede seguir y seguir, pero el punto que queremos evidenciar con este simple ejercicio es que las posibilidades de elegir las variables que intervienen de la ecuación son múltiples, y quizás infinitas, por lo que esto constituye por definición una enorme dificultad para el juez y una ocasión más para generar una decisión absolutamente arbitraria. En definitiva, la elección de la *prior probability* específica con la que se trabajará en un caso concreto es un asunto que depende de la sola voluntad de quien realiza la estimación de la probabilidad subjetiva.

Ahora bien, suponiendo que, por un lado, al juez le sea factible contar con la frecuencia estadística de las probabilidades previas del hecho estudiado, y que por otro,

---

<sup>303</sup> TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics*, cit., p. 1358.

<sup>304</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 200.

se haya procedido a la elección de las variables apropiadas para una correcta valoración de la prueba en cuestión, una conjunción que, analizada desde la concepción frecuentista, tiene escasas probabilidades de ocurrir, debemos hacer presente que el modelo de probabilidad subjetiva también se ha criticado debido al peso que le asigna a las *prior probabilities* en el cálculo de la probabilidad final del hecho. Esto porque, como lo sostiene GASCÓN<sup>305</sup>, el modelo bayesiano le otorgaría una enorme gravitación al valor que se le asigne a la probabilidad inicial del suceso, ya que, dadas las características de la ecuación matemática propuesta por el teorema, ineludiblemente condiciona el producto final. Por ello, si se otorga un valor alto a la probabilidad previa del hecho, el teorema necesariamente arrojará una alta probabilidad subjetiva posterior, ocurriendo lo propio en sentido contrario. Esto podría corregirse si se atendiera al resto de los elementos probatorios que se hayan incorporado al proceso, pero lamentablemente ellos no tienen cabida en este modelo.

Finalmente debemos dar cuenta de que se ha intentado defender la suficiencia de las *prior probabilities* para alcanzar resultados adecuados empleando el Teorema de Bayes. Esto porque FINKELSTEIN y FAIRLEY sostuvieron que la solidez del teorema es tal, que permite resistir estoicamente las estimaciones subjetivas de las probabilidades previas. De esta forma, dichos autores, aceptando que la determinación del valor de las *prior probabilities* puede variar significativamente dependiendo de la persona que hace la estimación, sostienen que el empleo del teorema demuestra que en la mayor parte de los casos la evidencia estadística es lo suficientemente fuerte como para que las variaciones solo den lugar a diferencias insignificantes en el resultado<sup>306</sup>. Por lo tanto, la fórmula matemática propuesta tendría tal capacidad de adecuación que permitiría superar una incorrecta estimación inicial y de todas formas entregar un producto que sea un reflejo de la probabilidad del hecho estudiado<sup>307</sup>. Por nuestra parte, pensamos que si bien esto tiene algo de asidero, el teorema no permite superar todas las deficiencias de una estimación inicial errada, sino que a lo sumo puede suavizar en algo los diferentes resultados que se generen, sin dejar de mencionar que igualmente la justificación de FINKELSTEIN y FAIRLEY no resulta suficiente para obviar todos los

---

<sup>305</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 168.

<sup>306</sup> FINKELSTEIN, Michael O. y FAIRLEY William B., *A comment on "Trial by mathematics"*, en *Harvard law review*, Vol. 84, 1971, p. 1802.

<sup>307</sup> De hecho, esto puede apreciarse en el caso propuesto por NIEVA, en el que asigna dos probabilidades previas diferentes al mismo hecho y constata que la fórmula corrige la apreciación subjetiva y genera dos resultados que van en el mismo sentido, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 133.

problemas que generan las probabilidades previas, los que parecen insalvables para el modelo.

## **2) Críticas al empleo de técnicas matemáticas en la valoración de la prueba judicial**

Laurence TRIBE, en un excelente artículo publicado al año siguiente de aquel en que FINKELSTEIN y FAIRLEY postularan la utilización de la doctrina bayesiana en el proceso<sup>308</sup>, fue el primero en alzar su voz para oponerse clara y tajantemente a la utilización de este método para calcular el peso de la evidencia procesal. De hecho, pensaba que introducir herramientas matemáticas o estadísticas para guiar al juez podría generar más peligros que beneficios, de modo que existiría la posibilidad de que el juicio terminara siendo deshumanizado. Así, siguiendo las ideas expuestas por este autor podemos señalar que las objeciones que tradicionalmente se han planteado para excluir cualquier aplicación de las técnicas matemáticas en este ámbito son:

a. En primer lugar, se ha sostenido que dadas las características de la probabilidad estadística, ella no permite determinar si algo sucedió o no en una ocasión previa específica, ya que sus datos los obtiene de la constatación de la frecuencia con la que se presentan los hechos. De esta forma, el conocimiento de las frecuencias en el mejor de los casos podría ser usado para hacer predicciones acerca de la probabilidad de que ciertos eventos sucedan en el futuro, pero nada puede decir acerca de lo que ha ocurrido en un caso concreto acaecido en un momento del pasado.

b. A ello debemos agregar que comúnmente a la probabilidad matemática no se le otorgará la fuerza probatoria suficiente para obtener el convencimiento del tribunal. De hecho, existe una opinión que tiende a considerar que la prueba estadística enfrentada a una prueba convencional, como la declaración de testigos, tiene un influjo notablemente menor, tal como pretende evidenciarlo NESSON cuando propone un caso hipotético en el que se relata que 24 de 25 prisioneros de un sector de la cárcel han participado en el asesinato de un guardia y no se dispone de más pruebas que la evidencia estadística, la que indica que existe un 96% de que un prisionero elegido al azar sea responsable. Dado ello, si se sigue un proceso criminal en contra de uno de los presos y en definitiva se le condena, dicha sentencia tendría altísimas probabilidades de

---

<sup>308</sup> TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics*, cit., pp. 1229 y ss.

ser correcta. Sin embargo, esa decisión solo se fundaría en especulaciones, pues de los antecedentes que se tienen sobre los hechos no hay nada que sirva para distinguir a un preso del resto, por lo que existiría una renuencia a permitir que el tribunal condenara a cualquiera de los prisioneros sobre la base exclusiva de esta evidencia estadística. Por el contrario, si en lugar de la probabilidad matemática se contara con la declaración de un testigo ocular, aun cuando la probabilidad de culpabilidad se mantuviera en 96%, una sentencia condenatoria en contra de un prisionero no provocaría un rechazo significativo. Ello quizás se debe a que con la referencia matemática queda en clara evidencia el riesgo de error que existe y se tolera en el caso concreto (4%), lo que no ocurre respecto a la credibilidad de la declaración del testigo, que no puede ser expresada en términos aritméticos, lo que inevitablemente hace que el error se aprecie en forma menos destacada y obvia<sup>309</sup>.

c. Por otra parte, también se ha indicado que por el impacto común que ejercen las cuantificaciones sobre el ser humano, es perfectamente esperable que la persona llamada a valorar la prueba le confiera consciente o inconscientemente un peso desmesurado a la evidencia matemática, más aún si al tribunal solo se hacen llegar las cifras duras de las probabilidades estadísticas sin la información indispensable para manejar los datos entregados y obtener resultados correctos a partir de su análisis. Así, de ordinario el tribunal se enfrentará a cuantificaciones que se le aparecen como incompresibles, por lo que existe el riesgo cierto de que le otorgue una credibilidad muy por sobre su real peso probatorio<sup>310</sup>.

d. Por último, también se ha señalado que existe una incapacidad de la probabilidad estadística para dar cuenta del razonamiento probatorio en el proceso judicial, pues solo sirve para explicar frecuencias relativas de eventos, no hechos individuales<sup>311</sup>. Así, en cuanto a la inadecuación de la probabilidad frecuentista respecto a la prueba procesal existen dos ejemplos muy conocidos: la paradoja del colado (a la que ya se ha hecho referencia) y el caso de autobús azul.

Como recuerda SHAVIRO, el ejemplo del autobús azul está basado en el caso *Smith vs Rapid Transit* en el que la Suprema Corte del Estado de Massachusetts sostuvo

---

<sup>309</sup> NESSON, Charles R., *Reasonable doubt and permissive inferences: the value of complexity*, en *Harvard law review*, Vol. 92, N° 6, 1979, p. 1192. También: SHAVIRO, Daniel, *Statistical-probability evidence and the appearance of justice*, en *Harvard Law Review*, N° 103, 1989-1990, p. 533.

<sup>310</sup> CATALANO, Elena María, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, cit., p. 520. Asimismo: TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics*, cit., p. 1334.

<sup>311</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 98. En el mismo sentido: TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 199.

que la responsabilidad no puede estar asentada exclusivamente en posibilidades matemáticas, pues el veredicto requiere evidencias que permitan una creencia real del tribunal en la responsabilidad del demandado<sup>312</sup>. Este ejemplo trata de una persona que es negligentemente atropellada por un autobús azul, existiendo en la ciudad solo dos empresas que son propietarias y operan autobuses azules: la empresa A que posee el 80% de las máquinas y la B, que es dueña del 20% restante. Demandada la empresa A, no existen más evidencias para identificar al responsable que el conocimiento que dicha empresa opera cuatro quintos de todos los autobuses azules que circulan en la ciudad<sup>313</sup>. Si en definitiva se dicta sentencia en beneficio del demandante, dicha decisión será considerada como una apuesta del juez basada en la evidencia, ya que esta es insuficiente para entregar una explicación aceptable de lo sucedido, aun cuando indique una alta probabilidad de exactitud<sup>314</sup>.

Pero además de eso, un fallo que acceda a lo pedido en la demanda podría traer perniciosas consecuencias para el funcionamiento del sistema de justicia. Así, por ejemplo, si en el caso propuesto se estimara que la demandada es responsable, debería fallarse de la misma forma cada vez que se presente un accidente en que no exista ninguna evidencia, de modo que la empresa A podría ser considerada responsable del 100% de los accidentes en que esté involucrado un autobús azul, lo que claramente no solo sería una cuestión injusta e ilógica, sino que se opondría a la propia evidencia matemática. Ahora bien, si quisiéramos respetar el dato estadístico, la empresa A debería ser condenada en el 80% de los casos, y la empresa B en los restantes. ¿Pero cómo haríamos practicable esa división? ¿Condenaríamos a A en los primeros 80 casos que se presenten y luego a B en 20, y así sucesivamente? Como puede verse, esta solución, por decir lo menos, resultaría ridícula.

Pero además, si en los casos en que no se tengan datos del responsable se acudiera siempre en subsidio a la evidencia matemática, esto incentivaría a los demandantes no solo a no introducir toda la prueba que les sea posible, sino que más grave que eso, a no hacer un relato completo de los hechos y a dirigirse siempre en contra de aquel que tenga las mayores posibilidades de resultar culpable, alejando completamente a la verdad del desarrollo de los procesos judiciales<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> SHAVIRO, Daniel, *Statistical-probability evidence and the appearance of justice*, cit., p. 531.

<sup>313</sup> TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics*, cit., p. 1340.

<sup>314</sup> NESSON, Charles R., *The evidence or the event?*, cit., p. 1379.

<sup>315</sup> COHEN, Neil B., *Confidence in probability*, cit., p. 396.



### C) Enfoque psicológico

Todos los esfuerzos descritos con anterioridad han estado puestos en la determinación más precisa de la probabilidad de ocurrencia de las hipótesis fácticas que han sido invocadas en el proceso, objetivo para el que se ha recurrido al auxilio de las ciencias exactas. Sin embargo, y teniendo en cuenta que en el proceso judicial siempre debemos movernos en el campo de las probabilidades, resulta bastante dudoso que los seres humanos cuantifiquen dichas probabilidades a través del desarrollo de cálculos aritméticos o siquiera que establezcan las posibilidades de un evento asignándole un valor numérico. Por el contrario, esto se llevaría a cabo de manera muy distinta, debido por ejemplo a la enorme complejidad que representa la fijación de frecuencias estadísticas o los inconvenientes que se generan con la utilización del Teorema de Bayes. En este sentido, las investigaciones psicológicas han permitido establecer que las personas siguen ciertos patrones en el proceso de asignación de probabilidades, simples e intuitivos, que para nada se vinculan con las teorías matemáticas de probabilidad, y que de hecho, en muchos casos se oponen derechamente a los resultados que se obtendrían con el empleo de esas concepciones<sup>316</sup>. Gracias a los estudios que la psicología cognitiva ha llevado adelante en relación con las inferencias y predicciones que desarrollan las personas, se ha podido señalar que en este proceso participan los llamados heurísticos y sesgos de razonamiento, o bien, que la asignación de probabilidades tendría lugar a partir de la utilización de modelos mentales. Estos serían los métodos a través de los cuáles las personas en general, y el juez en particular, determinan la forma en que se enfrentan a la resolución de los problemas que se le presentan en la vida diaria. Obviamente el juicio jurisdiccional constituye un problema a resolver por parte del sentenciador, de modo que el análisis de estas cuestiones es relevante para este trabajo.

El enfoque psicológico de valoración de la prueba viene a tratar de explicar el mecanismo por el cual el juez elige un camino para aproximarse y solucionar el conflicto que se le ha sometido, selecciona las premisas y las evidencias a las que prestará atención para ir construyendo su decisión, y en definitiva, determinará el nivel

---

<sup>316</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, 2007, p. 70.

de certeza que le asigna a cada una de las hipótesis que se hayan barajado en el proceso<sup>317</sup>.

### a) Heurísticos y sesgos

La palabra *heurístico* es propia del terreno de las matemáticas y desde ahí fue tomada por la psicología. Es usada en el ámbito de las ciencias exactas para referirse a procedimientos de solución de problemas que se diferencian de los algoritmos por su vaguedad y falta de precisión, pues mientras el algoritmo toma en cuenta todas las posibilidades del espacio problema, el heurístico se centra solo en los elementos que en ese momento se consideran más relevantes. De esta manera, como lo indica el Diccionario de la RAE, el heurístico da cuenta de un método no riguroso para la solución de un problema, por lo que la psicología se sirve de esta expresión para designar métodos o estrategias que guían la obtención de soluciones de una forma vaga y general<sup>318</sup>.

Lo anterior se ajusta al hecho de que los seres humanos, debido a sus limitadas capacidades de comprensión y análisis de la información, se ven en la necesidad de construir modelos simplificados de la realidad, por lo que los heurísticos son un producto de estos. Como recuerda GIGERENZER, durante la segunda mitad del siglo pasado el concepto se instaló en las discusiones especializadas a partir de los trabajos experimentales llevados a cabo por Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, quienes tomaron prestado el vocablo desde la inteligencia artificial para explicar los errores en el razonamiento probabilístico<sup>319</sup>. Así, en el plano psicológico, los heurísticos hacen referencia a estrategias de pensamiento en que las personas optan por la utilización de *atajos cognitivos* para razonar y tomar decisiones eficientes, con prontitud y muy poco

---

<sup>317</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 112. Aunque no es el único método de resolución empleado, se señala que ante un problema nuevo las personas tienden a recordar alguno parecido que hayan solucionado previamente, lo que les facilita la obtención de una respuesta adecuada, DE LA FUENTE, Javier, *El problema de recordar un problema para resolver un problema*, en Anuario de psicología, N° 52, 1992, p. 18.

<sup>318</sup> PÉREZ ECHEVERRÍA, María, *Solución de problemas*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008, p. 205. También: FARIÑA RIVERA, Francisca, NOVO PÉREZ, Mercedes y ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*, en *Psicothema*, Vol. 14, N° 1, 2002, p. 39; PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, cit., p. 185.

<sup>319</sup> GIGERENZER, Gerd, *How to make cognitive illusions disappear: beyond "heuristics and biases"*, en *European review of social psychology*, W. Stroebe y M. Hewstone (editores), Vol. II, Chichester, 1991, p. 101.

esfuerzo, sobre la probabilidad de eventos inciertos normales que se presentan en la vida diaria.

Se ha estimado que constituyen las reglas básicas de inferencia probabilística usadas por los adultos, sin importar cuál sea su nivel cultural, el conocimiento de cómo operan las leyes de la probabilidad o de cuál es la materia específica objeto de análisis. Son procesos que permiten expresar en términos muy simples problemas que no lo son tanto, o que no lo serían para nada si los formuláramos de acuerdo a los postulados de la probabilidad pascaliana. Así, pese al peligro de caer en una excesiva simplificación que termine por desdibujar el problema, usualmente los razonamientos que se construyen en base a estos *shortcuts* resultan ser lógicamente correctos, por lo que su empleo no puede ser menospreciado desde ningún punto de vista. Empero, tampoco hay que caer en el error de estimar que ellos son infalibles, pues analizados con detención y seriedad, es posible constatar que pueden provocar sesgos y errores inferenciales<sup>320</sup>.

De esta manera, KAHNEMAN y TVERSKY, mediante la realización de una serie de ensayos, establecieron que las personas no siguen los principios de la probabilidad matemática ni utilizan el Teorema de Bayes para llevar a cabo sus inferencias probabilísticas, sino que para cumplir ese objetivo se valen de un conjunto de reglas que no solo no se ajustan a los principios de la estadística, sino que incluso van en la dirección contraria, como por ejemplo ocurre con la denominada “falacia de la conjunción”, la que según estos autores demuestra que los sujetos violan el principio fundamental que indica que la probabilidad de que dos variables concurren conjuntamente es menor que las probabilidades individuales de cada uno de los elementos, en el sentido de que las personas estiman más probable la conjunción que la posibilidad de que cada uno de los elementos se dé por separado<sup>321</sup>. Así las cosas, como resultado de sus investigaciones, señalaron que existen tres heurísticos: representatividad, accesibilidad y anclaje y ajuste. Una mejor comprensión de ellos y de los sesgos a que conducen puede optimizar los juicios y las decisiones en situaciones de

---

<sup>320</sup> NISBETT, Richard y ROSS, Lee, *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*, New Jersey, 1980, p. 18. También: ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., pp. 329 y ss.; GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 180; KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en *Cognitive psychology*, 3, 1972, p. 430; PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, cit., p. 186; TUBAU SALA, Elisabet, *Juicios de probabilidad y toma de decisiones*, cit., p. 199; VALIÑA, María Dolores y MARTÍN, Monserrat, *Razonamiento pragmático*, cit., p. 173.

<sup>321</sup> ALONSO, Diego y TUBAU, Elisabet, *Inferencias bayesianas: una revisión teórica*, cit., p. 26. Asimismo: JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models and probabilistic thinking*, en *Cognition*, Vol. 50, 1994, p. 190.

incerteza, que de ninguna manera se limitan a las soluciones adoptadas en contextos legales<sup>322</sup>. Estos heurísticos serán analizados a continuación.

### 1) Heurístico de representatividad

El heurístico de la representatividad (*representativeness*) se refiere a que las personas valoran la probabilidad de un hecho incierto de acuerdo con una ley básica de asociación: la semejanza<sup>323</sup>. De esta manera, KAHNEMAN y TVERSKY sostienen que para determinar la probabilidad de que un objeto A pertenezca a una clase B, las personas tienen en cuenta el grado en el cual A se parece o es similar a B. El parecido entre dos elementos es usado en forma común, simple y rápida para decidir acerca de las probabilidades de que suceda una cierta hipótesis, de modo que a medida que aumenta la semejanza entre A y B, consecuentemente se incrementa el valor de las probabilidades asignadas. Llevado al terreno judicial, esto se vincula con que el juez tiende a resolver los asuntos de la misma manera en que lo ha hecho en los casos parecidos que le haya correspondido conocer previamente. Con esto simplifica enormemente su ejercicio intelectual y obtiene su decisión de forma más rápida, ya que confía en que los razonamientos que haya elaborado para casos semejantes son plenamente aplicables para el que ahora le corresponde resolver. En efecto, una situación de este tipo podría producirse respecto a la valoración de las evidencias, por ejemplo, si en un caso concreto el sentenciador decide asignarle un bajo nivel de credibilidad a las declaraciones de los litigantes porque así lo ha hecho en todos los procesos similares que ha conocido con anterioridad. La tendencia jurisdiccional indicará que la decisión de litigios análogos será parecida, cuando no la misma, lo que se manifiesta en la enorme importancia que para estos efectos se otorga a la jurisprudencia. El juez recurre ella a fin de conocer la decisión que los tribunales superiores han adoptado en casos semejantes, para de esa manera orientar la suya<sup>324</sup>.

Las personas utilizan la relación de similitud como fundamento para construir sus inferencias probabilísticas debido a que el ejercicio que conlleva la

---

<sup>322</sup> Estos errores se han observado en una serie de actividades cotidianas, entre las que se cuentan: la predicción del precio de cierre de las acciones, de los patrones de apuestas, la estimación de valores estadísticos o la probabilidad de que se produzcan inundaciones, SAKS, Michael J. y KIDD, Robert F., *Human information processing and adjudication: trial by heuristics*, en *Law & society review*, Vol. 15, N° 1, 1980-1981, p. 131.

<sup>323</sup> PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, cit., p. 187.

<sup>324</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, cit., p. 73.

representatividad es bastante simple y suele producir resultados satisfactorios. Esto se debe, como ya lo señalamos, a que basta con hacer referencia a situaciones similares para encontrar la respuesta al problema actual. De esta manera, la única exigencia que plantea este heurístico es contar con ese conocimiento previo, o al menos, tener a disposición la fuente que nos permite saber cómo un asunto análogo ha sido superado con anterioridad, situaciones ambas que son perfectamente aplicables a la resolución de los procesos judiciales. Por otra parte, parece sensato confiar en que el empleo de la representatividad nos guiará hacia una conclusión correcta, pues generalmente los eventos más probables son también más representativos<sup>325</sup>.

Sin embargo, este enfoque del juicio de probabilidad puede conducirnos a graves errores de razonamiento, toda vez que existen varios factores que afectan las posibilidades que un hecho tiene de presentarse, pero no su representatividad, de modo que son ignorados al momento de evaluar la probabilidad del hecho mediante el uso de este heurístico. O bien al contrario, es posible que se otorgue una influencia indebida a factores que afectan la representatividad pero no a la probabilidad<sup>326</sup>. Todo ello ocasiona que el proceso de evaluación se lleve a cabo sistemáticamente de una manera contraria a las reglas estadísticas<sup>327</sup>. En este sentido, un factor fundamental que afecta el juicio de probabilidad, mas no la representatividad, es la frecuencia previa de ocurrencia de un evento. Se han encontrado evidencias de que cuando las personas evalúan la probabilidad según el parecido de ciertos fenómenos, dejan de prestarle atención a la información que le entregan los datos acerca de las probabilidades previas de que sucedan esos hechos (falacia de las tasas base). Esto es, dejan de lado la cuantificación aritmética de la frecuencia relativa del hecho y se concentran en su parecido con otros eventos o problemas que hayan tenido la oportunidad de resolver con anterioridad. Eso es lo que ocurre en el caso de los abogados e ingenieros propuesto por KAHNEMAN y TVERSKY<sup>328</sup>: en un estudio se informó a un grupo de sujetos que, de cierta cantidad de personas, el 70% eran abogados y el resto, ingenieros. Luego se les entregó la descripción de una de esas personas para que los sujetos determinaran si correspondía a

---

<sup>325</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgments of and by representativeness*, en *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (editores), Cambridge, 1982, p. 89.

<sup>326</sup> BAR-HILLEL, Maya, *Studies of representativeness*, en *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (editores), Cambridge, 1982, p. 69.

<sup>327</sup> KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *On the psychology of prediction*, en *Psychological review*, Vol. 80, N° 4, 1973, p. 237.

<sup>328</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, en *Science*, Vol. 185, N° 4157, 1974, p. 1124.

un abogado o a un ingeniero. Los investigadores comprobaron que aun cuando el perfil entregado no proporcionaba mayor información sobre la profesión de la persona, los sujetos evaluaban la probabilidad atendiendo a la similitud entre la descripción proporcionada y el estereotipo que ellos mantienen de los distintos profesionales, sin otorgarle ninguna importancia a la *prior probability*, aunque también se apuntó que era posible que la tasa base de frecuencia fuera utilizada adecuadamente, pero solo cuando no se entregaba ninguna información adicional<sup>329</sup>.

Por otra parte, se ha establecido que al hacer sus predicciones los sujetos son incapaces de apreciar la influencia que en este asunto es necesario reconocer al tamaño de la muestra, y que de hecho consideran que la probabilidad fijada a partir de una muestra estadística no tiene ninguna relación con su magnitud, algo que claramente se desmiente por las nociones esenciales de estadística, según las cuales es más probable que muestras de mayor tamaño se aproximen mejor a las características de la población de la cual son extraídas. No obstante, esto no influye para nada en el proceso de representación. Por otro lado, también se han detectado errores de razonamiento en el denominado caso de la *ilusión de validez*, según el cual las personas tienden a hacer predicciones intuitivas seleccionando el resultado que es más parecido a su estereotipo, de modo que la conclusión se ve influida por las nociones previas que tenga respecto al objeto analizado. Así, los sujetos se muestran muy confiados en las predicciones que han elaborado, aunque lo consiguen ignorando los factores que limitan su precisión, de modo que la validez de los pronósticos carece de todo el mérito que se le ha asignado. A ello debemos agregar, entre otros, el hecho de que las personas generalmente tienen una concepción errónea sobre el azar y la secuencia de eventos aleatorios, como asimismo, que manifiestan una idea equivocada sobre el fenómeno llamado “regresión a la media”<sup>330</sup>.

En esta misma perspectiva, se ha detectado que muchas veces los sujetos tienden a mostrar una confianza excesiva al momento de evaluar la corrección o exactitud de su conocimiento o de su juicio emitido, de modo que cuando se le pregunta que tan fiables son sus conocimientos, tienden a cifrarlos en un nivel mayor que aquel en que realmente

---

<sup>329</sup> GIGERENZER, Gerd, HELL, Wolfgang y BLANK, Hartmut, *Presentation and content: the use of base rates as a continuous variable*, en *Journal of experimental psychology*, Vol. 14, N° 3, 1988, p. 514. Del mismo modo: COHEN, Laurence Jonathan, *The probable and the provable*, cit., p. 259. Cuando solo se informa la tasa base, las personas confían fuertemente en esta información para hacer sus pronósticos, pero si se agrega información descriptiva del caso específico, tienden a ignorar la tasa base y a confiar en la representatividad, SAKS, Michael J. y KIDD, Robert F., *Human information processing and adjudication*, cit., p. 129.

<sup>330</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under uncertainty*, cit., pp. 1125 a 1127.

es posible situarlos<sup>331</sup>. Además, en estos casos también se configura el principio de Pollyanna, en virtud del cual los sujetos muestran la tendencia a asignar probabilidades más altas a las alternativas que les son más deseables, y menores posibilidades a aquellas que les parecen menos apetecibles. O el sesgo a posteriori, que consiste en la creencia, una vez que el sujeto ya tiene conocimiento del resultado final, que las cosas no podían suceder de otra forma a como efectivamente ocurrieron<sup>332</sup>.

Ahora bien, la inadecuación entre la representatividad y el cálculo matemático de probabilidades queda en evidencia cuando se analiza la forma en que ambos sistemas se enfrentan a la determinación de la probabilidad de una conjunción de eventos. Como ya se expuso oportunamente, el enfoque pascaliano se vale del principio multiplicativo para la conjunción, según el cual el aumento de la cantidad de factores que deben presentarse en forma conjunta va en proporción inversa a la probabilidad de su ocurrencia, por lo que al agregar un nuevo elemento necesariamente se genera una disminución de ella. Sin embargo, esta regla no tiene ninguna aplicación en materia de representatividad, pues esta puede verse incrementada por la especificación del objeto, por lo que un evento compuesto puede ser considerado más probable que uno de sus componentes, en la medida que esa especificación contribuya a encontrar con mayor facilidad la similitud en que se fundamenta la representatividad<sup>333</sup>.

Por último, en lo que tiene relación con la utilización de este heurístico por parte del juez, son claros e innegables los peligros que ello trae consigo. En este sentido, si el tribunal confía ciegamente en la representatividad puede terminar restándole toda seriedad al análisis de las nuevas cuestiones que se le presenten, ya que se limitará simplemente a resolver los casos de la misma forma en que lo ha hecho en forma previa, sin llevar a cabo un ejercicio de constatación de las circunstancias particulares del nuevo proceso o de las pruebas que sean prácticas en él. Por ello, el juez podría pasar por alto los elementos que hacen del nuevo proceso un caso distinto de aquellos que ya ha conocido, por lo que demanda una decisión diferente. En suma, el mayor peligro que este heurístico trae al proceso es la superficialidad de las decisiones judiciales, lo que de concretarse priva a la sentencia de sustento y racionalidad.

---

<sup>331</sup> KORIAT, Asher, LICHTENSTEIN, Sarah y FISCHHOFF, Baruch, *Reasons for confidence*, en *Journal of experimental psychology: human learning and memory*, Vol. 6, N° 2, 1980, pp. 107 y ss.

<sup>332</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *La toma de decisiones*, en AA. VV., *Introducción a la psicología del pensamiento*, María José González Labra, Madrid, 2009, p. 372. También: GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 180.

<sup>333</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgments of and by representativeness*, cit., p. 90.

## 2) Heurístico de accesibilidad

Si para comprender el heurístico de representatividad el punto esencial es la semejanza, en el caso de la accesibilidad (*availability*) el asunto versa sobre una ley básica de memoria: la repetición<sup>334</sup>. Esto porque cuantas más veces se reitera un acontecimiento, más fácil será recordarlo en el futuro, de modo que este heurístico indica que la frecuencia de un suceso debe estimarse teniendo en cuenta la facilidad con la que pueden recordarse o imaginarse ejemplos relevantes<sup>335</sup>. De esta forma, sucesos más frecuentes son recordados mejor y más rápido que aquellos menos usuales. La cantidad de los casos que pueden ser recuperados o la sencillez con que ellos vienen a la mente son elementos claves para que las personas puedan llevar a cabo una estimación de la probabilidad del hecho<sup>336</sup>. Por lo tanto, se genera una relación directamente proporcional entre la facilidad para recordar o imaginar casos y la probabilidad que se le asignará a un evento, sin que sea necesario llevar a cabo la real operación de recuperación o construcción<sup>337</sup>.

En el plano judicial, la accesibilidad se manifiesta en que el juez tenderá a estimar más probable aquella hipótesis de los hechos que coincida con situaciones previas que pueda recordar más fácilmente, de modo que este heurístico lo llevará a pensar que en la situación actual ha sucedido lo mismo que en los ejemplos que ha podido recuperar, los que usualmente coincidirán con los casos similares que hayan acontecido en el último tiempo. Esto es lo que sucede, v. gr., si recientemente se ha conocido de la sentencia en contra de un padre por haber desaparecido y asesinado a sus hijos, de modo que si se inicia un proceso en contra de otro progenitor por las mismas causas, el tribunal estimará que ello es altamente probable, dada la facilidad para recuperar un caso que soporte esa apreciación.

Sin embargo, la accesibilidad también genera varios sesgos de razonamiento. Así, es posible señalar que debido a la facilidad para llevar a cabo la recuperación de ciertos casos o ejemplos, las personas erróneamente pueden concluir que una clase de eventos es más probable que otra, a pesar de que se trate de conjuntos de igual magnitud. En esto influye la familiaridad que la persona tenga con los elementos

---

<sup>334</sup> PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, cit., p. 190.

<sup>335</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., p. 343.

<sup>336</sup> KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Subjective probability*, cit., p. 451.

<sup>337</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, en *Cognitive Psychology*, 5, 1973, p. 208.



analizados, la relevancia de ellos o su reciente ocurrencia, lo que queda en evidencia con el incremento de la percepción de la probabilidad de sufrir un accidente aéreo durante los días siguientes a aquél en que se ha producido uno. Ejemplo de los problemas que genera la facilidad de recuperación de casos se demostró mediante un estudio en el que a un grupo de sujetos se leyó un listado de nombres de personas, con igual cantidad de hombres y mujeres. Entre los hombres se incluyeron nombres de famosos, no así en el caso de las mujeres. Luego se les preguntó a los sujetos si en la lista se habían incluido más hombres o mujeres, ante lo que erróneamente consideraban que la cantidad de hombres era mayor<sup>338</sup>.

Otro sesgo se produce por el efecto de las llamadas *correlaciones ilusorias*, noción que fue introducida por Loren CHAPMAN y Jean CHAPMAN en 1967. Según ellos, es usual que las personas se equivoquen al momento de señalar que existe una relación entre dos variables, en circunstancias que efectivamente ellas no están vinculadas, se encuentran relacionadas con un alcance menor que el estimado por los sujetos, o bien, lo están en una dirección opuesta a la reportada<sup>339</sup>. Este razonamiento incorrecto encuentra su origen en el hecho que los sujetos tratan de proteger su sistema de creencias previas. Por ende, los fenómenos que se ajustan mejor a ellas se muestran más accesibles, a diferencia de aquellos que se configuran en un sentido contrario, lo que se ha definido como el sesgo de confirmación<sup>340</sup>. Además, ligado con esto, el sesgo egocéntrico lleva a los sujetos a creer que su opinión es compartida por la mayoría de las personas, debido a que las propias ideas son más accesibles<sup>341</sup>.

En este sentido, la probabilidad conjunta de los eventos se evaluará de acuerdo con la fuerza del vínculo que se establezca entre ellos, es decir, mientras mayor sea la fuerza de la asociación, más probable se apreciará la ocurrencia conjunta de esos hechos, situación que nuevamente demuestra cómo en este enfoque la estimación de probabilidades se aleja de los postulados pascalianos<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under uncertainty*, cit., p. 1127.

<sup>339</sup> CHAPMAN, Loren J. y CHAPMAN, Jean P., *Genesis of popular but erroneous psychodiagnostic observations*, en *Journal of abnormal psychology*, Vol. 72, N° 3, 1967, p. 194.

<sup>340</sup> GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., p. 112.

<sup>341</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., p. 344.

<sup>342</sup> CARRETERO, Mario y GARCÍA MADRUGA, Juan, *Psicología del pensamiento: aspectos históricos y metodológicos*, en AA. VV., *Lecturas de psicología del pensamiento*, Mario Carretero y Juan García Madruga (compilación), Madrid, 1984, p. 34. También: TUBAU SALA, Elisabet, *Juicios de probabilidad y toma de decisiones*, cit., p. 209.

Obviamente los problemas detectados también pueden presentarse en el juicio jurisdiccional. Esto hace necesario que el tribunal tenga plena conciencia de los inconvenientes que puede causar la mala utilización de este heurístico, para de este modo evitar que el impacto de sucesos recientes que rápidamente pueden ser recuperados, parecidos a los que debe juzgar, influya en la forma en que aborda los asuntos que debe sentenciar y lo lleven a soslayar sus particularidades concretas. Asimismo, el juez debe privarse de incurrir en el establecimiento de relaciones entre eventos que no se encuentra conectados y que solo estima altamente probables porque concurren en los casos que puede recordar. Demás está explicar las razones de la incorrección de las sentencias que se construyan en base a estos razonamientos, ya que, se verían privadas de todo sustento lógico.

### **3) Heurístico de anclaje y ajuste**

Siempre se ha remarcado la importancia de la primera impresión, pues es innegable que la aproximación inicial tiene un peso gravitante en el juicio que nos formamos acerca de las personas o los eventos, y precisamente este parece ser el fundamento del anclaje y ajuste (*adjustment and anchoring*). En efecto, este heurístico se origina porque las personas tienden a realizar un juicio inicial de los sujetos, cosas o hechos a partir de la información preliminar que han recibido respecto a ellos, de modo que a pesar de que con posterioridad obtengan nuevos antecedentes que se contrapongan a los datos originales, poco o nada cambia la opinión que ya han configurado. Como consecuencia de la utilización de este atajo, los sujetos reinterpretan o ajustan los nuevos datos que reciben para que encajen con la conclusión inicial que ya tienen en mente<sup>343</sup>. Esto queda de manifiesto cuando realizan una estimación a partir de un valor inicial que se les ha proporcionado por otra persona o mediante la formulación de un problema, pues en ese caso su respuesta final va a ajustarse de una u otra forma con dicho valor, lo que hace concluir que diferentes puntos iniciales van a generar distintas estimaciones finales, que tenderán a ir en la línea de la apreciación preliminar<sup>344</sup>.

Como sostiene NIEVA<sup>345</sup>, por efecto de este heurístico se produce una situación de perseverancia en la creencia y sesgo de confirmación, ya que las personas se niegan a

---

<sup>343</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 124.

<sup>344</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under uncertainty*, cit., p. 1128.

<sup>345</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 126.

modificar los conocimientos que poseen a pesar de la existencia de nuevas informaciones que provocan la pérdida o disminución de su valor original. De esta manera, los sujetos confían en que aquello que siempre han creído es lo correcto, negándose a actualizar sus convicciones a la luz de los nuevos conocimientos que se van adquiriendo gracias al progreso de las sociedades.

Dentro del campo de los procesos judiciales, se ha sostenido que este es el heurístico que tiene mayor presencia, gozando de gran importancia en la configuración de las sentencias<sup>346</sup>. Esto se debe a que los jueces van formando su convicción acerca del conflicto durante todo el desarrollo del proceso, de modo que tiene una enorme significación la forma en que desde el comienzo del litigio las partes plantean sus posiciones y solicitudes. Esto es justamente lo que ocurre en el terreno probatorio, pues como ya lo indicamos, los tribunales valoran la prueba desde el momento mismo en que ella es propuesta por las partes, por lo que el orden en que los litigantes presentan sus evidencias resulta de capital importancia para la fijación del peso que el tribunal asignará a cada una de ellas. En este sentido, se ha recalcado que la sucesión con que el juez toma conocimiento de los elementos probatorios tiene un impacto psicológico directo en el grado de confirmación que se le asigna a cada una de las hipótesis fácticas analizadas, lo que no es sino una manifestación clara del anclaje y ajuste<sup>347</sup>. De ahí que, por ejemplo, para cada una de las partes sea más conveniente presentar, en primer lugar, las declaraciones de aquellos testigos que puedan entregar una versión más completa, contextualizada y detallada de los acontecimientos.

Con todo, no debemos perder de vista que una actuación del juez orientada por este heurístico se aleja de los estándares de racionalidad y fundamentación que es dable exigirle, ya que no es válido desde ningún punto de vista sostener que su primera opinión sobre los hechos es la correcta, ni menos ir acomodando las informaciones posteriores que se le proporcionen a fin de que calcen con su evaluación inicial. De ser así, las resoluciones aparecen como fruto de decisiones caprichosas e inmotivadas, de modo que normalmente no van a ser aceptadas por el vencido ni podrían sostenerse ante la revisión de un tribunal superior, aunque, claro está, nada impide que se genere el caso en que la primera impresión sea la correcta. Por ello es importante que el tribunal ponga cuidado en no prejuzgar la causa, dejándose influenciar de sobremanera por las primeras

---

<sup>346</sup> FARIÑA RIVERA, Francisca, NOVO PÉREZ, Mercedes y ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*, cit., p. 40.

<sup>347</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 304.

informaciones de que disponga. Por otro lado, las partes tampoco deben olvidar la existencia de este heurístico, de manera que, previendo que el juez pueda ceder a sus impulsos, tengan la precaución de presentar en primer lugar sus mejores argumentos y las pruebas más sólidas de las que dispongan.

#### 4) Críticas a los heurísticos

Algunas de las principales críticas del enfoque de heurísticos y sesgos desarrollado por KAHNEMAN y TVERSKY han provenido del trabajo de Gerd GIGERENZER, quien en términos generales ha restado valor científico a los tres heurísticos antes analizados, ya que en su opinión solo se trata de una serie de conceptos indefinidos y ambiguos que pueden ser usados para explicar casi todo, por lo que son altamente inestables<sup>348</sup>. En esa perspectiva, sostiene que cuando se apunta que las personas realizan sus inferencias guiándose por casos similares que ya conocen (representatividad), por la facilidad con que la información les viene a la mente (accesibilidad) y de acuerdo con lo que piensan en primer lugar (anclaje), solo se hace mención a los principios generales que, desde hace mucho tiempo se sabe, guían el funcionamiento de la mente<sup>349</sup>. Dicho autor agrega que es entendible que cuando los heurísticos fueron propuestos por primera vez como los procesos cognitivos subyacentes a principios de la década de los 70, ellos solo fueron caracterizados en líneas generales. Sin embargo, 25 años después nociones como la representatividad permanecen vagas, indefinidas y no especificadas, pues ni siquiera está suficientemente claro cuando se aplica uno u otro<sup>350</sup>. No sabemos cuándo funcionan y cómo lo hacen; de modo que cualquiera de ellos puede resultar adecuado para casi todo resultado experimental<sup>351</sup>.

Pero además, señala que las que se han considerado violaciones a los principios de la probabilidad matemática (sesgo de sobreconfianza, falacia de la conjunción, falacia de las probabilidades previas) no son tales, ya que se está haciendo una

---

<sup>348</sup> ALONSO, Diego y TUBAU, Elisabet, *Inferencias bayesianas: una revisión teórica*, cit., p. 30. Un breve resumen acerca de las críticas a la teoría de los heurísticos de KAHNEMAN y TVERSKY puede encontrarse en PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, cit., pp. 192 y ss.

<sup>349</sup> GIGERENZER, Gerd, *How to make cognitive illusions disappear*, cit., p.103.

<sup>350</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., p. 348.

<sup>351</sup> GIGERENZER, Gerd, *On narrow norms and vague heuristics: a reply to Kahneman and Tversky (1996)*, en *Psychological review*, Vol. 103, N° 3, 1996, p. 592.

identificación incorrecta. En efecto, en primer lugar sería necesario distinguir entre eventos singulares y frecuencias de largo plazo, como lo hacen los probabilistas y estadísticos, en el sentido que no sería posible hablar de probabilidad de eventos únicos, distinción que es ignorada por quienes adoptan el modelo de heurísticos y sesgos<sup>352</sup>. Por ende, no es correcto sostener que las personas usualmente razonan en contra de los principios de la estadística frecuentista, como lo harían, por ejemplo cuando se desatienden las *prior probabilities* y se acude enteramente a la representatividad para fijar una probabilidad. En opinión de GIGERENZER, la desatención se genera debido a la forma en que se entrega la información a los sujetos que resuelven el problema. Así, si la información se proporciona en formato de probabilidad de un evento único, las personas tienden a desatender las tasas base del evento, pero esto no sucede si la información se entrega en formato de frecuencia de hechos, pues en ese caso las estimaciones de los sujetos se acercan bastante a las predicciones obtenidas mediante la aplicación del Teorema de Bayes. Los errores de juicio pueden hacerse desaparecer formulando las preguntas en términos de frecuencias en lugar de probabilidades<sup>353</sup>.

## **b) Modelos mentales**

Las bases fundamentales de la teoría de los modelos mentales se debe al trabajo de Kenneth J. W. CRAIK materializado en su obra *The nature of explanation* de 1943. En ella afirma que las personas construyen en sus mentes modelos a escala de la realidad, los que emplean para predecir eventos futuros similares. Cuarenta años pasaron para que esta idea fuera recogida y desarrollada por Philip JOHNSON-LAIRD en su libro *Mental models*, donde sostiene que para comprender el mundo que les rodea, las personas procesan y manipulan representaciones mentales análogas a su entorno. Ellas corresponden a imágenes internas del mundo exterior<sup>354</sup>, pero que no son exactamente iguales al objeto representado, de modo que no corresponden a un duplicado fiel del original. Por el contrario, se trata de esquemas más simples, y por ende, más manejables para el ser humano, lo que le permite comprender mejor la

---

<sup>352</sup> GIGERENZER, Gerd, *How to make cognitive illusions disappear*, cit., p. 96.

<sup>353</sup> GIGERENZER, Gerd y HOFFRAGE, Ulrich, *How to improve bayesian reasoning without instruction: frequency formats*, en *Psychological review*, Vol. 102, N° 4, 1995.

<sup>354</sup> CORRAL, Nilda y ASENSIO, Mikel, *Modelos mentales: una aproximación semántica al razonamiento*, en *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008, p. 105.

entidad analizada y evaluarla desde varios puntos de vista<sup>355</sup>. Así, cuando se enfrentan a la toma de una decisión o a la resolución de un problema, los sujetos construyen una representación o modelo mental del asunto, lo que les habilita para realizar inferencias y extraer conclusiones que no se desprenden directamente del caso planteado, ya que este sistema les faculta para situarse en una serie de escenarios diferentes y construir distintos supuestos para adoptar una decisión o resolver el problema<sup>356</sup>. Generalmente, las personas van a concebir una gran cantidad de modelos mentales, independientemente de su corrección, y luego, mediante la evaluación de su adaptabilidad y validez frente a la información analizada, podrán optar por aquél que estimen que se ajusta de mejor manera a la situación planteada. Cada uno de los modelos mentales generados corresponde a una versión posible de la realidad.

Para JOHNSON-LAIRD los modelos mentales cumplen un papel esencial en la forma en que las personas llevan a cabo la representación de objetos, secuencias de eventos, la forma en que es el mundo y las acciones psicológicas y sociales de la vida diaria. Ellos habilitan a los individuos para realizar inferencias y predicciones, para entender los fenómenos, para decidir qué acción tomar, así como para controlar su ejecución<sup>357</sup>.

Se ha mencionado que la teoría de los modelos mentales se desarrolló como un sustento al razonamiento deductivo. Este proceso pasa por tres etapas -comprensión, interpretación y validación- en las que está presente la idea de los modelos mentales. En este sentido, a partir de la información inicial y de los conocimientos previos del sujeto, este construye un modelo mental que dé cuenta de la forma en que entiende las premisas. Con eso en vista, se consigue una conclusión que se ajuste a lo representado por el modelo, pero que manteniendo la información semántica de las premisas exprese algo que no se encuentre explícitamente en ellas. Luego se comprueba la validez de la conclusión buscando modelos alternativos de las premisas en los cuales esta es falsa. Si no hay modelos mentales alternativos, la conclusión será deductivamente válida, esto es, ella debe ser verdadera dado que las premisas son verdaderas<sup>358</sup>. De esta forma, si se han elaborado todos los modelos mentales que sean posibles para la persona que realiza el ejercicio, debemos entender que la conclusión será *posible* si se cumple en al menos

---

<sup>355</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models*, cit., p. 10.

<sup>356</sup> GABUCIO CEREZO, Fernando, *Razonamiento deductivo*, cit., p. 111.

<sup>357</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models*, cit., p. 397.

<sup>358</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models and probabilistic thinking*, cit., p. 191. También: CORRAL, Nilda y ASENSIO, Mikel, *Modelos mentales: una aproximación semántica al razonamiento*, cit, p. 107; GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., p. 289.

uno de los modelos, *probable* cuando se mantiene en la mayoría de los modelos que se hayan diseñado y *necesaria* cuando se cumple en todos ellos<sup>359</sup>. Por lo tanto, sin perjuicio de que esta teoría se haya desarrollado para explicar la inferencia silogística, también puede ser empleada para exponer la forma en que opera el razonamiento mediante probabilidades, ya que si una hipótesis es probable, será posible compatibilizarla con la mayoría de los modelos de las premisas, y a la vez un evento será más probable que otro si ocurre en más modelos<sup>360</sup>.

### 1) Funcionamiento de los modelos mentales

Dentro de este proceso de generación y elección del modelo mental que sea más adecuado para la resolución del problema, se deben tener presente algunas cuestiones generales<sup>361</sup>. En primer lugar se señala que el número de modelos mentales que puedan construirse a partir de ciertas premisas va en directa relación con la fiabilidad de los modelos. En este sentido, mientras más escenarios sea posible evocar, más difícil será elegir el modelo adecuado, ya que cada uno de los modelos va a tener escasa fuerza. A la inversa, si se generan pocos o incluso un solo modelo, la elección carece de dificultad, pues aumentan las probabilidades de certeza de la versión de los hechos que se ajusta a ese modelo. La tarea de obtener una conclusión válida debe ser relativamente fácil cuando hay solo un posible modelo integrado. Mientras mayor sea el número de modelos a ser considerado, más difícil debe ser la construcción y evaluación de ellos, así como la tarea de extraer una conclusión válida<sup>362</sup>. Por ello, también se ha considerado que la dificultad de los problemas será mayor mientras más modelos puedan generarse a partir de las premisas, ya que mayores inconvenientes tendrá el establecimiento de una solución correcta<sup>363</sup>. De esta manera, la multiplicidad de modelos compatibles con las premisas existentes en el proceso judicial tiene una relación inversamente proporcional con el nivel de fiabilidad que es posible atribuir a cada uno de ellos, de modo que será necesario desarrollar un acucioso examen que

---

<sup>359</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., p. 350.

<sup>360</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip y SAVARY, Fabien, *Illusory inferences about probabilities*, en *Acta psychologica*, Vol. 93, 1996, p. 85.

<sup>361</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models and probabilistic thinking*, cit., p. 195.

<sup>362</sup> JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models*, cit., p. 104.

<sup>363</sup> GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., p. 267.

permita descartar los que aparezcan menos sustentados a la luz de las evidencias disponibles.

Por otra parte, también hay que considerar que las personas tienden a generar conclusiones erróneas que resultan consistentes con las premisas, y estos yerros se producen porque ellas elaboran solo uno o unos pocos modelos de las premisas, ignorando el resto de las representaciones posibles. Esto puede ocurrir en el juicio jurisdiccional, donde existe el peligro de que el juez se quede con el primer modelo adecuado que detecte, esto es, que se genere una especie de anclaje y ajuste del modelo inicial, lo que haría que el sentenciador se cerrara a analizar la posibilidad de que existan más representaciones que también puedan funcionar con el conocimiento que se obtiene del material probatorio. O peor aún, que el tribunal estime aplicable un modelo que no se ajuste a la información que se extrae de las premisas, y que a pesar de ello insista en su adecuación y se niegue a ir en busca de otras alternativas<sup>364</sup>.

Además, se produce un efecto respecto al nivel de credibilidad que el sujeto le atribuye a la conclusión obtenida. De esta manera, si la conclusión le parece suficientemente plausible le bastará con el modelo elaborado, ya que pensará que tanto este como aquella son los acertados, ignorando los modelos que podrían falsear al que se ha estimado correcto. Al darse por satisfecho con ese modelo, se mostrará demasiado confiado en la conclusión lograda aunque esta sea falsa. Por el contrario, si la conclusión le parece increíble o indeseable, estimará que ella es errónea aunque sea perfectamente correcta. Esto podría acarrear que el sujeto no se limite al o los modelos con los que ha trabajado hasta el momento y que trate de generar otros escenarios que le sirvan para obtener una nueva conclusión, que ante sus ojos parezca más creíble y le permita falsear la conclusión inicial. Por cierto, esto también puede ser vinculado con el *id quod plerumque accidit*, ya que el juez realizará un examen de normalidad al resultado obtenido, de tal manera que aquello que se aleje del orden regular en que suceden las cosas será visto con mayor recelo, o al menos, resultará más difícil de que sea aceptado como la solución del asunto.

Ahora bien, hay que considerar un problema de esta teoría consiste en que es imposible imaginar todos los contextos alternativos que resulten compatibles con la información que se maneja, dadas las limitaciones de la mente humana tanto para concebir la totalidad de los escenarios que sean plausibles como para procesar

---

<sup>364</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, "Inmediación" y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad, en Diario La Ley, N° 7783, 2012, p. 2.



íntegramente el conocimiento que ese ejercicio demandaría. Por ello, debemos dar por cierto que será casi imposible configurar todos los modelos mentales que serían necesarios para dotar de infalibilidad a la hipótesis seleccionada. No obstante, en el proceso judicial no solo se hace recaer en el juez la labor de construir estas imágenes, pues cada una de las partes contribuye generando su propio modelo de los hechos, a raíz de lo cual el tribunal pueda manipular una gran cantidad de los modelos posibles acerca de los sucesos debatidos, lo que aumenta las posibilidades de que la respuesta correcta se encuentre entre las opciones de las que dispone<sup>365</sup>.

#### **D) Sistemas jurídicos de valoración de la prueba**

Habiéndose estudiado las visiones epistemológicas, matemáticas y psicológicas que se han elaborado para llevar a cabo la tarea de valorar la prueba incorporada al proceso, es momento de volcarnos al análisis de las perspectivas jurídicas que existen sobre el particular. En este sentido, lo primero que cabe apuntar es que no hay solo un sistema jurídico de valoración de la prueba, ya que como es de general conocimiento, este proceso se ha configurado a lo largo de la historia de acuerdo a dos modalidades esenciales: una en la que es el legislador quien dispone el valor que el tribunal debe concederle a las evidencias (prueba legal o tasada), y otra, donde es el juez el que soberanamente determina ese valor (prueba libre). De esta manera, aun cuando ambos sistemas van en la búsqueda del *id quod plerumque accidit*, se diferencian en que la máxima de experiencia que condensa esa normalidad y que por tanto se emplea para tasar la prueba, en un caso es elegida, establecida e impuesta por el legislador, y en el otro, ello es desarrollado libremente por el sentenciador. La opción por uno u otro sistema se ha vinculado a la confianza que el detentador del poder ha manifestado respecto a la capacidad, los conocimientos o la experiencia de los jueces, por lo que responde a razones de política procesal más que a la materialización de una técnica procedimental<sup>366</sup>.

Pero más allá de las críticas que se han emitido en contra de uno u otro sistema, así como de las innegables ventajas que puede detectarse en ambos, y que serán analizadas en los acápites siguientes, los juristas no han terminado de ponerse de acuerdo acerca de si existen solo los dos modelos apuntados o bien es posible sostener

---

<sup>365</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 117.

<sup>366</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, cit., p. 139.

razonablemente que el sistema de prueba libre puede subdividirse y de esa forma dar lugar a dos métodos de valoración distintos: la íntima o libre convicción y la sana crítica. Lo que sí está claro, es que prácticamente nadie discute que la prueba legal constituye un modelo de apreciación<sup>367</sup> y lo mismo puede decirse de la sana crítica, de modo que la discusión radica en establecer si la prueba libre, entendida como íntima convicción, constituye o no un sistema válido.

Aunque no es el único, el principal defensor de la coexistencia de tres sistemas de apreciación ha sido Eduardo COUTURE, al sostener expresamente que la libertad de prueba puede presentarse en las dos modalidades antes apuntadas. En efecto, este autor sostiene que en un extremo se ubican las *pruebas legales*, que son aquellas en que la ley señala anticipadamente el grado de eficacia que el juez debe otorgarle a un medio probatorio determinado; y en el otro, la *libre convicción*, que permite que el tribunal juzgue los hechos sin necesidad de fundamentar racionalmente sus conclusiones, pudiendo utilizar su saber privado y adquirir su convicción incluso contra la prueba de autos, de modo que su aplicación en el proceso civil resulta excepcional. En su opinión, como una categoría intermedia a las anteriores se ubicaría el sistema de la *sana crítica*, que indica que el juez debe tener en cuenta las reglas del correcto entendimiento humano, vale decir, la unión de la lógica y de la experiencia<sup>368</sup>. No obstante, pensamos que si somos partidarios de una concepción racional sobre la prueba, no es posible aceptar que su valoración sea producto de un ejercicio irracional del sentenciador, carente del deber de fundamentación e incluso ajeno a las pruebas del proceso. Por el contrario, debemos exigir que la libertad de apreciación probatoria siempre se ejecute con el debido respeto de los principios de la lógica y la experiencia, de modo que sostenemos que solo es posible aceptar la existencia de dos modelos, tal como lo expresa la mayoría de la doctrina: la prueba libre entendida como sana crítica y la prueba tasada<sup>369</sup>.

---

<sup>367</sup> Salvo SENTÍS MELENDO, quien entiende que la prueba legal -al carecer de libertad- no puede ser considerada como un sistema probatorio, pues la prueba sin libertad no es tal, SENTÍS MELENDO, Santiago, *Valoración de la prueba*, cit., p. 282.

<sup>368</sup> COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en Estudios de derecho procesal civil, Tomo II, Buenos Aires, 1989, p. 221. Del mismo autor: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo, 2002, pp. 219 y ss. También: LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, cit., p. 355.

<sup>369</sup> En este sentido: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 73; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 89; GUASP DELGADO, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil*, cit., p. 340; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 31; MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, cit., p. 241; PARRA QUIJANO, Jairo,

Si admitimos un esquema en que el juez no tiene el deber de exponer las razones del mérito que ha asignado a cada una de las pruebas, o que le permita formar su convicción al margen de las evidencias que se han incorporado al proceso, se estaría dando paso a una clara situación de despotismo judicial, en la que el ejercicio del poder jurisdiccional estaría ajeno a toda limitación y control. En tal escenario, con el pronunciamiento de las sentencias, más que buscarse la persuasión de las partes y de la sociedad en general, solo se configuraría la imposición de la voluntad judicial, lo que transgrede sin duda los derechos procesales fundamentales de los litigantes.

Ahora bien, ajenos a la discusión anterior, debemos dejar establecido que en la actualidad los sistemas procesales modernos se han mostrado proclives a la adopción de modelos de valoración en que se combinan normas de prueba tasada y de prueba libre, instaurando los llamados sistemas mixtos, de modo que a pesar de que la tendencia legislativa actual ha optado por la preeminencia de las normas de sana crítica para apreciar la prueba, igualmente subsisten regulaciones propias del modelo de prueba tarifada<sup>370</sup>.

#### **a) El sistema de prueba legal o tasada**

Si bien el juez es quien tiene contacto con las pruebas del proceso por ser el llamado a resolver el asunto que se ventila, el sistema de prueba tasada pregona que la evidencia debe ser valorada apriorísticamente por el legislador. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico recoge una serie de principios o máximas generales y establece anticipadamente, “*de manera abstracta y casi matemática*”<sup>371</sup>, el valor que el juzgador debe asignar a cada uno de los tipos de prueba, de un modo general y teórico, regulando situaciones estándar<sup>372</sup>. Si bien esto parece un contrasentido, dado que el legislador obviamente no conoce el caso ni tiene relación alguna con la evidencia que se ha incorporado al proceso, es precisamente esta asepsia la que le libraría de todo interés o inclinación en el juicio concreto y le brindaría la posibilidad de poder analizar y establecer a la luz de la experiencia acumulada, cuáles son los elementos que

---

*Manual de derecho probatorio*, cit., p. 102; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 338.

<sup>370</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 96.

<sup>371</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución*, en *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, p. 248.

<sup>372</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 387. También: COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 219; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 159.

tradicionalmente se han considerado más reveladores de la certidumbre en materia probatoria<sup>373</sup>. Pero además, al considerar el momento histórico en que este sistema vio la luz, dicho contrasentido no se produce, ya que durante la vigencia del derecho común el juez tampoco tenía contacto directo con las pruebas aportadas, pues en esa época se pensaba que ello podía poner en peligro su imparcialidad, de modo que las evidencias eran recepcionadas por los funcionarios del tribunal.

Por otra parte, el fundamento de este sistema se vinculaba al anhelo de que las decisiones judiciales respetaran ciertas garantías mínimas dentro de un proceso que era sustanciado ante jueces que demostraban ignorancia y una escasa preparación técnico-jurídica, objetivo que no resultaba conciliable con el hecho de dejar la valoración de la prueba al arbitrio de la judicatura<sup>374</sup>. Por eso, es posible sostener que en términos amplios, este modelo se ajusta de mejor manera a estadios anteriores del desarrollo social y jurídico de los Estados, pues era visto como la única forma de asegurar los derechos de los justiciables y resguardar cierto espacio para la plena vigencia de la seguridad jurídica en la relaciones procesales, aunque, claro está, estas normas también tuvieron y tienen influjo en las relaciones extraprocesales, precisamente porque dan garantía y certeza al tráfico jurídico.

La operatoria de la prueba tasada establece entonces, que el legislador es el que valora la prueba con prescindencia absoluta del grado de convicción o convencimiento subjetivo que manifieste el juez respecto a la evidencia que se haya practicado en un juicio respectivo, y de hecho, el respeto a las normas de prueba legal le exige fallar aún en contra de su propia convicción. El objeto de este sistema no es buscar para nada el convencimiento del juez, y en efecto, prescinde abiertamente de él, dado que pretende que el criterio legal sea impuesto por sobre cualquier apreciación subjetiva del sentenciador<sup>375</sup>. Esto incluso fue visto por los defensores de este modelo como una gran ventaja, porque permite a la partes saber de antemano cuál es el valor que se conferirá a una determinada clase de prueba y de esa manera evaluar con anticipación si poseen o no las herramientas necesarias para tener alguna opción de éxito en el proceso, y en caso

---

<sup>373</sup> DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, cit., p. 135.

<sup>374</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 134. Asimismo: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 70.

<sup>375</sup> SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 202. También: ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 100; BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil*, cit. p. 240; FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 613.

de no contar con ellas, desistirse de iniciar cualquier acción judicial ante las expectativas ciertas de perder tiempo y dinero.

En un sistema de prueba legal el juez se limita a constatar la presencia de los supuestos previstos por el legislador y a aplicar los baremos fijados para declarar que un hecho ha sido probado<sup>376</sup>. En el fondo se ve al sentenciador como el simple ejecutor de decisiones preconcebidas sobre la prueba, pues su función es por definición pasiva en lo que a la reconstrucción de los hechos se refiere. En el mismo sentido, se ha argumentado que el juez desempeña una labor de comprobación simplemente aritmética, que se circunscribe a la suma de las pruebas positivas y negativas respecto a cada hecho<sup>377</sup>. De ese modo, su trabajo se restringe a constatar la presencia de los elementos que permiten alcanzar la verdad legal en el caso específico<sup>378</sup>, de ahí que se haya sostenido que éste se convierte en un *computador de las pruebas*<sup>379</sup>, pues no aprecia la fuerza probatoria de los distintos elementos, sino que simplemente realiza un conteo de ellos<sup>380</sup>.

Por ejemplo, respecto a la prueba documental, las normas de prueba legal que hasta el día de hoy tienen vigencia, señalan que los documentos públicos, sin consideración por el grado de convencimiento del juez, hacen plena fe de ciertos hechos. En relación con ellos, la función del tribunal radica en constatar que la evidencia aportada al proceso tenga la naturaleza de documento público y que en la producción de esta evidencia se hayan observado todas las disposiciones procedimentales que regulan dicho acto. Así, el valor del documento público incorporado al proceso no puede ser desconocido por el juez, ya que se hace valer aun en contra de su voluntad y convicción.

Por cierto, las normas de prueba legal no son expresiones de una política procesal ilógica o arbitraria, sino que por el contrario, su contenido busca racionalizar la valoración de la evidencia y terminar con el arbitrio judicial. Esta regulación tiene correspondencia con el modo normal en que suceden las cosas, o sea, con criterios

---

<sup>376</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, cit., p. 578. También ver: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 157.

<sup>377</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 134.

<sup>378</sup> PATTI, SALVATORE, *Liberio convincimento e valutazione delle prove*, en Rivista di diritto processuale, 1985, p. 488. También se pronuncia en este sentido: CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, cit., p. 150.

<sup>379</sup> VÁSQUEZ SOTELO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, cit., p. 629. La misma idea es sostenida por: RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 339.

<sup>380</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso oral y proceso escrito*, en La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, p. 41.

derivados del *id quod plerumque accidit*, por lo que da cuenta de máximas de la experiencia que han sido recogidas, reconocidas y positivizadas por el legislador. Esto significa que la ley pone por escrito y de manera condensada una máxima de experiencia cuya corrección y vigencia se ha visto confirmada una y otra vez a lo largo de los años, por lo que es posible concederle validez y exigir expresamente su cumplimiento exacto y puntual<sup>381</sup>. De hecho, CORTÉS ha señalado que la fuerza de los principios que son explicitados por el legislador son de tal peso que el juez no dudaría en aplicarlos aun cuando no se encontraran previstos en la legislación procesal<sup>382</sup>. Empero, la desconfianza en las aptitudes y/o actitudes del sentenciador llevó a pensar que era mejor reforzar la vigencia de las máximas y eliminar de raíz la posibilidad de una discrecionalidad judicial a su respecto<sup>383</sup>. Incluso, el modelo se pone en el caso de evitar situaciones en que un juez actuando de buena fe no aplique las máximas por estimarlas inservibles<sup>384</sup>. Por ello, esta objetivación de reglas de la experiencia se realiza con un doble objetivo: garantizar que estos criterios generales siempre sean observados por el juez al momento de apreciar la prueba, de modo de dotar de certeza, objetividad y uniformidad a las decisiones judiciales pronunciadas sobre las mismas materias, y en caso de que dichos principios no sean respetados y aplicados en la apreciación de la evidencia, permitir a las partes, a través de los mecanismos procesales correspondientes, exigir la reforma de la sentencia que se haya adoptado en contraposición con esos postulados<sup>385</sup>.

Las normas de prueba tasada dan cuenta de criterios racionales, que podrán o no ser acertados, pero que al menos reflejan un ejercicio intelectual de justificación de la regla y de una ausencia de motivaciones banales o arbitrarias. Así, por ejemplo la norma que le otorga valor de plena prueba a la confesión, se extrae de que en una situación de normalidad nadie actúa en perjuicio de sus propios intereses, de modo que si los hechos confesados benefician a la parte que los emite, esa declaración debe tasarse con mucha precaución, pero si lo declarado lo desfavorece, la experiencia indica que eso debe ser cierto, pues nadie miente en su declaración con el objetivo de perjudicarse. Por su parte, si se trata de un documento público, la ley le otorga el estatus de plena prueba teniendo

---

<sup>381</sup> BERZOSA FRANCO, María Victoria, *Principios del proceso*, cit., p. 604. Del mismo modo: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, cit., p. 77; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 619.

<sup>382</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 202.

<sup>383</sup> STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 45.

<sup>384</sup> JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., p. 55.

<sup>385</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, cit., p. 57.

en cuenta que en su confección ha participado un fedatario público, por lo que es dable presumir la credibilidad y veracidad de este documento. De hecho, este tipo de evidencias extrae su mérito precisamente de la intervención de este funcionario<sup>386</sup>.

### 1) Origen de la prueba tasada

Sin perjuicio de que este sistema tuvo su apogeo durante la Edad Media, es posible encontrarse con textos antiguos que incluyen normas aisladas que cumplen con las características de la prueba tasada, tal como ocurre con ciertas regulaciones contenidas en el Código de Hammurabi, el Códex o el Antiguo Testamento. Dado que en el proceso romano *per legis actiones* el juez valoraba con absoluta libertad la prueba aportada por las partes<sup>387</sup>, las nascentes normas de prueba legal buscaron solo ser orientaciones para la apreciación probatoria. Sin embargo, con el paso del tiempo se fue dando un sentido imperativo a estas regulaciones, de modo que el Códex terminó por consagrar las primeras normas de prueba tasada, las que estuvieron relacionadas con la prueba testimonial, al prohibir las declaraciones de algunos testigos o exigir un número determinado de testimonios para dar por acreditado cierto hecho<sup>388</sup>.

El sistema se afinó durante la vigencia del Derecho común gracias a la labor desarrollada por las escuelas italianas entre los siglos XI a XIV. Así, se transformó en un régimen rígido, formalista y complejo, fruto de una elaboración doctrinal de juristas medievales y renacentistas y de un uso forense extremo de sus disposiciones<sup>389</sup>. Inspirado por las ideas escolásticas, este modelo pretendía buscar respuestas generales y abstractas, que trascendieran los casos particulares, y por ello se entregaba al legislador la tarea de regular la valoración de la prueba. A ello se agregaba la enorme desconfianza hacia la judicatura, pues sus miembros no se consideraban suficientemente capacitados para el desempeño del cargo, de modo que con el objetivo de eliminar todo subjetivismo

---

<sup>386</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 96. No obstante, no deja de ser cierto, como expone GIMENO, que la prueba legal produjo una *hipervaloración* de algunos medios de prueba, tal como sucedía con la confesión, considerada la *regina probatorum*, mientras que a la inversa, otros fueron ubicados en un nivel inferior, como pasaba con el valor del testimonio, que se hacía depender del estatus social del declarante, GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 43.

<sup>387</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 49.

<sup>388</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 46.

<sup>389</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 389.

y arbitrariedad, se estimó necesario configurar un sistema en que la valoración se hiciera de forma mecánica o aritmética<sup>390</sup>.

Es en este escenario en el que a mediados del siglo XIII se dictaron las Partidas, las que contienen una cantidad importante de normas de prueba legal. Entre ellas, se consagra gran número de prohibiciones de testificar, reflejo de los prejuicios de la época; se exigen al menos dos testigos para dar por probado un hecho; se prohíbe el testimonio de referencia; y se da valor de plena prueba a los documentos realizados de acuerdo a la ley (Partida III, Título XVI)<sup>391</sup>.

Por otra parte, es dable señalar que aunque algunos aprecian una continuidad entre el sistema de prueba legal y las ordalías<sup>392</sup>, esta visión debe ser descartada atendiendo a la distinta naturaleza de ambas instituciones, básicamente porque las ordalías no constituyeron un sistema de valoración de la prueba (de hecho, privaban al juez de dicha labor, entregándosela a la divinidad)<sup>393</sup>, sino que una forma irracional de solución de conflictos. Por su parte, la prueba tasada surgió como una respuesta frente a los excesos y la arbitrariedad a la que condujo la libertad absoluta que se le confería a los jueces, de manera que trajo racionalidad a un sistema de justicia que claramente carecía de ella, pues el valor que se asigna a cada evidencia tiene un sustrato racional fruto de la experiencia. Por ello, a pesar de las deficiencias que hoy se le atribuyen, estamos completamente de acuerdo en que se le califique como un modelo “*netamente modernizador y fuertemente progresivo*”<sup>394</sup>.

## 2) Aspectos positivos del sistema de prueba legal

Aunque se trata de una sistema que hoy ha cedido un gran terreno frente a la valoración libre, las normas de prueba tasada que aún perduran dentro del ordenamiento procesal civil dan cuenta de las ventajas de su mantenimiento, pues si así no fuera, bastaría una simple reforma legal para entregar la valoración de toda la prueba al libre

---

<sup>390</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 89. También: SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 202; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 60.

<sup>391</sup> A pesar de ello, en opinión de NIEVA, las Partidas nunca excluyeron la libre valoración, sino que trataron de propiciarla cuando fuera posible, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 57.

<sup>392</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 10. También: CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 74.

<sup>393</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 45.

<sup>394</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 95. En la misma línea: FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, cit., p. 45.



criterio del juez. En efecto, tal como el sustrato del modelo de prueba legal no es para nada irracional, tampoco lo es perseverar en la vigencia de elementos regulatorios que son expresión de él.

Recordemos en primer término, que el sistema de prueba legal no puede ser criticado o vilipendiado por su origen. De hecho debemos alejar cualquier fantasma de insensatez de un sistema que precisamente se alzó en contra de la irracionalidad y constituyó un avance fundamental dentro del desarrollo de los modelos de administración de justicia. Situados en el contexto histórico y social en el que esta forma de apreciar la prueba fue concebida, resulta imposible dejar de reconocer el logro que constituyó el esfuerzo por racionalizar la valoración de la prueba, algo por lo que este método claramente debe ser elogiado<sup>395</sup>. Además las condiciones de la época llevaron a que el legislador quisiera privar a los jueces del control total de las decisiones judiciales, en el afán de intentar reducir al máximo las situaciones arbitrarias que se producían respecto a la prueba. Con ello, se buscaba aumentar la confianza de los ciudadanos en la forma que se administraba justicia, ya que estas reglas -al suplir las deficiencias de conocimientos o experiencia de los jueces- proveen de mayor certeza a los derechos de los justiciables.

Podemos sostener que la principal ventaja del sistema de prueba tasada deriva de la seguridad y certeza que trae consigo, lo que no solo se manifiesta al interior del proceso judicial sino también al margen de este ámbito. Permite que las partes litigantes, así como los tribunales superiores, controlen fácilmente el mérito que el juez de primera instancia ha decidido asignar a cada una de las pruebas, bastándoles con constatar si en la especie se ha configurado o no el supuesto legal que sirve para determinar dicho valor. Para este modelo, las disposiciones regulatorias del peso de la prueba operan como prescripciones insalvables para el tribunal, de modo que la contrastación del texto legal y las consideraciones probatorias que han quedado plasmadas en el fallo permiten evaluar la corrección del trabajo judicial.

Por otra parte, debemos destacar que esta normativa ejerce su influencia incluso desde antes que se dé inicio a algún litigio judicial, debido a que permite que las partes sepan de antemano cuáles son las pruebas que les permitirán tener mejores opciones de obtener en el proceso, por lo que destinarán sus esfuerzos a conseguir aquellas que resulten más aptas para probar sus versiones fácticas de acuerdo a lo establecido por la

---

<sup>395</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 61.

ley<sup>396</sup>. El hecho que el valor de los medios de prueba se haya fijado preventivamente por el legislador podrá conducir a los litigantes a saber de forma anticipada con qué medio podrán o no contar para formar la decisión del juez. De esta manera, este sistema resultaría útil al influir positivamente sobre la litigiosidad, pues al prever el resultado del juicio, las partes se sentirán desanimadas a litigar, terminando el conflicto mediante un medio alternativo al proceso<sup>397</sup>.

Pero además de ello, es posible constatar que las normas de prueba legal, particularmente las que regulan la prueba documental, también tienen un rol que cumplir fuera del proceso, pues ayudan a otorgar certidumbre al tráfico jurídico, especialmente a aquellos negocios que se regulan mediante documentos públicos. La presunción de veracidad que envuelve a estos documentos dada la intervención de un ministro de fe, permite tener certeza acerca de la celebración del acto del que el documento da cuenta, de su fecha y de las personas que en él han intervenido, de modo que no será posible desconocer la existencia del negocio como tampoco que un individuo determinado ha tomado parte en él, lo que permite darle seguridad tanto a las relaciones jurídicas como a los derechos y obligaciones que emanan de ellas, y consecuentemente, evitar la iniciación de procesos judiciales<sup>398</sup>.

### 3) Críticas a la prueba tasada

Más allá de las ventajas que debemos reconocer a este sistema, es innegable que sus características esenciales y su aplicación en la resolución de litigios concretos presentan una serie de inconvenientes. En efecto, tanto su reemplazo casi íntegro por el sistema de prueba libre así como la suavización de las regulaciones que aún subsisten, evidencian que la prueba legal ya no se ajusta a las condiciones sociales y jurídicas actuales. Vino perfecto al sistema de administración de justicia que se desarrolló durante la vigencia del Derecho común, pero hoy es visto como un fósil jurídico<sup>399</sup>, un

---

<sup>396</sup> MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, cit., p. 388.

<sup>397</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y proceso*, cit., p. 154.

<sup>398</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 91. También: MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 621.

<sup>399</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 275. Más extrema ha sido la crítica de GUASP: *“la prueba tasada es un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino que en la teratología del derecho: puesto que, destinadas por esencia todas las operaciones probatorias a convencer al Juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de tales operaciones se prescinde de*

producto anacrónico que debe ser suprimido del mundo procesal, no solo por desatender el convencimiento del juez sino que también porque resulta incompatible con el establecimiento de la verdad en el proceso judicial.

Este sistema es criticado porque mecaniza al juez y lo obliga a aceptar soluciones en contra de su convencimiento, con una falta absoluta de libertad. Eso ha llevado a que SENTÍS considere que en la especie no nos encontramos con una expresión de la prueba propiamente tal, entendida como la verificación de un hecho mediante las evidencias presentadas, sino ante una situación de *no-prueba* o un *sucedáneo* de prueba, donde el resultado es impuesto al juzgador<sup>400</sup>. En el fondo, con la aplicación del sistema de prueba tarifada no se desarrolla ningún proceso de valoración de la evidencia, sino que se prescinde de él, mediante la aplicación de normas que dan cuenta de soluciones preconcebidas. De esta manera, habiendo presenciado la práctica de las pruebas y formado su convicción respecto a la veracidad de ciertos hechos, es posible que el juez se vea impedido de decidir en ese sentido si contradice lo previsto por el legislador<sup>401</sup>. Esto es lo que BENTHAM denomina una *regla falsa de procedimiento*, pues obliga al sentenciador a fallar de forma distinta a como lo haría como hombre privado<sup>402</sup>.

En la misma línea, podemos sostener también que las reticencias y temores acerca del accionar judicial hoy ya no parecen tan justificados. La profesionalización de la judicatura es una realidad hace años, de modo que es impensado, al menos en teoría, encontrarse con jueces jurídicamente ignorantes. Además, el sistema procesal ha establecido otras formas para evitar o corregir las arbitrariedades que pudieran tener lugar, de modo que ya no parece necesario que el legislador se sustituya al juez en estos

---

*tal convicción y se sustituye por un imperativo legal”*, GUASP DELGADO, Jaime, *La prueba en el proceso civil español*, cit., p. 428.

<sup>400</sup> SENTÍS MELENDO, Santiago, *Valoración de la prueba*, cit., p. 271. Para SENTÍS son sucedáneos de prueba, además de las normas de prueba legal, las presunciones, la carga de la prueba y el hecho notorio, SENTÍS MELENDO, Santiago, *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, cit., pp. 347 y ss.

<sup>401</sup> LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, cit., p. 357. En contra JIMÉNEZ apunta que en el sistema de prueba legal, el legislador no impone ningún tipo de convencimiento al juez, pues este constituye un status subjetivo-interno que no es posible normativizar legalmente, de modo que se busca prescindir del convencimiento del juez y sustituirlo por el del legislador, estableciendo una regla de experiencia que él considera universalmente válida, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, cit., p. 60. Por su parte, MIRANDA sostiene que las normas de prueba legal no prescinden automáticamente del convencimiento del juez, ya que si entendemos que estas normas no son más que máximas de la experiencia objetivadas, cuyo fundamento es la normalidad. Por ello, más que a impedir, vienen a contribuir a la formación del convencimiento judicial. Se trata de evitar los errores del juez que se producirían si hiciera caso omiso de estas normas, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 49.

<sup>402</sup> BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 6.

temas. El establecimiento de procedimientos públicos y de un sistema adecuado de recursos surgen como garantías de los derechos de los justiciables.

Por otra parte, es menester dar cuenta de que la prueba legal también ha sido criticada porque no permite el descubrimiento de la verdad de los hechos que se ventilan en el proceso. Así como ocurre con las estadísticas frecuentistas, los principios generales solo permiten establecer precisamente eso: situaciones o estándares habituales de comportamiento o de ocurrencia de los eventos, de modo que nada indican acerca de las particularidades que se pueden dar en los casos específicos. En este sentido, si bien no cabe duda que usualmente las personas no actuamos voluntaria y conscientemente en perjuicio de nuestros propios intereses, y por ende, tampoco lo harán las partes actuando como declarantes en el proceso, ello no impide que un accionar de ese tipo se produzca por ignorancia o error, de modo que si consideramos que cada vez que la parte declara hechos que la perjudican está diciendo la verdad, podríamos estar renunciando a descubrir la efectiva forma en que ocurrieron. Por ello, se ha sostenido que solo una situación de libertad plena permite conocer lo que ha sucedido en la realidad de los acontecimientos<sup>403</sup>, pues cualquier restricción, por pequeña que sea, no permite alcanzar la verdad, y en el caso de las regulaciones de prueba tasada, el juez, más que limitado, se ve totalmente anulado en su labor de valoración. De ahí que la incompatibilidad que ha señalado la doctrina entre estas normas y la verdad nos parece totalmente acertada<sup>404</sup>.

En esta perspectiva, debemos recordar que así como la prueba legal pretendía eliminar las arbitrariedades en el actuar jurisdiccional, también quería conseguir una cierta uniformidad de las decisiones judiciales, a modo de otorgar una seguridad jurídica mínima a los litigantes. No obstante, enfrentados con la necesidad de optar entre la certeza de las decisiones y la justicia de las mismas, creemos que lo más importante es resolver los pleitos mediante sentencias justas, algo que no puede conseguirse si el juez se encuentra constreñido por normas legales que le imponen una verdad abstracta de los hechos<sup>405</sup>. Y con ello no queremos decir que la verdad es inalcanzable a través de un sistema legal de valoración de la prueba, y que en cambio, sea posible llegar a ella dentro de un modelo de libertad, pues tanto el éxito como el fracaso en el establecimiento de la verdad, se pueden producir en uno o en otro sistema de valoración. No obstante, pensamos que las probabilidades de éxito son notablemente menores en un

---

<sup>403</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 25.

<sup>404</sup> Sin olvidar que al hablar de verdad no nos referimos a la que se llamó *material* o *verdadera*, sino a aquella que TARUFFO considera *relativa* y *contextual*, tal como se analizó previamente.

<sup>405</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 84.

modelo que ata al juez, restringe su ámbito de maniobra probatoria y da por acreditados ciertos hechos solo porque se ajustan a la experiencia general sin consideración alguna por las características del caso específico que está siendo objeto de enjuiciamiento. Por lo demás, la justicia del caso no podrá ser alcanzada sin verdad, y su vez, no es posible conseguir la verdad sin que el juez tenga libertad para formar su convencimiento sobre la ocurrencia de los hechos discutidos. Por eso TARUFFO ha sostenido que la prueba tasada no pretende que el juez juzgue los hechos mediante un acercamiento a la realidad, sino que mediante parámetros legales ajenos a cualquier objetivo epistemológico<sup>406</sup>.

#### **4) Normas de prueba tasada en el ordenamiento jurídico vigente**

Actualmente, los estatutos jurídico-procesales no establecen un sistema puro de apreciación probatoria, sino que se han inclinado por disponer regímenes mixtos. Esto quiere decir que si bien la tendencia actual indica que las legislaciones han optado masivamente por la libertad de prueba -en su modalidad de sana crítica-, de igual forma es posible encontrar normas de prueba legal que hasta el día de hoy están vigentes en los distintos ordenamientos jurídicos. En el caso español, el Código Civil y la LEC contienen regulaciones del valor de los documentos públicos y privados, así como de la declaración de partes, a lo que debemos agregar una particular norma que el Código de Comercio contempla en materia de prueba testimonial. Tengamos presente eso sí, que las normas del sistema de prueba legal no solo están formadas por aquellas que determinan apriorísticamente el valor probatorio de un específico medio de prueba, sino que este conjunto también se compone de reglas que estipulan que algunos hechos solo pueden probarse mediante un medio concreto o que a la inversa, excluyen la posibilidad de acreditar otros a través de ciertos elementos probatorios.

Obviamente, y como ya lo mencionábamos en su oportunidad, las normas legales de valoración que se mantienen vigentes son expresión de un ejercicio inferencial inductivo que permite que el legislador construya y ponga por escrito una regla que explicita la forma en que habitualmente ocurren las cosas, lo que incluso podría llevarnos a considerar que la conservación de estas normas dentro del ordenamiento procesal resulta completamente innecesaria, ya que por su obviedad, estos

---

<sup>406</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 183.

criterios serían utilizados por cualquier juez en todos los asuntos en que resulten pertinentes<sup>407</sup>. Por ello, es posible presumir que la gran mayoría de jueces recurriría a las máximas de experiencia que han sido objetivadas por el legislador aun cuando no se les obligara a hacerlo. Sin embargo, este no opta por la permanencia de esta normativa teniendo en mente como actuaría la mayoría de los miembros de la judicatura, sino que lo hace buscando evitar los errores que podría cometer la minoría<sup>408</sup>. En la perspectiva del legislador el mantenimiento de estas normas solo acarrea beneficios para la administración de justicia, ya que el contenido de estas disposiciones es tan evidente que la mayor parte de los jueces las aplicaría en todo caso, estuvieran o no por escrito, y al mismo tiempo permiten corregir las situaciones anómalas que se pudieran generar con aquellos juzgadores que con buena o mala fe entendieran que el principio contenido en la norma no resulta aplicable en el caso concreto. Empero, desde un punto de vista epistémico, su vigencia no solo parece innecesaria sino que contraproducente, pues se exige al juez tener por probado un hecho del que no existe certeza constatable de que haya sucedido, sino que esto se debe solo a la aplicación de una regla general que obviamente puede ser excepcionada en cualquier momento<sup>409</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que la legislación española contempla normas de valoración tasada de la prueba respecto de:

- Documentos públicos. Serán aquellos constituidos mediante la intervención de funcionarios públicos en los casos que expresamente señala el artículo 317 LEC. Estos documentos harán plena prueba -incluso en contra de los terceros- del acto o estado de cosas que documenten, de su fecha y de la identidad de los fedatarios y demás personas que intervengan en su otorgamiento. A ello también se agrega que estos instrumentos constituyen plena prueba en contra de los comparecientes y sus causahabientes respecto a las declaraciones que hayan quedado registradas en el documento (arts. 319.1 LEC y 1218 Código Civil).

- Documentos privados. Son todos aquellos que no tienen el carácter de públicos según la enumeración que efectúa la LEC. Estos documentos gozarán del mismo valor que los públicos cuando su autenticidad no haya sido impugnada por la parte a quien perjudiquen. Sin embargo, respecto a los terceros, su fecha no se contará sino desde el día en que hayan sido incorporados o inscritos en un registro público, desde la muerte

---

<sup>407</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. I, cit., p. 151.

<sup>408</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, cit., p. 580.

<sup>409</sup> TARUFFO, Michele, *Simplymente la verdad*, cit., p. 186.

de alguna de las personas que lo firmaron, o bien, desde que se entreguen a un funcionario público en razón de su oficio (arts. 326.1 LEC y 1227 Código Civil).

- Interrogatorio de partes. En el caso de la declaración de parte, se entenderá que tiene el valor de plena prueba cuando los hechos que hayan sido reconocidos por el litigante cumplan con tres requisitos copulativos: a) que no resulten contradichos por las otras pruebas que se hayan practicado en el proceso; b) que en dichos hechos haya intervenido personalmente el declarante; y c) que la fijación de ellos le resulte enteramente perjudicial (art. 316.1 LEC).

- Por último, la LEC establece un par de situaciones en que solo se admite la prueba documental, de modo que se limita el derecho de las partes de valerse de todas las pruebas pertinentes de las que dispongan. Así, en materia de ejecuciones se dispone que en ciertos casos solo se podrá intentar la oposición si se cuenta con antecedentes escritos para fundarla. En este sentido, si la ejecución se inicia a partir de una resolución procesal o arbitral de condena o de un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro del plazo legal, podrá oponerse a ella alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado pero siempre deberá acreditarlo documentalmente (art. 556.1 LEC). A su turno, en los casos de ejecuciones fundadas en títulos no judiciales ni arbitrales, entre otras excepciones, el ejecutado podrá oponer el pago -siempre que pueda acreditarlo documentalmente- o la transacción que conste en documento público (art. 557.1 LEC).

## **b) Sistema de prueba libre**

Los pilares que sostenían la estructura de la prueba legal fueron irreversiblemente horadados con el advenimiento de la Ilustración y el Siglo de las Luces. Los excesos cometidos poniendo como excusa la existencia de normas de prueba tasada, la desidia judicial, las discriminaciones y, en definitiva, la irreflexibilidad en la utilización del sistema ya no tuvo cabida en una sociedad que tomó las banderas de la racionalidad como método de pensamiento y formación del conocimiento. Los juristas y pensadores ilustrados se opusieron expresamente a la aplicación de un método tasado de apreciación probatoria, de modo que el siglo XVIII trajo consigo una nueva forma de entender la relación que debía darse entre el juez y la prueba practicada en el proceso. Los ilustrados franceses, como Voltaire, se pronunciaron sobre todo en contra de la normativa regulatoria de la prueba testimonial, toda vez que ya no se veía con buenos ojos que los testigos fueran simplemente contados por el juez, o que se confiriera a

*priori* mayor valor al testimonio de personas que pertenecían a ciertas categorías o grupos.

Lo anterior se debió a que se abandonaron las verdades apriorísticas y la lógica formal y se indicó que la razón era el único camino para conocer la realidad de los hechos, por lo que resultaba inaceptable que el legislador le indicara al juez, de una forma previa y abstracta, el peso que debía asignarle a cada uno de los medios de prueba. Pero además de ello, también se abandonó la pretensión de alcanzar certezas absolutas, ya que se aceptó que en la práctica solo era posible establecer los hechos acaecidos con diferentes grados de probabilidad, más no en la forma de verdades inobjetable. Y eso era precisamente lo que se pretendía con la prueba tasada, en el sentido de que respondía a una concepción deductiva o silogística de razonamiento. Las máximas de experiencia recogidas en las distintas normas se entendían absolutas, de modo que al practicarse el tipo de prueba determinado, el valor de ella, que para estos efectos corresponde a la conclusión del silogismo, se establecía como una consecuencia necesaria e indiscutible. A diferencia de ello, el nuevo sistema propugnaba una concepción inductiva, de modo que sus conclusiones solo podían situarse en el plano de lo probable<sup>410</sup>. Por lo tanto, se estableció que solo el juez del caso, teniendo a la vista las pruebas incorporadas al proceso y estimando sus condiciones particulares, podía inferir racionalmente el valor que debía asignársele a ese acervo probatorio.

Claro está que lo anterior fue posible porque durante esta época se concibió una nueva estructura de poder y de Estado, que vio la luz con la Revolución Francesa, en donde el poder judicial fue objeto de grandes modificaciones y los jueces pasaron a ser funcionarios profesionales y responsables, por lo que no era necesario tutelar el accionar de los magistrados ni dudar de sus capacidades intelectuales y jurídicas<sup>411</sup>.

En este panorama, el quiebre del sistema de la prueba legal se produce primeramente en el proceso penal, ya que la legislación generada en Francia con posterioridad a la Revolución estableció la vigencia de un procedimiento en el que la decisión era adoptada por un jurado, el que debía valorar de forma libre la prueba practicada en el proceso, de acuerdo a lo que se denominó su *intime conviction*, con lo que el modelo tarifado fue extirpado de raíz del ordenamiento procesal penal, y se reinstaló uno de libertad probatoria que ya había sido el modelo de apreciación empleado por el derecho romano, y que en efecto, fue el primer sistema de valoración

---

<sup>410</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 33.

<sup>411</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba*, cit., p. 134.



de la historia jurídica<sup>412</sup>. Posteriormente, el modelo de libre convicción judicial se traspasó al procedimiento civil francés, y más tarde, a los ordenamientos procesales civiles de Alemania y Austria<sup>413</sup>.

### **1) Contenido esencial de la libertad probatoria**

En palabras simples, el sistema de prueba libre consiste en la carencia absoluta de normas legales que regulen el valor de las evidencias. Es un modelo que se construye a partir de la ausencia total de regulación de la actividad tasadora del juez, y que por tanto se ubica en las antípodas del régimen de prueba legal, que prescinde enteramente del grado de convencimiento del juzgador e impone el valor de la prueba practicada. El sistema libre pregona que el valor de la prueba depende exclusiva y excluyentemente de la convicción que el juez se haya formado respecto a ella, por lo que desde el punto de vista legislativo, el establecimiento de este modelo se satisface con una sola norma que indique que la prueba se valorará libremente por el juez o, más comúnmente, de acuerdo con la sana crítica, una de las variantes del sistema, según veremos.

Pues bien, este método de valoración reconoce expresamente que el ordenamiento jurídico no puede sobreponerse a la voluntad del juez, obligándole a tener por cierta la ocurrencia de algunos hechos de los que no está convencido o a negar la existencia de aquello que cree. Con esto se blinda la convicción psicológica del sentenciador y se asegura que el raciocinio y la lógica estarán siempre presentes al momento de adoptar la sentencia del proceso. En este escenario de vigencia de la libertad, el juez tendrá plena autonomía para seleccionar la máxima de experiencia que le parezca más adecuada para valorar las pruebas que se hayan practicado en el proceso, de modo que el mérito de las evidencias se establece caso a caso, de acuerdo con criterios flexibles, discrecionales y, por sobre todo, racionales.

No obstante, tampoco es dable sostener que la ausencia de regulaciones sobre la valoración probatoria asegura de manera indefectible la presencia de la razón en este proceso, dado que es posible constatar que este mecanismo ha sido entendido de dos formas distintas. En una primera etapa, cuando este sistema fue instaurado por el ordenamiento penal francés, fue tal el deseo por situarse lo más lejos de la prueba

---

<sup>412</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 39. También, CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 101.

<sup>413</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., pp. 98 a 101.

tarifada y por confiarle a la razón del jurado la apreciación de los hechos, que se llegó a entender que su libertad era de tal entidad que ni siquiera tenía la obligación de justificar su decisión, generándose con ello un resultado completamente subjetivo e imposible de controlar por los terceros. Con eso, la libertad probatoria se concibió como un conjunto de actividades propias de un sistema irracional e irreflexivo, en el que el sentenciador podía hacer prácticamente lo que le viniera en gana y fallar atendiendo a cualquier tipo de consideraciones, incluso ajenas al proceso. Más tarde, a ello se opuso una concepción racionalista de la prueba libre, según la cual no era posible concebir la libertad probatoria como un libertinaje del juez en su labor valorativa, pues el hecho que la legislación decidiera eximirlo de toda atadura para llevar a cabo la apreciación probatoria no implica que pueda actuar sin observar ninguna norma, de cualquier tipo que esta fuera. Por ende, se estimó que la libertad que la legislación le concedía al juez debía desarrollarse con el debido respeto de las normas de la razón y la experiencia, permitiéndole generar decisiones suficientemente justificadas y controlables intersubjetivamente<sup>414</sup>. Pasemos a continuación a analizar estas dos modalidades de la libertad de prueba.

## **2) La íntima convicción, íntimo convencimiento o convicción moral**

Con su reinstalación a fines del siglo XVIII, la forma inicial de entender la libertad de prueba fue lo que la legislación francesa denominó *intime conviction*. Las primeras referencias de ella pueden encontrarse en la Ley 16-29 de septiembre de 1791 que establecía una nueva estructura del procedimiento penal e introdujo el juicio por jurados. Esta ley contenía una mención expresa a la íntima convicción al regular las instrucciones que debía recibir el jurado para llevar a cabo su labor. Ellas consistían en que, antes de que comenzaran su deliberación, se les señalaba a los miembros del jurado que la ley no les demandaría cuenta de los medios a través de los cuales formaran su convicción ni les imponía regla alguna sobre el valor de las pruebas, pero se les pedía que se interrogaran a sí mismos para determinar, de acuerdo a su conciencia, que impresión les habían causado las pruebas presentadas contra el acusado, terminado con la interrogante: *¿Tiene usted una íntima convicción?* Esta fórmula se mantuvo en el Código de los Delitos y las Penas de 3 de brumario del año IV, cuerpo normativo que

---

<sup>414</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 185.

también incluía reglas de procedimiento, y posteriormente fue reiterada por el *Code d'instruction Criminelle* de 1808, el que se refería a la íntima convicción en lo concerniente al juramento que debía prestar cada miembro del jurado antes de desarrollar su labor (art. 312) y en la valoración de la prueba, donde el artículo 342 prácticamente copió lo previsto por la ley de 1791<sup>415</sup>. Incluso, paralelamente esta noción fue refrendada por el *Code de Procédure Civile* de 1806.

En lo que a España respecta, esta concepción fue consagrada por el artículo 653 de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, cuyo texto fue reiterado por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, norma que dispuso que el tribunal dictará sentencia “*apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio*”. Dicho precepto fue originalmente interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de equipararlo al arbitrio subjetivo del juez, estimando que el único límite de la apreciación probatoria era la conciencia del juzgador, por lo que éste podía prescindir incluso de las reglas de la lógica, usar su ciencia privada o elementos extraprocesales, sin tener la obligación de motivar sus decisiones<sup>416</sup>.

De este modo, valorada la prueba mediante esta forma de entender la libertad judicial, se concibió que el juez estaba libre de toda atadura para formar su convencimiento, lo que se entendió no solo como una emancipación de las reglas jurídicas de valoración tarifada, sino que como una liberación de todo tipo de reglas, cualquiera fuera su naturaleza y contenido. Con el afán de alejarse todo lo posible de la regulación legal previa, se sobreaccionó y se permitió que el juzgador se desvinculara incluso de las normas de la lógica o de la ciencia. Se confió todo el funcionamiento del sistema a la razón del juez y por ende se dejó entregada la apreciación de la fuerza probatoria de las evidencias exclusivamente a su convencimiento subjetivo<sup>417</sup>.

Como forzosa consecuencia de ello, se entendió que los sentenciadores estaban exentos de la obligación de exteriorizar las motivaciones y fundamentos de su decisión. Así, la justificación de la decisión no debía ser puesta en conocimiento de los intervinientes del proceso ni de la sociedad en general, con lo que de paso tampoco los tribunales superiores podían avocarse a la revisión de esos fallos, de modo que se estimó que la fijación del aspecto fáctico de la controversia le pertenecía exclusiva y

---

<sup>415</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., pp. 101 y ss. También: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 108; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 73.

<sup>416</sup> Una detallada explicación de esta interpretación puede encontrarse en MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., pp. 111 a 120.

<sup>417</sup> LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, cit., p. 363.

excluyentemente a los tribunales de primera instancia, quienes debían decidir de acuerdo con el convencimiento moral que habían alcanzado a partir de su relación con las pruebas e intervinientes en el proceso<sup>418</sup>. Desde esa perspectiva, incluso podría considerarse que exigir la motivación del fallo sería una cuestión carente de todo sentido, pues el juez habría fundado su decisión de acuerdo a su íntimo convencimiento, el que por definición siempre será subjetivo, ya que constituye el reflejo de la forma en que la prueba lo ha impresionado y ha afectado su percepción sobre la realidad de los hechos. Dicha convicción difícilmente podrá ser objetada por las partes y/o corregida por el tribunal superior, pues las apreciaciones personales siempre serán correctas, de modo que no tendría cabida una modificación de la sentencia en sede de apelación fundamentada en que el juez de primera instancia ha hecho un erróneo establecimiento de los hechos.

Además de ello, esta fórmula de valoración no regulada y decisiones no fundamentadas terminó por llevar la libertad del juez hasta el extremo de entender que éste podía formar su convicción personal atendiendo a elementos situados más allá del proceso. De esa manera, se sostuvo que el sentenciador que valoraba la prueba de acuerdo a su íntima convicción estaba habilitado para recolectar evidencias fuera de los límites del proceso, pudiendo utilizar incluso su saber privado, lo que quedó graficado en una famosa y criticada expresión de COUTURE, quien sostuvo que el juez puede adquirir su convicción “*por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos*”<sup>419</sup>.

En este panorama, todas las ventajas que pudieron atribuírsele a la prueba libre acabaron por ser desdibujadas. Su capacidad para establecer la realidad de los hechos litigiosos, al estar ajena a cualquier verdad apriorística y general, se vio opacada por la generación de decisiones irracionales y arbitrarias fruto del capricho del sentenciador o de elementos ajenos a las pruebas del proceso<sup>420</sup>. Aunque la modificación en el sistema probatorio pretendía eliminar de los procesos la irracionalidad que se presentaba con la aplicación de la prueba tasada y su verdad superior, previa y abstracta, así como generar un escenario que propendiera a que fuera el propio juez quien mediante el empleo de su

---

<sup>418</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, cit., pp. 110 y 111.

<sup>419</sup> COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 221. Agrega este autor que en la libre convicción el razonamiento del juez “*no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos*”. COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 223.

<sup>420</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 101.

razón pudiera fijar los hechos realmente acaecidos<sup>421</sup>, el funcionamiento de la prueba libre basada en el convencimiento moral del juzgador terminó generando una nueva situación de irracionalidad. En su afán de eliminar cualquier cortapisa al libre razonamiento del juez, se cayó en el exceso de conferirle la posibilidad de fallar como a él le pareciera adecuado considerando cualquier elemento de convicción que estimara apropiado para el desarrollo de su reflexión, incluso dándole la oportunidad de actuar por mera voluntad, corazonadas o impresiones superficiales acerca del asunto, explicaciones que quedaban en su fuero interno ante la ausencia del deber de exponer las razones de su decisión. De esta forma, se pasó de una irracionalidad legal a una judicial, en la que al juez o jurado de primera instancia le bastaba con emitir una decisión cimentada en sus creencias íntimas y personales, sin que fuera posible controlar intersubjetivamente su corrección o la suficiencia de su motivación, lo que sirvió como caldo de cultivo para todo tipo de abusos y arbitrariedades<sup>422</sup>.

Se cambió un legislador que pretendía controlarlo todo, para de esa forma impedir las arbitrariedades imponiendo una racionalidad con un contenido determinado, por uno que se desentiende de ese control y encarga toda la tarea al juez, para que él decida el valor de la prueba por sí y ante sí, sin justificarse y sin que ninguna persona o ente tuviera la facultad de fiscalizarlo. Por ende, el problema de este método es que prescinde de todas y cada una de las indicaciones y orientaciones acerca de cuál debe ser la racionalidad aplicada en el proceso de valoración de la prueba y se deja solo al juez en esta tarea, con lo que de paso se priva a las partes de toda garantía de que la decisión se sirva de criterios racionales<sup>423</sup>.

Es así como el sistema de la íntima convicción se transforma en sinónimo de decisiones inmotivadas, arbitrarias, subjetivas y, por sobre todo, irracionales, que ciertamente no se acomodan con las expectativas de un proceso que permita conocer la realidad de los eventos y genere sentencias justas, más aún si está autorizado prescindir de la prueba que sobre esos hechos se ha presentado. Nada más ajeno a la racionalidad

---

<sup>421</sup> GORPHE, François, *Apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 2007, p. 20.

<sup>422</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, cit., p. 58.

<sup>423</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 396 y ss.

del proceso, que parte de la base de que toda decisión debe fundarse en todas y cada una de las pruebas practicadas, pero solo en ellas<sup>424</sup>.

Sin embargo, este oscuro panorama no puede llevarnos a pensar que lo deseable sería volver al sistema de prueba tasada, pues en ese caso el remedio sería peor que la enfermedad. Lo importante no es eliminar el sistema de prueba libre sino que complementarlo, estableciendo controles racionales, adecuados y suficientes para vigilar la formación del convencimiento del sentenciador, de modo que podamos conocer cómo se ha desarrollado el ejercicio de apreciación probatoria y por qué se ha decidido concederle más valor a ciertas pruebas que a otras, debiendo ceñirse en todo momento al respeto de lo que nos indica la lógica y la experiencia, elementos todos que configuran el modelo de la sana crítica, a cuyo estudio dedicaremos la última parte de este capítulo.

### 3) La sana crítica o persuasión racional

El concepto *sana crítica* es un producto del ordenamiento jurídico español. En efecto, su origen histórico se ha situado en el artículo 148 del Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la administración, de 30 de diciembre de 1846<sup>425</sup>, disposición en la que se intentaba poner un límite al arbitrio judicial más que establecer el deber de que en la sentencia se expusiera el razonamiento acerca de la valoración de la prueba<sup>426</sup>. Luego, el Decreto de 20 de junio de 1852 sobre jurisdicción de Hacienda y represión de los delitos de contrabando y defraudación, indicó que en estas materias el juicio sobre los hechos debía formarse aplicando las reglas ordinarias de la crítica racional a los indicios y datos probatorios obrantes en autos<sup>427</sup>. De la misma forma, la regla 45 de la ley provisional para la aplicación del

---

<sup>424</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 125. En el mismo sentido: FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 614; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, cit., p. 386.

<sup>425</sup> “Las demás personas [es decir, quienes no fueran ascendientes, descendientes, hermanos, tíos y sobrinos por consanguinidad o afinidad de una de la de las partes, ni su conjunta persona] serán examinadas como testigos, sin perjuicio de que las partes puedan proponer acerca de ellas, y el Consejo calificar según las reglas de sana crítica, las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones”.

<sup>426</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 36.

<sup>427</sup> Artículo 82: “El juicio sobre la certeza de los hechos ha de formarse en esta clase de procesos por las reglas ordinarias de la crítica racional, aplicada a los indicios, datos y comprobantes de toda especie que aparezcan en la causa”.

Código Penal indicó que el tribunal podría adquirir el convencimiento de la criminalidad del acusado según las reglas ordinarias de la *crítica racional*<sup>428</sup>.

La LEC de 5 de octubre de 1855 también recogió este sistema al llevar a cabo la regulación de la prueba testimonial, disponiendo en su artículo 317 que: “*Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos*”. Posteriormente, este modelo de valoración probatoria fue ganando terreno dentro del proceso civil, al incorporarse también a la valoración de otros medios de prueba según la normativa prevista por la LEC de 1881. En este sentido, se dispuso que el resultado del cotejo de letras se apreciaría según las reglas de la sana crítica (art. 609), lo mismo para la valoración de la prueba pericial, recalándose que los jueces no estaban obligados a sujetarse al dictamen de los peritos (art. 632). Además, se mantuvo la regulación anterior en materia de testigos, pues el texto del artículo 659 expresaba: “*Los Jueces y Tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurran*”.

Finalmente, la sana crítica termina por establecerse como el método general de apreciación de la prueba practicada en el proceso en la LEC de 2000, donde si bien se mantienen vigentes normas de prueba tasada, según lo expusimos oportunamente, se indica que se valorará de acuerdo con las reglas de la sana crítica: las pruebas anticipadas (art. 295); la declaración de partes, salvo que corresponda aplicar las normas de prueba legal (art. 316.2); los documentos privados impugnados, cuando su autenticidad no pudiere ser establecida (art. 326); el documento presentado por copia reprográfica (art. 334.1); el dictamen de peritos (art. 348); el documento impugnado que no pueda ser cotejado por falta de un documento indubitado o de un cuerpo de escritura (art. 350.4); las reproducciones de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.3); los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas (art. 384.3); y por supuesto, la prueba de testigos, toda vez que el artículo 376 dispone que: “*Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su*

---

<sup>428</sup> DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, cit., p. 248.

*caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado”.*

### **i) Contenido esencial de la sana crítica**

Como lo indicábamos en páginas anteriores, la libertad de apreciación probatoria no puede transformarse en un mero capricho o en un libre arbitrio por parte del juez<sup>429</sup>. Esto implica que el convencimiento y la decisión del caso solo debe construirse a partir del material que se haya incorporado válidamente al proceso, sin que le esté permitido al sentenciador utilizar su conocimiento privado para establecer la veracidad o falsedad de las hipótesis planteadas por las partes<sup>430</sup>. Esto es evidente si tenemos en cuenta que de lo que tratamos en esta etapa del proceso es precisamente de la valoración *de la prueba*, de modo que si accedemos a que el juez atienda a otros elementos para formar su convencimiento, esto ya no será más un ejercicio de apreciación probatoria. Podrá ser una apreciación, pero no probatoria.

Por otra parte, ya señalábamos anteriormente que aunque parezca paradójico, la libertad de valoración requiere que el juez ajuste su actividad a la observancia de ciertas reglas, no ya jurídicas, pues eso sería ir en contra de la naturaleza misma de la institución, pero sí a regulaciones que indican la forma en que el ser humano debe razonar correctamente, que por un lado eviten el desarrollo de una tasación arbitraria de la evidencia, y por otro, sirvan para generar una apreciación adecuada de las probanzas, de modo que la fijación de hechos sucedidos permita aplicar la norma jurídica correcta y de esa manera obtener una decisión apropiada al litigio<sup>431</sup>. La prueba libre solo es tal respecto a las normas jurídicas, pues la ausencia de una regulación legal de la valoración no conlleva una autorización para dejar de cumplir las leyes de la razón, la lógica, la experiencia y el conocimiento de la vida, sino que por el contrario, necesariamente la formación del convencimiento judicial debe obtenerse mediante la aplicación de lo previsto por esos sistemas normativos<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 44.

<sup>430</sup> FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, cit., p. 614.

<sup>431</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012, p. 382. En el mismo sentido, TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 402.

<sup>432</sup> MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, cit., p. 389. También ver: PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Manual de derecho procesal civil*, Tomo I, Madrid, 1962, p. 294; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 295; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, cit., p. 144; FERRER



Existen reglas para llevar a cabo la valoración del material probatorio, pero que no están en la ley y ni siquiera están escritas. Ellas son las únicas capaces de asegurar una apreciación racional de la prueba, por lo que deben ser celosamente respetadas, y de hecho es la propia LEC la que expresamente señala que la motivación de las sentencias debe ajustarse siempre a las reglas de la lógica y la razón (art. 218.2).

La idea es que el sentenciador reflexione y obtenga sus conclusiones de acuerdo con su propia calificación de la fuerza probatoria de los elementos de convicción empleados, pero que en la construcción de sus inferencias respete las normas que establecen la forma correcta de razonar, que permiten que las conclusiones y el conocimiento obtenido a través del ejercicio intelectual del juez puedan ser aceptados por los intervinientes del proceso y el resto de los miembros de la sociedad. Obviamente en este proceso el juzgador se va a encontrar con limitaciones propias de la mente humana, pero lo importante será que respete las normas básicas de la lógica y la experiencia, como expresiones del conocimiento deductivo e inductivo que se encuentra afianzado al interior de una comunidad, lo que hace que la sana crítica sea una categoría racional superior<sup>433</sup>.

De esta manera, se quiere asegurar que el raciocinio del juez respete los estándares que aseguran la idoneidad de su reflexión, a fin de que su prudente arbitrio no se transforme en arbitrariedad. De ahí que se haya indicado que las reglas de la sana crítica son preceptos de *higiene mental*<sup>434</sup>, que enseñan la forma correcta de reflexionar y pensar acerca de una cosa<sup>435</sup>, con el objetivo de impedir que los razonamientos sean “*arbitrarios, incoherentes o contradictorios o lleven al absurdo o que estén impregnados de prejuicios*”<sup>436</sup>.

Este sistema posibilita que el juez pueda apreciar libremente la prueba, en el sentido de que no existirán orientaciones ni limitaciones previstas por el legislador, pero ello debe realizarse respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Este contenido de la sana crítica permite que esta noción resulte adaptable a los distintos escenarios sociales y jurídicos que se vayan suscitando en el desarrollo de las

---

BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 45; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 201.

<sup>433</sup> COUTURE, Eduardo, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*, en Estudios de derecho procesal civil, Tomo I, Buenos Aires, 1989, p. 320.

<sup>434</sup> COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 220.

<sup>435</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 102.

<sup>436</sup> BUSTAMANTE RÚA, Mónica, *El estándar de prueba en la duda razonable y la presunción de inocencia*, en AA. VV., *La prueba y la decisión judicial*, Medellín, 2010, p. 191.

sociedades -gracias al progreso de la ciencia, la tecnología, etc.- así como a las demandas que estos planteen, ya que si bien el componente lógico le da estabilidad al sistema, pues comprende un conjunto de reglas que se caracterizan por su permanencia e inmutabilidad, las normas de la experiencia admiten su ajuste y adaptación.

En este sentido, las reglas de la lógica constituyen estructuras que no se identifican con un contenido específico, de modo que pueden ser aplicadas a todos los campos del conocimiento manteniendo su vigencia y validez, pues son el fruto de un razonamiento deductivo, y que por lo tanto, no admiten excepciones<sup>437</sup>. En el proceso indican que el juez debe respetar los principios de identidad, tercero excluido, falta de razón suficiente y de contradicción, aunque, como sabemos, dicha corrección lógica no asegura una sentencia acertada ni una determinación infalible de la realidad fáctica<sup>438</sup>.

Por su parte, las máximas de experiencia constituyen juicios hipotéticos inductivos contruidos a partir de la constatación de la normalidad con la que se presentan los eventos<sup>439</sup>. Estas máximas irán mutando con el paso del tiempo y tendrán diferente contenido en distintos lugares, ya que los estándares de regularidad son un producto voluble que depende de los estadios de desarrollo humano. Esto es lo que permite otorgarle al juez un ámbito de acción amplio, pero no ilimitado, para ponderar el mérito probatorio de las diferentes probanzas de acuerdo con las circunstancias particulares del caso<sup>440</sup>. Ahora, si bien es posible que estos juicios sean compartidos por cualquier miembro de nivel medio de la sociedad de la que el juzgador forma parte, pues son también un reflejo de su experiencia personal, debemos apuntar que para la valoración del acervo probatorio el juez no solo se sirve de las máximas comunes o generales, sino que también le es posible acudir a aquellas que dan cuenta de un conocimiento especializado, propio de una ciencia, técnica o arte, por lo que para su

---

<sup>437</sup> EISNER, Isidoro, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 87.

<sup>438</sup> COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 222. También, CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 140.

<sup>439</sup> En este sentido, no podemos dejar de mencionar que el creador de esta noción, Friedrich STEIN, concibió las máximas de la experiencia como “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados 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 esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”, STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 22.

<sup>440</sup> COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, cit., p. 195. En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, cit., p. 583.

comprensión y posterior aplicación se valdrá de la colaboración de personas que poseen estos conocimientos que le son ajenos: los peritos<sup>441</sup>.

La idea es que con estas normativas, la decisión del juez no va a quedar entregada exclusivamente a su intuición o arbitrio, pues las impresiones que le causen las pruebas van a tener que ser evaluadas a la luz de lo que nos indique la lógica y la experiencia, lo que permite reducir el espacio para las arbitrariedades e injusticias. Además, como consecuencia de ello parece lógico exigir que esa decisión sea debida, coherente y razonadamente fundamentada, de modo que sea posible controlar si los motivos esgrimidos para llegar a la conclusión expuesta se ajustan a los parámetros establecidos. Esto quiere decir que cualquier persona, parte o tribunal estará habilitado para constatar si la decisión es el resultado de un proceso lógico y racional. Las reglas de la sana crítica exigen que el juez exponga las motivaciones y el razonamiento inferencial que le sirve de soporte al fallo adoptado, a fin de que ellas sean conocidas, revisadas y revaluadas, en primer lugar, por el propio juez, lo que le permitiría eliminar de su sentencia cualquier fundamento o consideración que responda solo a una apreciación subjetiva, que no pueda ser justificada ni aceptada intersubjetivamente<sup>442</sup>. Asimismo, la motivación del fallo permite que sus razones y fundamentos sean conocidos por las partes (especialmente por el vencido, por ser obviamente quien más se resiste a aceptarlo) y por el tribunal superior que deba conocer, revisar y sentenciar nuevamente el asunto ante la interposición de un recurso<sup>443</sup>.

Para cerrar este apartado debemos apuntar que a pesar de las virtudes que se proclaman de este modelo, también hay quien ha llamado la atención acerca de sus inconvenientes. Así, en primer lugar es necesario señalar que se ha sostenido que la sana crítica se caracteriza por una carencia normativa, en el sentido que provoca un vacío legislativo en lo que respecta a la tarea de valoración de la prueba. Por ello, al juez no le es posible encontrar ninguna norma jurídica que lo oriente o le entregue alguna directiva respecto al modo en que debe realizar su trabajo, de forma que se le deja entregado a su suerte. De esta manera, si atendemos a la prueba legal y la comparamos con la sana crítica constataremos que entre uno y otro sistema se pasa desde una racionalidad

---

<sup>441</sup> MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional*, Vol. II, cit., p. 240. En el mismo sentido: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Vol. II, cit., p. 126; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 281; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 337; SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, cit., p. 206.

<sup>442</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación*, cit., p. 86.

<sup>443</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El derecho a la prueba en el proceso español*, cit., p. 584. En el mismo sentido: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, cit., p. 144.

positiva a una negativa, de modo que, aun con los inconvenientes que se le atribuyen, la prueba tarifada da cuenta de un esfuerzo del legislador por poner por escrito y otorgarle absoluta exigibilidad a los criterios racionales y lógicos de valoración que pueden ser recogidos y concentrados en un momento histórico determinado. En cambio, en el caso de la sana crítica, el ordenamiento procesal se niega a exponer el contenido de esa racionalidad y se limita a entregarle todo el peso de este trabajo al juez, con el consiguiente peligro de que este no utilice los criterios adecuados para ello<sup>444</sup>.

Por último, y dado que la configuración de la máxima de experiencia que será usada para apreciar la prueba queda entregada a la discreción del juzgador, es imprescindible que éste actúe con sumo cuidado en su selección, toda vez que es posible que lo que se crea que constituye una máxima que da cuenta del *id quod plerumque accidit* no sea más que una expresión de prejuicios y conocimientos espurios, fruto de una generalización carente de todo fundamento objetivo y verificable, por lo que difícilmente sirva para dar lugar a una elección correcta de la hipótesis de los hechos<sup>445</sup>. Pero además de ello, también es necesario que el tribunal no olvide que en el proceso se emplean máximas de experiencia que, solo con un cierto grado de probabilidad, dan cuenta de la ocurrencia de los hechos, por lo cual el juez siempre deberá verificar que el margen de error de la máxima se ubica dentro de los estándares permitidos en el proceso, pues de lo contrario, no será posible la generación de conocimiento válido<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 396. También: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 90.

<sup>445</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 75.

<sup>446</sup> TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre las máximas de la experiencia*, en *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, 2009, p. 442.



## **CAPÍTULO II**

### **VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS DE DECLARACIÓN DE PERSONAS EN EL PROCESO CIVIL**

#### **1. LA MEMORIA Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO**

Digámoslo claramente: nuestra memoria no es 100% confiable. De hecho, su capacidad para almacenar y recuperar recuerdos dista mucho de ser perfecta, no solo porque el olvido carcome nuestro pasado y los conocimientos que alguna vez tuvimos, sino además porque inventamos recuerdos. Sea por efecto de nuestra propia mente o por el influjo de fuerzas ajenas, la memoria tiene la facultad de hacernos creer que hemos presenciado en vivo y en directo hechos de los que solo tuvimos noticia mediante la lectura o los dichos de otro sujeto. O a la inversa, nos puede llevar a olvidar el nombre o la cara de una persona con la que nos hemos encontrado y hablado en más de una ocasión. En fin, como se detallará en este capítulo, son tantos los desafíos a los que se ve enfrentada nuestra memoria, que rara vez podremos estar completamente seguros de que la imagen mental que guardamos de un episodio se ajusta en su totalidad a la realidad de lo que ocurrió.

Ante este panorama, y llevando el asunto al terreno de nuestra investigación, cabe preguntarse: ¿Podemos confiar en las declaraciones prestadas por las partes y testigos en los procesos judiciales? ¿Cuentan los operadores jurídicos, particularmente los tribunales, con las herramientas suficientes y adecuadas para identificar si un testimonio es certero? ¿Es posible establecer con bases racionales que alguno de los declarantes derechamente miente en su deposición? Lo arriba señalado podría llevarnos de inmediato a dar una respuesta negativa a estas interrogantes. Si ni siquiera podemos confiar en la certeza de nuestros propios recuerdos, parece más difícil creer en los relatos de otra persona, ya que es muy probable que estos sean testimonios incorrectos de los acontecimientos, más aun teniendo en consideración que todas estas deficiencias se podrán presentar sin que el declarante tenga la más mínima conciencia de ello.

En este punto nos enfrentamos a dos alternativas: en primer lugar, optar por prescindir de las declaraciones de personas en la esfera judicial, o bien, asumiendo nuestras humanas limitaciones, tomar todas las medidas factibles para asegurar la

obtención de testimonios de alta calidad. Obviamente, la segunda parece ser la única opción viable, de lo contrario eliminaríamos dos fuentes trascendentales de información para el juez, dejando a las partes en muchos -por no decir en la mayoría- de los procesos sin instrumentos para acreditar sus dichos y hacer valer sus pretensiones. Si se suprimieran las declaraciones, con el afán de evitarle al tribunal todos los peligros que implica la reconstrucción de los hechos a través de los relatos siempre imperfectos de partes y testigos, le estaríamos privando de herramientas para hacer esa recuperación, lo que por decir lo menos parece un contrasentido. Además, tampoco debe olvidarse en este punto que el proceso judicial solo puede arribar a una verdad siempre relativa y contextualizada de los hechos, precisamente por las limitaciones a las que el juez se ve enfrentado en materia de prueba, de modo que no podemos exigirle a los testimonios algo que el proceso en su conjunto no es capaz de alcanzar.

Empero, lo que sí podemos hacer es establecer bases sólidas, pero por sobre todo racionales y científicas, que le permitan a los tribunales valorar más acertadamente la credibilidad y veracidad de las deposiciones de los declarantes, tarea para la cual asumen una importancia trascendental las investigaciones y estudios que ha llevado a cabo la psicología del testimonio<sup>447</sup>. Es esta ciencia la que nos entrega los conocimientos acerca de los factores que influyen en la calidad del testimonio<sup>448</sup>, por lo que su conocimiento resulta imprescindible para realizar un control objetivo de las declaraciones de personas, habilitando al juez para someterlas a controles y valoraciones que sean susceptibles de justificación en la decisión final del pleito.

Como sostenía GORPHE, “[e]l valor del testimonio depende de la crítica que se haga de él”<sup>449</sup>, crítica que solo puede desarrollarse en forma válida y eficiente si se conoce cómo funciona la memoria humana, para a partir de ello, construir criterios objetivos de valoración que permitan explicitar por qué se asume como cierto lo expuesto por alguno de los declarantes del proceso. He ahí la importancia de las páginas que siguen.

---

<sup>447</sup> UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, en *Reconstructing the past: the role of psychologists in criminal trials*, Arne Trankell (editor), Estocolomo, 1982, p. 29.

<sup>448</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia, 2000, p. 10.

<sup>449</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, traducción de Mariano Ruiz-Funes, Madrid, 1980, p. 16.

## A) Antecedentes históricos de la psicología del testimonio

Los trabajos pioneros sobre la psicología del testimonio se llevaron a cabo en las postrimerías del siglo XIX, principalmente gracias a las investigaciones desarrolladas en Estados Unidos por James McKeen CATTELL y en Alemania por Louis William STERN. Sin perjuicio de ello, las primeras experimentaciones destinadas a estudiar el funcionamiento de la memoria son atribuidas al psicólogo alemán Hermann EBBINGHAUS, quien en 1885 publicó su obra *Über das Gedächtnis*, en la que expuso sus hallazgos acerca de los procesos de aprendizaje y olvido. Gracias a estos estudios, en los que se empleó a sí mismo como único sujeto de estudio, elaboró lo que se conoce como “curva de olvido”, la que hasta hoy es empleada para describir la velocidad con la que se produce la pérdida de la información aprendida a medida que transcurre el tiempo<sup>450</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta al trabajo de CATTELL, este llevó a cabo investigaciones sobre pruebas mentales y diferencias individuales. Junto a James Mark BALDWIN fundó la revista *Psychological Review* en 1894, mismo año en el que se hizo propietario de *Science*. En esta última, publicó al año siguiente un artículo titulado *Measurements of the accuracy of recollection*, donde dio cuenta de los resultados obtenidos en un estudio realizado a 56 estudiantes del Columbia College con el que buscaba determinar cuantitativamente la fiabilidad del recuerdo y la prueba. El estudio consistió en la formulación de algunas preguntas a los alumnos, a quienes, además de las respectivas respuestas, se les solicitó que señalaran la confianza que sentían acerca de la exactitud con la que habían contestado. Así, quedaron de manifiesto las dificultades que se presentan para conseguir precisión en la observación y en la información o en la estimación de magnitudes de peso, distancia y tiempo. Así, estableció que ni la observación ni el recuerdo eran completamente fiables<sup>451</sup>. Con estas investigaciones pretendió resaltar el rol de la psicología y sus experimentos, los que podían tener un alto valor práctico en los asuntos de la vida diaria, destacando que la medida de la precisión en la observación y la memoria son de gran utilidad en los tribunales de justicia<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, Cambridge, 1979, p. 53.

<sup>451</sup> CARPINTERO, Helio, *Breve historia de la psicología jurídica*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaime Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006, p. 53.

<sup>452</sup> CATTELL, James McKeen, *Measurements of the accuracy of recollection*, en *Science*, Vol. 2, N°49, 1895, p. 761.



Por su parte, el psicólogo alemán William STERN, discípulo de EBBINGHAUS, realizó algunos de los primeros estudios experimentales controlados sobre la psicología del testimonio y estuvo entre los psicólogos pioneros en enfatizar explícitamente la importancia de su trabajo para el derecho, la pedagogía, la medicina e incluso la historia<sup>453</sup>. Por sugerencia suya, en la Universidad de Berlín se llevó a cabo un experimento que consistió en que durante el desarrollo de un seminario del profesor Franz VON LISZT se simuló un altercado entre dos personas, disputa que culminó con una de ellas disparando un revolver contra la otra<sup>454</sup>. Luego de ello, los presentes -que desconocían que lo sucedido había sido preparado- fueron divididos en varios grupos, procediéndose a tomarles declaración en distintos momentos. Al analizar los resultados obtenidos y constatar cómo el transcurso del tiempo afectaba el relato de los hechos, quedó de manifiesto cuán diferente puede ser el recuerdo que los testigos presenciales tienen de la realidad efectiva de los sucesos, así como la mayor precisión que se obtiene en las declaraciones conseguidas mediante una narración libre por sobre el interrogatorio<sup>455</sup>. Además, en los descubrimientos que alcanzó, especialmente gracias a su trabajo con testigos infantiles, enfatizó el considerable número de errores de omisión y comisión que constataba en sus declaraciones<sup>456</sup>. En 1902 publicó el artículo *zur Psychologie der Aussage*, en el que trató el efecto del juramento en la precisión y la confianza de los testigos. Al año siguiente fundó una revista sobre la psicología del testimonio, llamada *Beiträge zur Psychologie der Aussage*, que apareció regularmente en Leipzig hasta 1907. Luego esta publicación fue remplazada por *Zeitschrift für angewandte Psychologie und Psychologische Sammelforschung*, que dirigió junto a Otto LIPMANN<sup>457</sup>. Por todo ello, se le ha calificado como el real pionero de la psicología del testimonio y entre sus conclusiones se le atribuye el haber sostenido que la obtención de un recuerdo libre de errores no es la regla, sino la excepción, y que ni

---

<sup>453</sup> STERN, William, *Abstracts of lectures on the psychology of testimony and on the study of individuality*, en *The American journal of psychology*, Vol. 21, N° 2, 1910, p. 270. También: SPORER, Siegfried Ludwig, *A brief history of the psychology of testimony*, en *Current psychological reviews*, Vol. 2, N° 3, 1982, p. 326.

<sup>454</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, *Lessons from the origins of the eyewitness testimony research in Europe*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 22, N°6, 2008, p. 739.

<sup>455</sup> DIGES JUNCO, Margarita y MIRA SOLVES, José Joaquín, *La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad*, en *Justicia*, N° 3, 1988, p. 662.

<sup>456</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos presenciales*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006, p. 226.

<sup>457</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 12.

siquiera el juramento sirve de protección contra los engaños de la memoria<sup>458</sup>. Además de eso, también debemos mencionar que fue uno de los primeros psicólogos en prestar declaración como testigo experto, acercando los descubrimientos experimentales a los casos individuales<sup>459</sup>.

Mientras tanto, en 1895 se publicó en Francia el primer número de la revista *L'Année Psychologique*, fundada por Alfred BINET y Henry BEAUNIS. Fue BINET quien en 1900 lanzó el libro *La suggestibilité* donde se recogen sus primeros trabajos aplicados sobre la psicología del testimonio, en los que analiza los errores que cometen los niños en el recuerdo, debido a la sugestión que les genera la manera en que se les formulan las preguntas. Sus estudios sirvieron para dejar en claro qué tipos de preguntas deben o no ser usadas con los testigos, como asimismo para remarcar la importancia de las diferencias individuales en la suggestibilidad<sup>460</sup>. Luego, en 1905, en su artículo *La science du témoignage*, da cuenta de los últimos estudios sobre el testimonio<sup>461</sup>.

En 1897 el jurista austríaco Hans GROSS publicó *Kriminalpsychologie*, donde se dedica extensamente al estudio del testimonio y realiza una revisión de distintos aspectos, entre los que se cuenta la percepción sensorial de los hechos, el recuerdo y la memoria, las diferencias presentes en la declaración de diversas categorías de sujetos declarantes, así como los errores que pueden ser cometidos por estos.

Sin embargo, la primera gran obra general y específica sobre la psicología del testimonio, cuya publicación marca el inicio oficial de esta ciencia fue creación de Hugo MÜNSTERBERG, psicólogo alemán que en 1908 presentó su libro *On the Witness Stand*, en el que plasma sus aportaciones básicas y propugna la incorporación de la psicología a la práctica habitual del foro<sup>462</sup>. En esta obra, el autor recoge varios de sus trabajos que previamente se habían publicado como artículos de revista, y en ellos entrega claros ejemplos de las dificultades a las que se ven enfrentados los testigos al momento de recordar los eventos, como asimismo trata de explicar por qué distintas personas que han presenciado el mismo hecho generan versiones diferentes del acontecimiento. Además, da cuenta de las confusiones, ilusiones, olvidos y errores que pueden cometer los testigos tanto al construir sus memorias como al recuperar esos

---

<sup>458</sup> UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, cit., p. 27. También: SPORER, Siegfried Ludwig, *Lessons from the origins of the eyewitness testimony research in Europe*, cit., p. 741.

<sup>459</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, *The science of eyewitness testimony has come of age*, en *Psychological science in the public interest*, Vol. 2, N° 2, 2006, p. i.

<sup>460</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, *Lessons from the origins of the eyewitness testimony research in Europe*, cit., p. 744.

<sup>461</sup> BINET, Alfred, *La science du témoignage*, en *L'année psychologique*, Vol. 11, 1904, p. 128.

<sup>462</sup> CARPINTERO, Helio, *Breve historia de la psicología jurídica*, cit., p. 54.

recuerdos. Por otra parte, y en el terreno de la hipnosis, expone una situación práctica que deja en claro la alta sugestibilidad que supone la práctica hipnótica, lo que puede traer como consecuencia la implantación de decisiones y recuerdos en el hipnotizado, quien, por ende, puede ser tremendamente influenciado por el entrevistador<sup>463</sup>.

A su turno, LOMBROSO fue el primero en publicar en Italia un estudio sobre la psicología del testimonio. En Francia también destacaron los trabajos de GORPHE, y en España, en la segunda década del siglo pasado, SANTAMARÍA realizó el primer estudio experimental sobre la exactitud de la memoria de los testigos. Pocos años después, en 1932, MIRA I LÓPEZ publicó su *Manual de Psicología Jurídica*<sup>464</sup>. No obstante, todo este trabajo doctrinal decae al final de los años treinta debido al auge del conductismo y a la Segunda Guerra Mundial. Desaparecen los estudios sobre la memoria y son remplazados por los del aprendizaje, esto es, el análisis de la memoria cognitiva o de procesamiento de la información. Su buscó explicar las reacciones de los testigos a través del aprendizaje y la conducta, y se sostuvo que la memoria no podía ser objeto de investigación científica, ya que al no ser posible su observación de manera directa, no sería medible<sup>465</sup>. Solo en la década del setenta se produce lo que SPORER denomina el “renacimiento” de la investigación experimental del testimonio<sup>466</sup>, principalmente gracias al gran trabajo desarrollado por Elizabeth LOFTUS, quien en 1979 publicó *Eyewitness Testimony*, a lo que debemos agregar los estudios que le siguieron de BEKERIAN, BOWERS, GEISELMAN, TULVING, WELLS, KÖHNKEN, BUCKHOUT, UNDEUTSCH, WELLS, entre muchos otros, lo que provocó el auge y desarrollo de la disciplina<sup>467</sup>. En España, por su parte, entre los máximos exponentes de las últimas décadas podemos mencionar a MANZANERO, ALONSO-QUECUTY, DIGES, GARRIDO y MASIP, cuyos trabajos serán mencionados a lo largo de esta investigación.

---

<sup>463</sup> MÜNSTERBERG, Hugo, *On the witness stand: essays on psychology and crime*, Littleton, 1981.

<sup>464</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Métodos y elementos para una psicología jurídica*, en Introducción a la psicología jurídica (con Ramón Bayés y Frederic Munné) México D.F., 1980, p. 16. Asimismo: WHIPPLE, Guy Montrose, *The observer as reporter: a survey of the “Psychology of Testimony”*, en *Psychological bulletin*, Vol. 6, N° 5, 1909, p. 153.

<sup>465</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, traducción de José Manuel Revuelta, Madrid, 2010, p. 96.

<sup>466</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, *A brief history of the psychology of testimony*, cit., p. 323.

<sup>467</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Madrid, 2008, pp. 18 y ss. También ver: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 16; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 214.

## B) La memoria

La declaración de toda persona en un proceso judicial parte del supuesto de que ella posee información acerca de los hechos que han originado la controversia. En otras palabras, quien se vale de la declaración de un individuo en el proceso tiene la convicción de que el deponente guarda ciertos datos en su memoria que, al ser puestos en conocimiento del juez de la causa, servirán para fortalecer su posición procesal, y en definitiva, le permitirán obtener una sentencia que vaya en la dirección de sus intereses. Por consiguiente, la memoria humana, su funcionamiento y los factores que la afectan, conforman uno de los pilares centrales del tema en estudio, ya que “[e]l testimonio depende en primer lugar de la memoria del testigo”<sup>468</sup>.

Para comenzar, valga señalar que hablar de memoria es hablar del pasado. Es referirse a un proceso mental por medio del que se traen al presente fechas, acciones, personas, datos o informaciones que hemos aprendido en un momento pretérito y que han llegado a nuestro conocimiento gracias a una percepción sensorial, ya sea directamente o a través de otra persona. Siguiendo esta línea, el Diccionario de la RAE señala para la primera acepción de *memoria* que ella es la “*facultad psíquica por medio de la cual se retiene y recuerda el pasado*”. De esta manera, podemos sostener con SULLY que la memoria implica el desarrollo de un proceso por el que se lleva a cabo una especie de resurrección del pasado que permanece enterrado<sup>469</sup>.

Si pretendemos que mediante el ejercicio de la memoria una persona puede recuperar los hechos acaecidos, resulta imprescindible que ella haya almacenado correctamente la información correspondiente a esos eventos. Para poder exhumar el pasado, necesariamente debemos haberlo sepultado con anterioridad, vale decir, haber llenado con esa información los estantes de nuestra memoria. Por ello, algún autor ha hecho una analogía entre la memoria humana y la del ordenador, entendiendo que la primera es “*un mecanismo de grabación y archivo de la información adquirida que hace posible que sea recuperada posteriormente*”<sup>470</sup>.

Sea como fuere, está claro que todo recuerdo que se integra en nuestra memoria se conforma a partir de una percepción sensorial sin la cual no es posible el proceso de memorización. Por ello, se ha sostenido que para que exista el almacenaje de datos

---

<sup>468</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 17.

<sup>469</sup> SULLY, James, *Illusions: a psychological study*, Londres, 1881, p. 232.

<sup>470</sup> IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Madrid, 2009, p. 69.

potencialmente relevantes en el terreno judicial, debe generarse un estímulo capaz de gatillar nuestras sensaciones, pues para que se produzca la percepción base de todo recuerdo, nuestros sentidos tienen que haber sido capaces de acceder a aquello que luego se guarda en la memoria, aunque, claro está, los recuerdos de situaciones fácticas reales conviven con aquellos provenientes de pensamientos, sueños y alucinaciones generadas por el sujeto<sup>471</sup>. De esta forma, cuando en el proceso se pide al declarante que dé cuenta de un hecho, o sea, que recuerde *algo*, y que además de ello su relato sea ajustado a la efectiva ocurrencia de los sucesos, la fijación de los acontecimientos en la memoria del sujeto debe haber sido lo más fiel posible, pues de lo contrario, y aun cuando la declaración se desarrolle con total y absoluta honradez, en ningún caso obtendremos un relato coherente con lo sucedido.

Lamentablemente, y como lo han manifestado expresamente los expertos, la memoria no se parece ni de lejos al funcionamiento de una grabadora de video, que deja un registro objetivo, completo e inmutable de todo lo que es captado por su lente<sup>472</sup>. El archivo que va siendo formado por la actividad de nuestra memoria se verá afectado por una serie de elementos, tanto pertenecientes al mismo sujeto como ajenos a él, con lo que desde el inicio del proceso mnemónico se colocan piedras en el camino de una eventual posterior recuperación del recuerdo.

Además, en esta etapa del proceso debemos tener presente que lo que es almacenado por el sujeto no es un facsímil objetivo de los acontecimientos acaecidos, sino que corresponde solo a la apreciación subjetiva que el individuo hace de los hechos. Y ello no es fruto de una carencia de lealtad o buena fe del espectador, pues está claro que cada persona interpreta los sucesos de acuerdo con una serie de elementos, entre los que se cuentan su nivel educacional, posición social y sistema de valores, de modo que al momento del recuerdo, lo que se traerá a colación no constituirá una reproducción aséptica de los acontecimientos, sino que serán esos mismos hechos pero pasados por el cedazo de la interpretación del declarante al momento de su codificación<sup>473</sup>.

De esta manera, aunque en principio todos tengamos la tendencia a confiar plenamente en el funcionamiento de nuestra memoria y en la fidelidad de los recuerdos

---

<sup>471</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 31. En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 216.

<sup>472</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 21. En el mismo sentido: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, 2010, p. 23.

<sup>473</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 44.

que ella es capaz de rescatar -ya que estos deberían corresponder al resurgimiento del pasado tal como lo hemos aprehendido-, el proceso de recuperación es altamente complejo, pues no solo se trata de traer de vuelta un elemento almacenado, reconstruyendo la percepción que se tuvo de él en ausencia de toda impresión sensorial<sup>474</sup>, sino que además, lo que ha sido bien o mal guardado desde un principio, podrá verse envuelto en una serie de mutaciones en el tiempo durante el que la información descansa en el almacén de la memoria. Esto porque cada nueva información sensorial se verá afectada e integrada por recuerdos y concepciones preexistentes en la mente del observador, los que afectan la forma en que se lleva a cabo la codificación y el resultado final que se obtiene de ella, y además, este registro se verá influenciado por aquella información relacionada que sea incorporada con posterioridad a los archivos del sujeto<sup>475</sup>. Por lo tanto, el rescate de informaciones desde el baúl de los recuerdos no descansa solo en una actividad meramente pasiva, como lo sería el apreciar una fotografía de los hechos que ha permanecido impoluta desde el momento mismo en que fue tomada, sino que consistirá en sacar a la luz conocimientos que han sido corregidos, completados y reorganizados, de manera tal que la memoria trata de una operación reconstructiva, no de una mera recuperación<sup>476</sup>.

Pero además de todos los inconvenientes descritos, es dable que esta operación reconstructiva sea víctima de errores de distintas entidades. Así, es posible que a pesar de que se recuerden con precisión los acontecimientos sucedidos: a) se les atribuya una locación temporal inexacta, esto es, un error en la data que se les señale, llamado *ilusión de tiempo-perspectiva*; b) se genere una equivocación en la atribución del contenido o naturaleza de lo acaecido, recordándolo solo en parte o de manera oscurecida, torcida o tergiversada, lo que provocará que el relato dé cuenta de un recuerdo vago, general o con omisiones, o bien, que presente invenciones que busquen llenar esas lagunas; c) o en el peor de los escenarios, nos enfrentemos a un caso de *supuesto* recuerdo, que no consista ya en la transformación de un evento que efectivamente sucedió, sino que en la completa invención de un acontecimiento, generada mediante los sueños o la imaginación<sup>477</sup>. Estos errores pueden ser producto de factores que están presentes en todo el proceso de memoria, como los problemas perceptivos, la interpretación de los

---

<sup>474</sup> SULLY, James, *Illusions: a psychological study*, cit., p. 234.

<sup>475</sup> LEIPPE, Michael R., *Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence*, en *Law and human behavior*, Vol. 4, N° 4, 1980, p. 263.

<sup>476</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 58.

<sup>477</sup> SULLY, James, *Illusions: a psychological study*, cit., pp. 241 y ss. También: DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos: sugestión y memoria*, Barcelona, 1997, p. 36.

hechos, el paso del tiempo o la simple incorporación posterior de nueva información. De hecho, cada vez que el sujeto piensa en lo que ha presenciado, lo relata a otra persona, escucha otras conversaciones o simplemente lee un periódico, va generando cambios en la imagen mental que guarda de ello, dando paso a lo que se conoce como *falsos recuerdos*<sup>478</sup>. Y lo que es peor, todo esto se produce con total ajenidad a su voluntad. De ahí que la determinación acerca de si el deponente miente o no en el proceso es solo la primera de las barreras que debe superar el tribunal para tasar de modo acertado la declaración de personas, pues además de ello deberá constatar el grado de exactitud con el que se produce el relato de los hechos, o sea, en qué nivel la declaración se ajusta a la efectiva ocurrencia de los acontecimientos. Solo a partir de este ejercicio podrá efectuarse una correcta determinación del valor probatorio de estos medios de convicción.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo señalado, obviamente nadie puede negar que la memoria sí funciona, pues de lo contrario no tendríamos consciencia ni siquiera de nosotros mismos. Por ello MANZANERO ha sostenido que “[t]odo lo que somos es memoria”<sup>479</sup>. Empero, no podemos pretender elevar su desempeño hasta los dominios de la infalibilidad, y para ilustrarlo, contestemos la siguiente pregunta: ¿Cuánta de la información que percibimos a diario somos capaces de reproducir posteriormente con un alto nivel de completitud y precisión? La verdad es que solo una mínima cantidad<sup>480</sup>, pues ni aun en el caso de que tratemos de esforzarnos en registrar todo lo que sucede a nuestro alrededor podremos llevarlo a cabo satisfactoriamente. Es tal la cantidad de información con que somos bombardeados en todo momento que el cerebro no alcanza a procesarla ni menos a guardarla en su totalidad<sup>481</sup>. Por así decirlo, nos enfrentamos a un déficit estructural de hardware. De hecho, ante el exceso de información circundante, el sujeto lleva a cabo un proceso de selección de los datos a los que le presta atención, limitándose solo a aquello que le interesa, lo que ha permitido distinguir entre aspectos

---

<sup>478</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos?*, en Anuario de Psicología jurídica, N° 14, 2004, p. 116. En el mismo sentido: LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 21. Para un análisis detallado, ver: DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit.

<sup>479</sup> Este autor ha recalcado la importancia de la memoria para todas las actividades del ser humano, pues ella nos proporciona un conocimiento acerca de nosotros mismos y de nuestra historia, nos permite desenvolvernos eficazmente en sociedad, así como generar las habilidades para sobrevivir, MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., 2008, p. 28.

<sup>480</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 21.

<sup>481</sup> IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 71.

centrales y periféricos del suceso, siendo los primeros a los que se les presta mayor atención y tienden a ser mejor recordados por los individuos<sup>482</sup>.

Con todo, en el proceso jurisdiccional la persona será llamada a declarar precisamente sobre aquella parte de la información que sí fue capaz de procesar y almacenar, de modo que lo importante será verificar si las condiciones en que ello se ha realizado permiten al juez otorgarle un alto nivel de credibilidad a su declaración, y esto, aunque parezca imposible de acuerdo a lo antes expuesto, no lo es. Efectivamente es difícil, mas no inalcanzable. Los entorpecimientos que se presentan para el funcionamiento de la memoria son solo eso, no barreras u obstáculos infranqueables, por lo que será labor del tribunal analizar cuán fiable es el recuerdo que el sujeto guarda de los acontecimientos, así como también -y aunque esto nada tiene que ver con la memoria- que carece de toda intención de mentir o engañar. El truco está en comprender cómo funciona la memoria y no olvidar los factores que la afectan, verificando la concurrencia de estos y determinando el grado en que pueden haber influido en el recuerdo, aspectos todos que serán tratados con el desarrollo de este trabajo.

En cualquier caso, debemos tener presente que la memoria no constituye un almacén unitario, sino que es posible hablar de varios tipos de memoria, a los que nos referimos en el apartado siguiente.

#### **a) Estructura y tipos de memoria**

La necesidad por entender el funcionamiento de la memoria ha llevado a los expertos a proponer distintos modelos que den cuenta de su estructura funcional, para de esta forma detectar sus diferentes partes o componentes y tratar de entender cómo se lleva a cabo la interacción entre ellas. En este afán, una de las primeras propuestas corresponde al *Modelo modal o multialmacén*, que fue fruto del trabajo desarrollado por Richard ATKINSON y Richard SHIFFRIN, sistematización de la que nos valdremos para explicar en términos generales la estructura y los distintos tipos de memorias que pueden ser identificados<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> IBABE, Izaskun, *Memoria de testigos: recuerdo de acciones e información descriptiva de un suceso*, en *Psicothema*, Vol. 12, N° 4, 2000, p. 577.

<sup>483</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 30.



El modelo multialmacén fue propuesto en 1968 y entre sus antecedentes es posible considerar al trabajo de William JAMES, quien en su obra *The Principles of Psychology* proponía la existencia de dos tipos de memoria, una primaria o transitoria y otra secundaria o permanente. Siguiendo en parte esta idea, el modelo modal plantea que la memoria humana se conforma de tres estructuras básicas: el registro o depósito sensorial, el almacén o memoria a corto plazo y el almacén o memoria a largo plazo. De esta manera, para describir el proceso por medio del que la información se almacena de forma permanente en la memoria, se sostenía que ello se produce mediante su flujo desde el registro sensorial hasta la memoria a largo plazo, proceso en el que la memoria de corto plazo opera como una especie de aduana. En este sentido, todos los impulsos sensoriales que se generan en el contexto circundante del sujeto se incorporan primero al registro sensorial donde permanecen por un brevísimo período de tiempo, para luego menguar y desvanecerse, a menos que el sujeto seleccione y dirija su atención a alguno de ellos. De este modo, mediante el registro sensorial el sujeto almacena y conserva inconscientemente la información en estado puro, para que -si se producen las condiciones adecuadas- ella sea empleada luego por la memoria a corto plazo. Así, pensemos, por ejemplo, que cuando estamos leyendo un libro, toda nuestra atención está dirigida a la información sensorial que se nos incorpora mediante el empleo de la visión, pero ello no nos impide *sentir* otros estímulos que se generen a la par. Sin embargo, dicha información no ingresará al almacén de memoria, pues nuestra atención no se ha posado en ella, perdiéndose casi instantáneamente<sup>484</sup>. Existe un registro sensorial por cada uno de nuestros sentidos, por lo que si el estímulo traspasa el umbral de activación de nuestras sensaciones, será captado por el registro específico, de los cuales principalmente se ha estudiado el icónico y el ecoico.

De lo indicado, se sigue que aquella información que es atendida por el sujeto, esto es, solo la mínima parte de todo lo que sucede a nuestro alrededor, pasa a la memoria a corto plazo, depósito que es capaz de almacenar una cantidad limitada de datos durante un período de tiempo que se ha establecido en menos de treinta segundos a partir de los estudios desarrollados por PETERSON y PETERSON en 1959<sup>485</sup>, transcurrido en cual decae y termina por perderse. Su capacidad y persistencia reducida quedan de manifiesto debido a que presenta una escasa retención cuando se enfrenta a

---

<sup>484</sup> ATKINSON, Richard C. y SHIFFRIN, Richard M., *Human memory: a proposed system and its control processes*, en *Psychology of learning and motivation*, Vol. 2, 1968, p. 90.

<sup>485</sup> PETERSON, Lloyd R. y PETERSON, Margaret Jean, *Short-term retention of individual verbal items*, en *Journal of experimental psychology*, Vol. 58, N° 3, 1959, p. 195.

un exceso de información, como ocurre cuando se trata de recordar una secuencia muy extensa de números o palabras<sup>486</sup>. No obstante, es posible que el sujeto mediante un ejercicio de repetición pueda aferrarse a una cierta cantidad de lo aprendido por el período que él decida, o bien que alguna parte de ello sea transferida voluntaria o involuntariamente a la memoria a largo plazo. En todo caso, debemos hacer presente que la memoria a corto plazo es un camino bidireccional, pues no solo sirve para almacenar la información en su tránsito a la de largo plazo, sino que también para guardar aquellos datos que se recuperan desde esta última, de modo que recibe *inputs* tanto desde el registro sensorial como desde la memoria a largo plazo. Por ello se le considera responsable tanto de la codificación de la información como de su posterior recuperación<sup>487</sup>.

Por su parte, la memoria a largo plazo constituye un almacén de capacidad y persistencia ilimitadas, donde se guarda de forma permanente la información que se transfiere desde la memoria a corto plazo. Una vez aquí, los datos entran en una especie de estado de hibernación o latencia, permaneciendo *dormidos* hasta que son demandados por el sujeto para su utilización, a raíz de lo cual deberán ser transferidos hacia la memoria de corto plazo<sup>488</sup>. Sin embargo, como aclaran ATKINSON y SHIFFRIN, dicha transferencia no implica que la información vaya de un almacén a otro, dejando de estar en el primero, sino que en este caso solo una copia de la información guardada en la memoria de largo plazo es empleada por la otra, duplicado que después de su utilización se pierde<sup>489</sup>.

Ahora bien, en lo que tiene relación con la memoria a largo plazo es posible distinguir también varios tipos:

a. La memoria *semántica* se vincula con el almacenamiento y utilización del conocimiento de las palabras y conceptos, de sus propiedades e interrelaciones<sup>490</sup>. Por ende, resulta imprescindible para el correcto uso del lenguaje, de las palabras y otros símbolos verbales, sus significados, interrelaciones y reglas que las regulan<sup>491</sup>. Al tratarse de un material netamente cognitivo, los datos que se guardan en esta memoria

---

<sup>486</sup> DE VEGA, Manuel, *Introducción a la psicología cognitiva*, cit., p. 89.

<sup>487</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 33.

<sup>488</sup> DE VEGA, Manuel, *Introducción a la psicología cognitiva*, cit., p. 89. Asimismo: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 29.

<sup>489</sup> ATKINSON, Richard C. y SHIFFRIN, Richard M., *Human memory*, cit., p. 91.

<sup>490</sup> TULVING, Endel y THOMSON, Donald M., *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, en *Psychological review*, Vol. 80, N° 5, 1973, p. 354.

<sup>491</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 236.

tienen un carácter acontextual o no autobiográfico<sup>492</sup>, pues solo se conserva el significado de las informaciones, no sus coordenadas espacio-temporales<sup>493</sup>.

b. La memoria *procedimental* comprende los conocimientos referidos a cómo se hacen las cosas, vale decir, a la adquisición, retención y utilización de habilidades perceptivas, cognitivas y motoras, adquiridas mediante la experiencia<sup>494</sup>.

c. La memoria *episódica* es aquella que se refiere a todos los recuerdos del sujeto, tanto en sus aspectos centrales como en los elementos contextuales que los acompañan<sup>495</sup>. Esta almacena y recupera los recuerdos que el individuo posee sobre sucesos o episodios fechados temporalmente, localizados en el espacio y que ha experimentado personalmente, así como las relaciones espacio-temporales que se generan entre ellos, de manera que es un registro más o menos fiel de las experiencias<sup>496</sup>. De este modo, dentro de este conjunto se incluye toda la información autobiográfica de la persona, o sea, su nombre, características, costumbres, recuerdos, episodios de su vida, en definitiva, su historia<sup>497</sup>.

### **b) Procesos fundamentales de la memoria episódica**

Como puede apreciarse, la memoria semántica y procedimental se vincula al *conocimiento* de las personas, mientras que la episódica alude a sus *recuerdos*, de ahí que para los procesos judiciales resulte transcendental todo lo que se almacene en esta última. Además, es en la memoria episódica en la que podemos detectar el desarrollo de tres procesos fundamentales, los que conllevan una seguidilla de actos que culminan con el registro de la información en la memoria a largo plazo:

1) Codificación o adquisición. Como su nombre lo indica, constituye el proceso por el que la memoria adquiere nuevos recuerdos a partir de la transformación de la información que es recibida por el sujeto, o dicho de otra forma, por el que los datos externos pasan a formar parte de la memoria de la persona.

Consiste, en primer lugar, en recibir y seleccionar alguna información sobre el suceso y percibirla por medio de los sentidos, para luego dotarla de significado a través

---

<sup>492</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 38.

<sup>493</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 30.

<sup>494</sup> TULVING, Endel, *Memory and consciousness*, en *Canadian psychology*, Vol. 26, N° 1, 1985, p. 2.

<sup>495</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 38.

<sup>496</sup> TULVING, Endel y THOMSON, Donald M., *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, cit., p. 354. En el mismo sentido, DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 236.

<sup>497</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 28.

de la interpretación que se realice de ella siguiendo los parámetros extraídos de un complejo sistema conformado por nuestra memoria semántica y el conjunto de nuestros principios, valores, experiencias y expectativas, además de la información relacionada que tengamos previamente alojada en la memoria. Para terminar, el cúmulo de datos interpretados es ingresado o incorporado mediante la generación o formación del respectivo trazo, rastro o huella de memoria, lo que implica la transformación de los estímulos sensoriales en información mnemónica<sup>498</sup>. De esta manera, el proceso de codificación consta de la selección, interpretación e integración de un nuevo conocimiento en las estructuras de la memoria<sup>499</sup>.

Se ha sostenido que el proceso de codificación de cada acontecimiento genera una huella de memoria específica debido a las propiedades del contexto en que el evento tiene lugar. El entorno juega un rol fundamental al momento de determinar cómo los hechos son percibidos e interpretados por quien los presencia, lo que en definitiva sirve para configurar la información que será guardada. Ello condujo a Endel TULVING y Donald THOMSON a postular el *Principio de codificación específica*, que afirma que solo podrá recuperarse aquello que se haya guardado, como asimismo, que una recuperación exitosa solo podrá alcanzarse si se lleva a cabo teniendo en cuenta cómo se ha producido el almacenamiento de la información<sup>500</sup>.

En este mismo sentido, es necesario recalcar en la etapa de codificación la importancia que la interpretación de los sucesos tiene en la formación de la huella de memoria. De hecho, la forma en que el individuo interpreta lo acontecido constituye uno de los factores que conllevan a que en las mismas condiciones ambientales, dos personas codifiquen el hecho de manera distinta, confiriéndole una connotación o significado diferente, por lo que será prácticamente imposible encontrarse ante dos relatos idénticos de los mismos hechos. Como consecuencia, el recuerdo de un hecho da cuenta de una actividad esencialmente subjetiva.

2) Retención. Comprende el período de tiempo que va desde la codificación del suceso hasta una eventual recuperación de su registro. Es el lapso en que el recuerdo del hecho descansa en la memoria del sujeto sin ser utilizado.

La situación de inactividad que caracteriza este proceso podría llevarnos a pensar que durante este período se mantiene una subsistencia inmutable de los datos

---

<sup>498</sup> IBAÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 70.

<sup>499</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit. p. 38.

<sup>500</sup> TULVING, Endel y THOMSON, Donald M., *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, cit., p. 359.

almacenados. Sin embargo, durante la etapa de retención la huella de memoria será atacada tanto por la erosión generada por el simple paso del tiempo -que presenta una relación directamente proporcional con el deterioro o decaimiento del trazo- así como por la información posterior que se vaya incorporando a la memoria, ya sea producto de sus propios pensamientos o de influencias externas, lo que generará una reconfiguración de la huella. De este modo, no solo podrá producirse el olvido de la información sino que también su reelaboración mediante la incrustación de aspectos que no estaban presentes en el suceso original, pero que se adquieren mediante el repaso mental de los hechos, las interacciones con otras personas o a través del acceso a los medios de comunicación, todo lo que acarrearán la generación de falsos recuerdos<sup>501</sup>.

3) Recuperación. Implica buscar y recobrar el recuerdo alojado en la memoria, para lo que el declarante deberá recrear el evento original, rescatando la huella formada a partir de la información adquirida durante la experiencia sensible, o al menos lo que quede de su rastro, por lo que para el éxito de esta operación será esencial la forma en que han tenido lugar las etapas de codificación y retención, pues los inconvenientes o errores que se hayan cometido en estas terminarán por repercutir en aquella, sin que exista la posibilidad de subsanación por parte del sujeto<sup>502</sup>. Por ende, será necesario que las percepciones hayan sido exactas, que la interpretación de los hechos haya sido lo más objetiva posible -si es que dicha “objetividad” pudiera estar presente en algún sentido-, que la información se haya mantenido retenida solo un breve tiempo y que se haya evitado todo ejercicio individual o colectivo que produzca una regeneración del rastro de memoria<sup>503</sup>.

Empero, todo lo anterior, aunque necesario, no será suficiente para una correcta recuperación, pues ella solo podrá ser efectiva si se realiza siguiendo los caminos adecuados que dan acceso a la información que se procura traer a la superficie. Como quien se enfrenta a un laberinto, será imprescindible elegir la ruta que nos permite acceder al cajón de la memoria en que se encuentra alojado el específico recuerdo que nos interesa. En este afán, resulta de capital importancia proceder mediante una estrategia pertinente de recuperación, y para ello es crucial conseguir que el sujeto se vuelva a situar -de la forma más completa posible- en la situación en la que se llevó a cabo la codificación, vale decir, que se tomen las medidas necesarias para que la

---

<sup>501</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 19.

<sup>502</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 21.

<sup>503</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 19.

persona se reinstale en condiciones contextuales análogas a aquellas que estaban presentes en el momento en que se produjo la adquisición de la información, tal como lo propone el principio de codificación específica al que ya se ha hecho mención<sup>504</sup>.

### c) Factores de la memoria

Dentro de un proceso de análisis del funcionamiento de la memoria conducente a alcanzar una valoración de mejor calidad de las declaraciones judiciales, resulta perentorio destinar unas líneas al estudio del conjunto de factores que influyen en el desempeño de la memoria humana, a fin de estar atento a su presencia y al efecto que pudieren haber ocasionado sobre el recuerdo. Respecto a este tema es conocida la clasificación que realiza Gary WELLS<sup>505</sup>, quien distingue entre variables a estimar y variables del sistema:

- Las variables a estimar son aquellas que afectan la precisión del testigo, pero no están bajo el control del sistema judicial. Son condiciones que están dadas por la forma en que los hechos fueron apreciados y almacenados, de modo que no pueden ser manipuladas, alteradas o mejoradas por la administración de justicia. Estas variables se presentan en las etapas de codificación y retención, por lo que el sistema procesal, mediante el análisis de las declaraciones prestadas, debe limitarse a estimar cómo y de qué manera estos elementos afectan la exactitud del testigo. Entre estos factores se pueden considerar las características del testigo (facultades sensoriales, sexo, edad, raza<sup>506</sup>, estrés, nivel de confianza, etc.), las condiciones del evento (tiempo y circunstancias de observación, grado de violencia, distintividad de la apariencia de los participantes, presencia de armas, entre otras)<sup>507</sup> o el mero transcurso del tiempo.

- Las variables del sistema son aquellas que están o pueden estar bajo el control directo del ente jurisdiccional, razón por la que resultan ajustables y manipulables. La forma en que estos factores afecten la calidad de la declaración dependerá de las condiciones y características en que opere la administración de justicia.

---

<sup>504</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 39. Además: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 216.

<sup>505</sup> WELLS, Gary L., *Applied eyewitness-testimony research: system variables and estimator variables*, en *Journal of personality and social psychology*, Vol. 36, N° 12, 1978, p. 1548.

<sup>506</sup> Ya que como apunta LOFTUS, parece ser un hecho cierto que las personas son más hábiles para reconocer caras de su propia raza o grupo étnico que de uno diferente, LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 136.

<sup>507</sup> WELLS, Gary L. y OLSON, Elizabeth A., *Eyewitness testimony*, en *Annual review of psychology*, N° 54, 2003, p. 280.

Fundamentalmente se refieren al proceso de recuperación de la información, que tiene lugar cuando la persona se enfrenta al sistema procesal para relatar su versión de los hechos<sup>508</sup>. Un ejemplo de estas es la extensión del lapso que va entre la ocurrencia del suceso y el subsecuente testimonio, la elección del tipo de prueba de memoria a emplear, la estructuración de la rueda de reconocimiento<sup>509</sup>, el orden de administración, el grado de semejanza entre los distractores o las instrucciones<sup>510</sup>.

Ahora, analizados desde la perspectiva de los procesos de la memoria semántica, a los que ya se ha hecho mención, es dable clasificar los factores de acuerdo a su presencia en cada una de dichas etapas. Así, en la fase de codificación es posible detectar factores del suceso y del testigo, entre los que se cuenta la iluminación, la duración del hecho, el grado de violencia, el estrés o el miedo experimentado. En la retención influye la información posterior al suceso así como las condiciones que conducen a su olvido, mientras que para la recuperación son trascendentales la manera de preguntar, el ambiente de la entrevista y las características del entrevistador<sup>511</sup>.

Lo importante será conocer todos estos factores y saber de qué forma pueden afectar la declaración de las personas en el proceso, con el objetivo de tenerlos en cuenta en el momento de llevar a cabo la valoración del testimonio por parte del tribunal.

### **1) Factores de codificación**

Se comprenden todos aquellos elementos que concurren en el momento en que las personas adquieren y registran la información acerca de un acontecimiento, dividiéndose en factores del suceso y factores del testigo.

---

<sup>508</sup> PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, en AA. VV., *La psicología social en la sala de justicia*, Jorge Sobral y Ramón Arce (editores), Barcelona, 1990, p. 87.

<sup>509</sup> WELLS, Gary L. y OLSON, Elizabeth A., *Eyewitness testimony*, cit., p. 285.

<sup>510</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, Valencia, 1993, p. 6.

<sup>511</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 20.

## i) Del suceso

Siguiendo el concepto de Elizabeth LOFTUS, podemos decir que se trata de factores inherentes al incidente mismo y que pueden reducir la habilidad del testigo para reportarlo con precisión<sup>512</sup>. Entre estos se encuentra:

1. Duración. Implica la cantidad de tiempo que tuvo el testigo para apreciar el hecho. A mayor cantidad de tiempo disponible para observar el hecho, más precisa será su percepción y mejor su recuerdo posterior<sup>513</sup>. En relación con este aspecto, los testigos tienden a sobrestimar la duración de los sucesos complejos, especialmente de aquellos que les generen un alto nivel de estrés<sup>514</sup>.

2. Frecuencia. Se refiere a la cantidad de ocasiones de que dispone un sujeto para percibir acontecimientos de la misma naturaleza. Así, si una persona ha sido testigo o víctima de un mismo delito en reiteradas ocasiones tenderá a recordar más detalles que cuando el suceso se presenta de manera aislada, aunque también es posible que se produzca una confusión entre las huellas de memoria de cada uno de los hechos particulares, lo que impedirá o dificultará la identificación de la ocasión concreta acerca de la que se solicita su versión<sup>515</sup>.

3. Familiaridad. Si la persona tiene un conocimiento previo sobre los estímulos presentes en los eventos que debe recordar, se facilitará el recuerdo de ellos, tanto cualitativa como cuantitativamente.

4. Condiciones de iluminación. Es obvio que el sentido de la visión opera en mejores condiciones de día y en escenarios adecuadamente iluminados. De hecho, cuando la luz es débil, no es posible ver los colores, sino que solo variaciones de intensidad en la oscuridad, sin mencionar que se generan problemas para determinar los contornos de aquello que miramos<sup>516</sup>. De ahí que GORPHE señalara que “[u]na escena

---

<sup>512</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 23.

<sup>513</sup> LOFTUS, Elizabeth F., GREENE, Edith L. y DOYLE, James M., *La psicología del testimonio del testigo presencial*, en *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994, p. 25.

<sup>514</sup> LOFTUS, Elizabeth F., SCHOOLER, Jonathan W., BOONE, Stanley M. y KLINE, Donald, *Time went by so slowly: overestimation of event duration by males and females*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 1, N° 1, 1987, p. 3. En el mismo sentido: DIGES JUNCO, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, en AA. VV., *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio*, Madrid, 2014, p. 36.

<sup>515</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 24.

<sup>516</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit. p. 106. También: DIGES JUNCO, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, cit., p. 38.



*mal iluminada es necesariamente mal vista; la percepción en ella es incompleta; el recuerdo será esquemático y lacunario*<sup>517</sup>.

Además, los cambios bruscos en la condiciones de luz pueden causar una pobre sensibilidad visual, de modo que es necesario un período de adaptación tanto a la luz como a la oscuridad<sup>518</sup>, siempre teniendo presente que la capacidad del ojo humano para adaptarse a un aumento repentino de la luminosidad es mucho más rápida que a la oscuridad<sup>519</sup>.

5. Condiciones sonoras. Serán esenciales cuando se solicite a un testigo que señale los detalles de una conversación o sonido que tengan relación con lo debatido en el proceso. Por ello, es necesario tener en cuenta que los sonidos graves se perciben mejor que los agudos y que la mayor sensibilidad del sistema auditivo humano coincide con los parámetros del habla normal. Además, las intensidades inferiores indican mayor distancia y los sonidos alejados suenan más graves<sup>520</sup>.

6. Detalles sobresalientes. Ante un incidente complejo no todos sus aspectos podrán ser captados o percibidos de igual manera por los sujetos. Existirán ciertos atributos que captarán la atención más que otros y que por ende opacarán a los demás. Por consiguiente, los detalles sobresalientes tendrán una probabilidad más alta de ser recordados por las personas, al haber captado su atención con mayor intensidad. Así ocurrirá, por ejemplo, si en la escena hay un arma o existe un rasgo muy llamativo en la cara de alguno de los intervinientes, como una cicatriz<sup>521</sup>.

7. Tipo de suceso o detalle. Obviamente no será lo mismo recordar un homicidio, el choque de dos automóviles o la firma de un contrato. Por el impacto que producen en el espectador o la rapidez con la que se desarrollan, no es posible percibir y recordar todos los hechos de la misma forma. Además, respecto a cada categoría de sucesos, algunos detalles se recordarán mejor que otros, lo que también dependerá de la participación que le corresponda al declarante en los acontecimientos<sup>522</sup>. Así, en un estudio sobre accidentes de tránsito se estableció que las personas tienen un recuerdo diferente de los aspectos del hecho dependiendo de su grado de implicación, de modo que en el relato libre los protagonistas aportaban más información sobre la localización

---

<sup>517</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 238.

<sup>518</sup> LOFTUS, Elizabeth F., GREENE, Edith L. y DOYLE, James M., *La psicología del testimonio del testigo presencial*, cit., p. 23.

<sup>519</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 25.

<sup>520</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 110.

<sup>521</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 25.

<sup>522</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 27.

o ambientación así como la dinámica o manera en que se produjo el accidente, mientras que los testigos lo hacían sobre las personas<sup>523</sup>.

Por otra parte, hay que considerar que los seres humanos nos enfrentamos a serias dificultades al momento de determinar la velocidad con la que se mueven los objetos y las personas, así como para indicar la distancia a la que se encuentran, pues carecemos de herramientas biológicas que nos permitan obtener una determinación precisa de sus magnitudes. Por eso, cada vez que se solicite a un declarante que se refiera a estas cuestiones, nos encontraremos con estimaciones que son meramente subjetivas y aleatorias, sin base científica que permita otorgarles certeza. En cualquier caso, hay que considerar que la velocidad aparente de los objetos se ve afectada por su tamaño, de forma tal que para el ojo humano los objetos pequeños parecen moverse más rápido aun cuando viajen a igual velocidad, como asimismo, mientras mayor sea la distancia, menor será la percepción de los objetos<sup>524</sup>.

A lo anterior debemos agregar que existen situaciones en que las personas percibimos un movimiento aparente, debido a que por un efecto visual apreciamos que algo o nosotros mismos nos movemos, cuando en realidad ello no ocurre, como también es posible que se produzcan ilusiones perceptivas que nos llevan a ver cosas que no son<sup>525</sup>.

Además, se ha mencionado que el recuerdo del dolor presenta características particulares, ya que usualmente éste será inconsistente a lo largo del tiempo y se verá determinado por su intensidad y el recuerdo de la experiencia que lo generó<sup>526</sup>.

8. Violencia del evento. El testimonio sobre un incidente de mayor carga emocional debe ser tratado con más cuidado que uno que no lo sea, toda vez que el mayor estrés que produce el hecho violento podría llevar a que el testigo no recuerde nada de lo sucedido<sup>527</sup>.

---

<sup>523</sup> DIGES JUNCO, Margarita y MANZANERO PUEBLA, Antonio, *El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos*, en Seguridad vial: del factor humano a las nuevas tecnologías, Luís Montoro González, Enrique Carbonell Vayá, Jaime Sanmartín Arce y Francisco Tortosa Gil (editores), Madrid, 1995, p. 117.

<sup>524</sup> LOFTUS, Elizabeth F., GREENE, Edith L. y DOYLE, James M., *La psicología del testimonio del testigo presencial*, cit., p. 26.

<sup>525</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 108.

<sup>526</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 31.

<sup>527</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 31.

## ii) Del testigo

Son todas aquellas circunstancias que concurren en la persona del testigo específico referentes a su condición física, mental o psicológica, así como a su nivel social, cultural o educacional, factores que en conjunto determinan su habilidad para percibir, interpretar y almacenar los acontecimientos. A saber:

1. Capacidad cognitivas y sensoriales. Parece obvio, pero no por eso podemos dejar de mencionar que malamente se puede esperar que una persona dé cuenta de lo sucedido si carece las habilidades cognitivas y sensoriales que le permitan hacerse en forma adecuada de la información respectiva. Esto implica, en primer lugar, que el sujeto debe contar con las condiciones mentales que le permitan, no solo percatarse de lo que ha acontecido sino que además interpretarlo según cánones de lógica y racionalidad. En este aspecto, también se debe constatar que el testigo sea susceptible de percibir los estímulos sensoriales dentro de los parámetros humanos normales, particularmente en lo que respecta al sentido que debió emplear para tomar conocimiento de los eventos sobre los que declara.

Por otra parte, el sujeto debe ser capaz de almacenar el recuerdo de los hechos en su memoria a largo plazo, y por último, para completar el ciclo mnemónico, es imprescindible que cuente con las habilidades lingüísticas necesarias para comunicar eficientemente su recuerdo.

2. Estrés. Se origina debido a la activación emocional que provoca el evento, usualmente vinculada a la violencia presente en él. Afecta de manera muy importante la forma en que se perciben los hechos complejos, y por consecuencia, la exactitud de las declaraciones sobre los mismos. Para expresar cómo el nivel de estrés o ansiedad afecta a las declaraciones se utiliza la curva de YERKES y DODSON<sup>528</sup>. En ella se indica que la presencia de un nivel medio o moderado de estrés u otro *arousal* emocional facilita el aprendizaje y el desempeño de la memoria, de modo que un grado extremo no genera las condiciones óptimas para su funcionamiento. En niveles muy bajos de *arousal* el sistema nervioso puede no funcionar a fondo, por lo que no estaría activada toda la capacidad atencional del sujeto, siendo inhábil para captar todos los estímulos que le permite su registro sensorial. A la inversa, cuando los niveles son demasiado altos, el individuo irá perdiendo progresivamente sus aptitudes perceptivas debido a una

---

<sup>528</sup> YERKES, Robert M. y DODSON, John D., *The relation of strength of stimulus to rapidity of habit-formation*, en *Journal of comparative neurology and psychology*, Vol. 18, N° 5, 1908, p. 459.

disminución de su capacidad de procesamiento disponible<sup>529</sup>. Siguiendo la hipótesis de EASTERBROOK se ha postulado que condiciones de alto estrés producen lo que se conoce como *weapon focus* o estrechamiento del foco atencional, vale decir, que la interés del sujeto se posa en ciertos detalles desatendiendo todo el resto. Las personas se concentran en unos pocos aspectos de la escena, lo que se grafica claramente con el hecho de que si un asaltante exhibe un arma, la atención de la víctima se centrará en ella, dejando de lado la cara del delincuente o cualquier otro rasgo que sea útil para su identificación posterior. De este modo, el arma pasa a constituir la información central y más importante, restándole cualquier relevancia a la periférica<sup>530</sup>.

3. Expectativas. LOFTUS señala que se pueden detectar cuatro tipos diferentes de expectativas que afectarán la percepción de los acontecimientos y su interpretación, o bien, serán empleados por los sujetos para rellenar las lagunas en el recuerdo: las expectativas culturales o estereotipos (esto es, un conjunto de creencias sobre el comportamiento o los atributos de un grupo identificable de personas formado a partir de una sobregeneralización del conocimiento o creencias acerca de algunos miembros del grupo<sup>531</sup>), las expectativas generadas en base a las experiencias pasadas, los prejuicios personales y las expectativas momentáneas o temporales<sup>532</sup>.

4. Sexo. Se ha afirmado que no existe relación entre la capacidad de memoria y el sexo de las personas, de modo que no es aceptable bajo ninguna consideración que el testimonio femenino sea menos apreciado que el de los hombres, tal como ocurría hasta el siglo pasado<sup>533</sup>. No hay diferencias claras en cuanto al rendimiento de unos y otras en tarea de memoria, por lo que no puede afirmarse que el sexo de la persona determine sus capacidades mnemónicas. Empero hombres y mujeres se diferencian en cuanto a las particularidades del suceso a las que prestan atención, que coinciden con aquellas que

---

<sup>529</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 33. En el mismo sentido: DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 14.

<sup>530</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 35. También: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 25; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 114. No obstante, mediante el estudio de hechos emocionales negativos a través de una serie de casos reales y de laboratorio, CHRISTIANSON argumenta que es claro que los eventos emocionales son recordados de forma diferente a los eventos neutrales o comunes, aunque de los resultados analizados no se puede concluir que sea efectivo que mientras más negativa sea la emoción o el estrés, peor será el recuerdo, o al contrario, que una emoción intensa lleve a un recuerdo generalmente detallado, preciso y persistente. La interacción entre recuerdo y emoción sería mucho más compleja, pues comprendería tipos de eventos, tipo de información, momento de la prueba de memoria y condiciones de recuperación, CHRISTIANSON, Sven-Ake, *Emotional stress and eyewitness memory: a critical review*, en *Psychological bulletin*, Vol. 112, N° 2, 1992, p. 302.

<sup>531</sup> LEIPPE, Michael R., *Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence*, cit., p. 267.

<sup>532</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 37.

<sup>533</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 122.

capturan su interés, de modo que serán capaces de almacenar más y mejor información - y ser menos sugestionables- acerca de esos elementos. Por consiguiente, darán una mejor declaración sobre distintos aspectos del mismo hecho<sup>534</sup>. En cualquier caso, lo importante será considerar todas las circunstancias que acompañaron a la persona en el momento de los hechos, no su sexo<sup>535</sup>.

5. Edad. No es posible establecer una relación inversamente proporcional entre la edad y la capacidad de memoria, en el sentido de que con el paso de los años se debilitarían las aptitudes mnemónicas. En efecto, los problemas para recordar hechos o caras así como para situar temporalmente un suceso se presentan en sujetos de todos los rangos etarios. No obstante, es importante tener en consideración que la edad de los declarantes puede estar relacionada con su susceptibilidad hacia el influjo de terceras personas que podrían intentar orientar su declaración, sea mediante presiones indebidas o a través de la entrega de información engañosa, principalmente en el caso de niños o de adultos de edad avanzada<sup>536</sup>.

6. Entrenamiento. A pesar de que se tiende a pensar que las personas entrenadas o con experiencia en el área (como policías, jueces, abogados o jurados) serían más competentes para reconocer la capacidad de memoria de un testigo y creer o no en su declaración, muy por sobre la labor que podría desempeñar un lego en el tema, los resultados obtenidos en los estudios no muestran dicha diferencia<sup>537</sup>. Así fue confirmado mediante una investigación realizada por MIRA y DIGES en la que participaron 333 sujetos pertenecientes a distintos grupos profesionales, incluyendo policías y estudiantes de Derecho. A ellos que se les requirió su opinión acerca de las habilidades que tendrían los testigos imaginarios de ciertas situaciones delictivas o accidentes de tránsito. Se concluyó que el hecho de poseer experiencia profesional en estas materias no solo no aporta un mayor conocimiento técnico sobre la memoria de los testigos, sino que modifica los criterios para establecer la credibilidad de los relatos, toda vez que los policías, más que atender a las características o elementos presentes en las declaraciones, se valían de estereotipos para evaluar la memoria de los testigos, incluso

---

<sup>534</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 157. También: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 115.

<sup>535</sup> DIGES JUNCO, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, cit., p. 56.

<sup>536</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 159.

<sup>537</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 163.

en mayor medida que los otros grupos estudiados<sup>538</sup>. Por consiguiente, las personas cuya labor profesional se vincula al descubrimiento del engaño no poseerían más habilidades en esta área que un observador promedio<sup>539</sup>.

## **2) Factores de retención**

Como ya se ha expresado, la información que se ha ingresado al almacén de memoria condicionada por todos los elementos descritos *supra* no goza de una estancia pasiva mientras se aloja en la memoria a largo. Lejos de eso, el registro de los hechos se verá alterado por una serie de factores. De partida, el tiempo que medie entre la codificación y el rescate, por sí solo, resulta crucial para la indemnidad del recuerdo, porque como es fácilmente constatable, el olvido atacará a la huella de memoria. De esta manera, el intervalo de retención podrá ocasionar el desvanecimiento del recuerdo. Pero además de ello, el contacto con nuevas informaciones relacionadas durante este lapso o un simple proceso deliberativo acerca de los eventos afectarán el registro de la información y el posterior testimonio del testigo<sup>540</sup>. Tanto la información externa como los procesos internos del sujeto pueden provocar ingentes cambios en los siempre maleables recuerdos.

### **i) Extensión temporal**

Es bien conocido que los recuerdos se van deteriorando gradualmente con el paso del tiempo, lo que se refleja no solo en el completo olvido de acontecimientos de los que directa o indirectamente tuvimos noticia hace mucho tiempo, sino que también por la dificultad para mantener un registro claro, preciso y completo de los mismos, lo que redundará en el solapamiento de unos recuerdos con otros o en la imposibilidad de establecer la fuente de la que extrajimos nuestro conocimiento. Esto conllevará dificultades para identificar si nuestros recuerdos provienen de la efectiva observación de los hechos, de los dichos de terceros o son fruto exclusivo de nuestra imaginación,

---

<sup>538</sup> MIRA, José Joaquín y DIGES JUNCO, Margarita, *Teorías intuitivas sobre memoria de testigos: un examen de metamemoria*, en Revista de psicología social, Vol. 6, N° 1, 1991, p. 54.

<sup>539</sup> SPORER, Siegfried Ludwig y SCHWANDT, Barbara, *Moderators of nonverbal indicators of deception*, en Psychology, public policy, and law, Vol. 13, N° 1, 2007, p. 1.

<sup>540</sup> PRIETO EDERRA, Ángel, DIGES JUNCO, Margarita y SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *Testigos presenciales: influencia de la información posterior al suceso*, en Estudios de psicología, N° 51, 1994, p. 94.

como asimismo para precisar en qué momento se ha producido tal o cual suceso, cuando la misma información o una muy parecida se ha generado en forma reiterada o en contextos similares<sup>541</sup>. Sea como fuere, todos esos procesos se verán acentuados si se produce una prolongación excesiva del tiempo efectivo que transcurre entre el momento en que tuvo lugar el hecho y el rescate de su recuerdo<sup>542</sup>.

A pesar de que en principio la información almacenada en la memoria a largo plazo estará siempre dispuesta para ser recuperada según las demandas del sujeto, es claro que no somos capaces de recordar todos los datos que hemos ido codificando con el correr de nuestras vidas. Así, el olvido consiste en que, por acción del paso del tiempo, los rastros dejados por los acontecimientos que hemos presenciado se vuelven menos disponibles o sencillamente inalcanzables. Aunque no está claro si en una situación de olvido total esa información se ha borrado irreversiblemente de nuestro registro o solo se ha tornado inaccesible<sup>543</sup>, lo concreto es que frente a la necesidad de dar cuenta de lo que hemos observado, seremos incapaces de hacerlo si solo atendemos al contenido de nuestro registro mnemónico de los hechos.

La representación gráfica del olvido se la debemos al clásico estudio realizado por EBBINGHAUS en 1885, que dio lugar a lo que se conoce como “*Curva de olvido*”. En ella se muestra como el simple paso del tiempo tiene un efecto negativo sobre la capacidad de retención, evidenciando que la magnitud del olvido es considerable en las horas y días próximos al evento, por lo que olvidamos muy prontamente. Al principio el deterioro de la memoria es muy rápido, pero luego el olvido se vuelve más y más lento. Así, si bien en el inicio perdemos gran cantidad de la información, el saldo restante permanecerá por mucho tiempo alojado en la memoria<sup>544</sup>, aunque está claro que la capacidad de retención de todas las personas no es idéntica, y depende no solo de las características del sujeto, sino también del tipo de antecedentes y de lo que se haga con ellos<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> PRIETO EDERRA, Ángel., DIGES JUNCO, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 94. También ver: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 86; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 218.

<sup>542</sup> Aunque se ha sostenido que la demora en la toma de declaración no solo produce un efecto sobre los procesos de memoria, sino también en relación con la elaboración de la mentira, ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Recuerdo de la realidad percibida versus imaginada. Buscando la mentira*, en Boletín de psicología, N° 29, 1990, p. 73.

<sup>543</sup> LOFTUS, Elizabeth F. y LOFTUS, Geoffrey T., *On the permanence of stored information in the human brain*, en American psychologist, Vol. 35, N° 5, 1980, p. 409.

<sup>544</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 53.

<sup>545</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 118.

En cualquier caso, las razones por las que se produce el olvido no están para nada claras, de ahí que se hayan propuesto varias teorías para intentar explicarlo:

- En primer término se ha indicado que el olvido es fruto del decaimiento de la huella de memoria, fenómeno que tiene lugar espontáneamente mediante la erosión del recuerdo por el mero paso del tiempo<sup>546</sup>.

- A su turno, la teoría de la interferencia sostiene que los recuerdos posteriores se van sobreponiendo a los anteriores, los que en consecuencia quedan opacados por el nuevo aprendizaje, aunque igualmente es posible que este proceso se desarrolle en sentido contrario. De este modo los recuerdos interfieren entre sí, lo que genera su solapamiento y la ocultación de una porción de ellos<sup>547</sup>.

- Por su parte, la teoría de la fragmentación indica que más que un deterioro global de los recuerdos, lo que se produce es la pérdida de algunos de sus componentes, lo que genera lagunas que impiden su recuperación<sup>548</sup>.

- Por último, TULVING y PEARLSTONE sostienen que el olvido no se produce por el paso del tiempo ni por el reemplazo de los ítems almacenados, sino que se debe a una carencia de las pistas de recuperación adecuadas, lo que lo convierte en un asunto de accesibilidad a las huellas de memoria más que de disponibilidad de las mismas. De esta forma, el olvido ocurre no porque la información almacenada se haya destruido, sino porque el material aprendido se vuelve inalcanzable dentro de una gran y creciente red de asociación. El hecho de que la información no se recuerde no refleja necesariamente su pérdida desde el almacén, sino solo su inaccesibilidad<sup>549</sup>.

## **ii) Información post-suceso**

Usualmente después de presenciar un suceso, sobre todo si posee una gran significancia y puede resultar importante para fines jurisdiccionales, el sujeto se verá expuesto a nueva información relacionada con lo que ha observado, a través de las conversaciones con otras personas -sea relatando lo sucedido a terceros o intercambiando impresiones con quienes han compartido la experiencia-, las redes sociales, la televisión o la prensa. Todo ello lo llevará a repasar reiteradamente su

---

<sup>546</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 84. También: LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 53.

<sup>547</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 85.

<sup>548</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 66.

<sup>549</sup> TULVING, Endel y PEARLSTONE, Zena, *Availability versus accessibility of information in memory for words*, en *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 5, N° 4, 1966, p. 381.



recuerdo de los hechos, lo que sumado a la nuevos antecedentes que va agregando al registro primitivo, terminará por provocar una modificación dramática del mismo, cambiando el orden temporal de los sucesos, la participación de los intervinientes, incorporando elementos u objetos ajenos a la escena original o alterando los que efectivamente eran parte de ella<sup>550</sup>. De hecho, como lo demuestran los resultados obtenidos a partir del trabajo experimental<sup>551</sup>, la memoria de un testigo es susceptible a la influencia de información que es presentada después de un evento presenciado. En este sentido, se ha remarcado que el efecto de la información post-suceso puede ser aún mayor en personas con una alta capacidad imaginativa, a quienes les resultará más difícil determinar si la huella que poseen del hecho es únicamente una representación de sus componentes reales o por el contrario contiene elementos que se le han integrado con posterioridad<sup>552</sup>.

En todo caso, es necesario tener presente que la información post-suceso puede ir a favor o en contra de la calidad del recuerdo. En efecto, aunque rara vez ocurra, es factible que los nuevos antecedentes sobre los hechos vengán a reforzar y complementar el registro que el individuo posee de ellos, tornando más íntegro y preciso el testimonio que rinda con posterioridad. Sin embargo, usualmente la información sugerida aportará datos inconsistentes con el evento original presenciado, conocida como *información engañosa*, que provocará, por ejemplo, que las personas vean modificados sus recuerdos de las sensaciones acerca de cuán rápido, ruidoso o violento fue un hecho, lo que se puede ver alterado mediante la manera en que se lleve a cabo el interrogatorio o las palabras que se empleen para formular las preguntas<sup>553</sup>. Además, como señala Margarita DIGES, es posible suponer que la nueva información, aunque engañosa, será más fácil de aceptar por un sujeto que ha presenciado el hecho cuanto más se ajuste al curso natural o normal que pudo seguir el suceso de acuerdo a su naturaleza y a las condiciones en las que se llevó a cabo. Vale decir que, mientras menos inverosímiles sean los nuevos datos aportados, más probable es que las personas los incorporen a su

---

<sup>550</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 54.

<sup>551</sup> BOWERS, J. M. y BEKERIAN, D. A., *When will postevent information distort eyewitness testimony?*, en *Journal of applied psychology*, N° 69, Vol. 3, 1984, p. 466.

<sup>552</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 98. En relación con este tema, en un estudio desarrollado por MAZZONI y MEMON se obtuvieron resultados que indican que las personas pueden desarrollar tanto la creencia como el recuerdo de un evento que definitivamente no les ha sucedido simplemente imaginando su ocurrencia. La imaginación por sí sola puede aumentar la convicción de los sujetos de que un evento ha sucedido en su infancia y también produce falsas memorias de un evento, MAZZONI, Giuliana y MEMON, Amina, *Imagination can create false autobiographical memories*, en *Psychological science*, N° 14, Vol. 2, 2003, p. 188.

<sup>553</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 70.

recuerdo<sup>554</sup>. Por consiguiente, si la nueva información -aunque errónea- se ajusta al sistema de creencias, experiencias o conocimientos previos del sujeto, será aceptada más fácilmente por él, ya que las personas se niegan a modificarlos, incurriendo usualmente en el sesgo de confirmación<sup>555</sup>, al que hicimos mención en el capítulo primero de este trabajo a propósito de los heurísticos.

Sea como fuere, el efecto de la información posterior será que la persona construirá una tercera versión de los hechos, que recoja elementos tanto de la huella original como de los antecedentes que le han sido aportados más tarde. De este modo, se guardará un solo recuerdo -aunque alterado- de los sucesos, siendo imposible distinguir si un aspecto del mismo proviene de una u otra fuente, pues se habrá producido una confusión entre ellas.

### **1. Oportunidad de la información post-suceso**

Algunos sostienen que la información posterior engañosa producirá su mayor efecto sobre la memoria de los sujetos cuando ella se entregue lo más próximo posible al evento, de manera tal que ambas versiones sean almacenadas en la memoria de forma cercana. Para otros, si la nueva información se hace llegar muy pronto entrará en conflicto con el registro original, por lo que si se quieren obtener mayores efectos es necesario esperar hasta que haya empezado a decaer el recuerdo del suceso, proporcionando los nuevos datos lo más contiguo posible a la prueba de recuerdo<sup>556</sup>. En su estudio de 1978, LOFTUS, MILLER y BURNS llegaron precisamente a esta última conclusión, sosteniendo que la información engañosa produce mayor impacto cuando es retrasada hasta justo antes del test. Dicha investigación se realizó con la participación de 648 personas, a quienes se les exhibió una serie de diapositivas que mostraban la circulación de un automóvil que atropella a un peatón en el momento en que éste atraviesa la calle. Previo a ello, el vehículo se enfrentaba a una señal de tránsito: a la mitad de los sujetos se les exhibió una imagen que contenía una señal de stop y a la otra, un ceda el paso. Luego se les administró un cuestionario, en el que a algunos se les proporcionó información inexacta, para finalmente realizar una prueba de reconocimiento de elección forzosa (esto es, debían indicar cuál de los dos miembros de

---

<sup>554</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 123.

<sup>555</sup> GONZÁLEZ LABRA, María José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, cit., p. 112. En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 126.

<sup>556</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 64.

la pareja de imágenes que se les presentaba correspondía a alguna de las que habían visto en la primera fase del experimento). Algunos sujetos realizaron inmediatamente estas actividades, pero otros lo hicieron con un intervalo de retención de 20 minutos, un día, dos días y una semana. Los resultados obtenidos indicaron que los intervalos de retención más largos daban lugar a un peor rendimiento. Mientras mayor era el intervalo de retención, menos exactitud se constataba en las tareas. De esta manera, al aumentar la demora en la entrega de la información engañosa, ella podía influir con mayor eficacia en las respuestas de los sujetos, presumiblemente porque la huella original más débil es más fácil de alterar. La información engañosa tenía un impacto mayor si se presentaba justo antes de la prueba de reconocimiento que si se daba después del suceso inicial<sup>557</sup>.

Una opinión diferente sostiene MANZANERO, quien afirma que el intervalo de retención es clave para aceptar la información falsa, ya que el paso del tiempo deteriora las huellas de memoria. Si la información engañosa se entrega poco antes de la tarea de recuerdo libre, los sujetos tendrán presente tanto la original como la posterior. Por el contrario, cuanto mayor es el intervalo temporal entre la sugerencia y la tarea de recuperación, mayor es la probabilidad de aceptación de los nuevos datos, sin importar la cercanía que exista entre el suceso original y la información aportada<sup>558</sup>.

## **2. Efecto de la información engañosa**

Se han levantado varias hipótesis que intentan explicar el efecto que la información engañosa post-suceso produce en la memoria, que van desde una sobrescritura de la huella original hasta una coexistencia de ambas versiones de los acontecimientos:

a. En primer lugar, LOFTUS y sus colaboradores proponen la *Hipótesis de sobrescritura* o actualización destructiva de la huella (*destructive updating*), que sostiene que la información post-suceso genera una reconstrucción de la memoria. Esto es, el recuerdo original se verá alterado, dando origen a un nuevo trazo que mezclará la información original y la engañosa. Por consiguiente, la integración de nueva

---

<sup>557</sup> LOFTUS, Elizabeth F., MILLER, David G. y BURNS, Helen J., *Semantic integration of verbal information into a visual memory*, en *Journal of experimental psychology: human learning and memory*, Vol. 4, N° 1, 1978, p. 23.

<sup>558</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos?*, cit., p. 115.

información causaría la destrucción automática de la representación original y el nacimiento de una nueva memoria<sup>559</sup>. Así las cosas, si al sujeto se le pide el recuerdo de lo que ha presenciado, recuperará aquella versión de los hechos que contiene aspectos de la información post-suceso sugerida o engañosa como si realmente hubiera sido presenciada<sup>560</sup>. De este modo, LOFTUS llega a la conclusión que se produce una sustitución de la información, en el sentido que la información engañosa irrevocablemente reemplaza a la original en el cerebro del sujeto<sup>561</sup>.

b. A su turno, BEKERIAN y BOWERS han indicado que la nueva información no altera el recuerdo original, sino que este permanece intacto y coexiste con los nuevos datos aportados. No se pierde ninguna parte de la huella primitiva, pues la información post-suceso solo produce el efecto de inhibir el recuerdo original, el que se vuelve inaccesible para el sujeto. Por tanto, los nuevos antecedentes reprimen a los anteriores, pero no los destruyen<sup>562</sup>.

Así, según esta perspectiva, la información reciente no produce la pérdida ni la sobrescritura del recuerdo original, sino que todo depende de las condiciones de la prueba de memoria, las que determinan las posibilidades de acceso a la huella. Por ende, si la recuperación se solicita en el mismo orden secuencial en que ocurrieron los eventos, se generan pistas suficientes para acceder a la memoria inicial, lo que, por el contrario, no ocurre cuando los materiales se presentan aleatoriamente<sup>563</sup>. De esta forma, los testigos podrían acceder a la representación original si el orden de recuperación es el mismo en que se produjeron<sup>564</sup>, por lo que el olvido sería solo una cuestión metodológica de acceso a la información que se encuentra almacenada<sup>565</sup>.

---

<sup>559</sup> PRIETO EDERRA, Ángel., DIGES JUNCO, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 97.

<sup>560</sup> PÉREZ-MATA, María de las Nieves y DIGES JUNCO, Margarita, *Introducción de información engañosa y atribución de fuente de la información*, en AA. VV., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Manuel García Ramírez (compilador), Sevilla, 1993, p. 34.

<sup>561</sup> LOFTUS, Elizabeth F. y LOFTUS, Geoffrey T., *On the permanence of stored information in the human brain*, cit., p. 416.

<sup>562</sup> PÉREZ-MATA, María de las Nieves y DIGES JUNCO, Margarita, *Introducción de información engañosa y atribución de fuente de la información*, cit., p. 34.

<sup>563</sup> BEKERIAN, D. A. y BOWERS, J. M., *Eyewitness testimony: were we misled?*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory, and cognition*, Vol. 9, N° 1, 1983, p. 143. Mismos resultados fueron obtenidos en el estudio expuesto en BOWERS, J. M. y BEKERIAN, D. A., *When will postevent information distort eyewitness testimony?*, cit., 1984.

<sup>564</sup> PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 97.

<sup>565</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 55. MANZANERO sostiene que tanto esta hipótesis como la LOFTUS podrían ser ciertas siempre que aceptáramos que tienen aplicación en diferentes momentos de los procesos de memoria. Así, podrían existir dos etapas distintas en el efecto de la información post-suceso: una primera fase que tendría lugar cuando la información engañosa se proporciona justo antes de la tarea de recuerdo, en la que no se ha integrado en la huella original,

c. Por último, McCLOSKEY y ZARAGOZA proponen que no es posible detectar la existencia de un conflicto entre el relato original y el sugerido, pues el recuerdo será acertado cuando los sujetos hayan codificado de manera correcta la información presentada inicialmente, razón por la que solo quienes carezcan de un recuerdo original se dejarán guiar por la información sugestiva o engañosa. Por ello, nunca se podrá generar un conflicto entre ambos trazos, pues en un caso primará el original y en el otro el posterior<sup>566</sup>.

Así las cosas, estos investigadores sostienen que la información engañosa post-suceso no produce efectos sobre el recuerdo original del evento y, por ende, las hipótesis que así lo postulan, se habrían construido a partir de estudios en que se emplean procedimientos inadecuados para determinar el efecto de la información engañosa sobre la calidad del recuerdo<sup>567</sup>.

De esta manera, desarrollando nuevos estudios a partir de una prueba modificada de reconocimiento, adecuada según sus planteamientos, concluyeron que la información engañosa post-suceso no deteriora la habilidad de los sujetos para recordar lo que ellos vieron originalmente. Esto es, que no borra el registro original ni lo torna inaccesible<sup>568</sup>.

En cualquier caso, habrá que tener presente que es posible que los sujetos recuerden la información original y la sugerida, pero contesten erróneamente porque piensan que quien proporcionó la información engañosa sabe más que ellos<sup>569</sup>.

---

pudiendo coexistir los dos tipos de información; y una segunda fase, en que las huellas se han deteriorado por el paso del tiempo y la recuperación múltiple, con lo que sería más difícil discriminar el origen del dato falso que probablemente ya forma parte inseparable de la huella, MANZANERO, Antonio, *¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos?*, en Anuario de Psicología jurídica, N° 14, 2004, p. 134.

<sup>566</sup> PÉREZ-MATA, María de las Nieves y DIGES JUNCO, Margarita, *Introducción de información engañosa y atribución de fuente de la información*, cit., p. 34.

<sup>567</sup> McCLOSKEY, Michael y ZARAGOZA, María, *Misleading postevent information and memory for events: arguments and evidence against memory impairment hypotheses*, en Journal of experimental psychology: general, Vol. 114, N° 1, 1985, p. 4. Dichos estudios fallan al tomar en cuenta efectos potencialmente sesgados de la información engañosa sobre las respuestas de sujetos que, por razones que no tienen relación con la presentación de esta información, no recuerdan los datos originales, ZARAGOZA, María, McCLOSKEY, Michael y JAMIS, Mary, *Misleading postevent information and recall of the original event: further evidence against the memory impairment hypothesis*, en Journal of experimental psychology: learning, memory and cognition, Vol. 13, N° 1, 1987, p. 43.

<sup>568</sup> McCLOSKEY, Michael y ZARAGOZA, María, *Misleading postevent information and memory for events*, cit., p. 7.

<sup>569</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 59.

### 3. Control de la realidad

El modelo de Control de la Realidad o *Reality Monitoring*, aunque originalmente pensado como un instrumento diferenciador de las memorias construidas desde la observación de sucesos reales de aquellas producto de los procesos mentales del individuo, se ha empleado para intentar superar los problemas que la información sugerida ocasiona en el recuerdo. El modelo sostiene que es posible hablar de memorias de origen interno o autogeneradas (fruto del razonamiento, la imaginación y el pensamiento)<sup>570</sup>, así como de memorias originales o externas elaboradas gracias a los procesos perceptuales. Para ello, parte de la base que en muchas ocasiones los sujetos no son capaces de distinguir el origen de sus memorias, teniendo grandes problemas para decidir si un determinado detalle realmente ha sido observado o bien procede de otras fuentes<sup>571</sup>. Por lo tanto, cuando se produce un fallo en el control de la realidad, el sujeto no es capaz de distinguir un recuerdo real de uno generado por su imaginación<sup>572</sup>.

Así las cosas, Marcia JOHNSON y Carol RAYE establecieron algunos indicadores cualitativos que servirían a las personas para distinguir la fuente de sus propios recuerdos, teniendo en consideración los procesos involucrados en su formación. Propusieron que los recuerdos de origen externo tendrán más atributos contextuales espaciales y temporales, mayor cantidad de atributos sensoriales (formas, colores, ruidos, olores) y más detalles semánticos (contienen más información o más información específica) que los recuerdos internos, los que a su turno se caracterizarán por hacer más alusiones a procesos u operaciones cognitivas (imaginar, ver, oír, recordar, “mi atención se centró en...”, “algo me hace pensar...”)<sup>573</sup>.

Dichos criterios fueron empleados por otros investigadores con el objetivo de distinguir entre memorias percibidas y sugeridas, bajo la hipótesis de que las primeras contendrían más información contextual y sensorial, mientras que las segundas harían mayor referencia a procesos cognitivos idiosincráticos. De hecho, esta idea se desprende

---

<sup>570</sup> Como apunta MANZANERO, se ha sostenido que las memorias autogeneradas podrían tener tres orígenes distintos: a) re-representaciones de la experiencia perceptiva o recuerdos de algo experimentado previamente, b) pensamientos cotemporales que afectan sobre la marcha a la experiencia perceptiva y c) fantasías, MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 50.

<sup>571</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 128.

<sup>572</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 131.

<sup>573</sup> JOHNSON, Marcia y RAYE, Carol, *Reality monitoring*, en *Psychological review*, Vol. 88, N° 1, 1981, p. 71. También ver: ALONSO-QUECUTY, María Luisa y HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía, *Tócala otra vez Sam: repitiendo mentiras*, en *Estudios de psicología*, N° 57, 1997, p. 31; DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 106.

en parte del trabajo realizado por UNDEUTSCH, quien mediante la utilización de su “*análisis de realidad de las declaraciones*” buscaba construir diversos criterios claramente definidos y objetivos de realidad, que permitieran detectar las declaraciones falsas. Con este afán sostiene que los relatos verdaderos de hechos efectivamente experimentados contienen concreción (claridad, definición, viveza y representación individual) y abundancia en la descripción de los detalles, lo que se asemeja a la mayor cantidad de aspectos sensoriales a los que hace mención el modelo de control de la realidad<sup>574</sup>.

Siguiendo esta perspectiva, SCHOOLER, GERHARD y LOFTUS aplicaron los parámetros del control de la realidad para intentar distinguir entre relatos de memorias reales y sugeridas, proporcionando información post-suceso a través del contenido de las preguntas. En su estudio se empleó a 175 sujetos, a quienes se les exhibió 20 diapositivas sobre un accidente. A la mitad de ellos se les mostró una imagen en la que aparecía una señal de ceda el paso, mientras que al resto la misma escena pero sin la señal. Luego de 15 minutos, ambos grupos debieron contestar el mismo cuestionario, salvo porque al grupo que no había visto el ceda el paso se le incluyó una pregunta en la que se sugería su presencia en las imágenes previamente exhibidas. Transcurridos 5 minutos, ambos grupos realizaron otro cuestionario sobre la diapositivas, en el que se les consultó si habían visto ciertos objetos en las escenas, y en caso de que así fuera, debían describirlos. De las respuestas dadas posteriormente acerca de la presencia de la señal, las descripciones de memorias sugeridas se dieron con menos seguridad, contenían más palabras, mayor probabilidad de contener muletillas verbales (pienso, creo) y más referencias a operaciones cognitivas, mientras que los recuerdos originales contenían más elementos del contexto y mayor detalle sensorial<sup>575</sup>. Un par de años más tarde, SCHOOLER, CLARK y LOFTUS realizaron un experimento similar, en que exhibieron un conjunto de diapositivas a 60 sujetos y luego les solicitaron que leyeran una narración de la secuencia, en la que se sugería la presencia de objetos que no habían formado parte de las imágenes. Más tarde se les preguntó si habían visto algunos objetos y de ser así, que los describieran. Con esto se lograron resultados que reforzaron los hallazgos anteriores, pues las memorias sugeridas incluían más alusiones a procesos cognitivos, mientras que las reales contenían más menciones a procesos perceptivos y

---

<sup>574</sup> UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, cit., p. 45.

<sup>575</sup> SCHOOLER, Jonathan W., GERHARD, Delia y LOFTUS, Elizabeth F., *Qualities of the unreal*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory and cognition*, Vol. 12, N° 2, 1986, p. 174.

más detalles sensoriales, aunque a diferencia del estudio anterior, los relatos de origen interno no eran significativamente más largos<sup>576</sup>.

Posteriormente, ALONSO-QUECUTY desarrolló algunas investigaciones con el fin de usar los principios del *reality monitoring* en la detección de la mentira, estableciendo que esto solo es posible cuando los testigos no tienen tiempo para elaborar sus declaraciones falsas. Si bien en un primer experimento obtuvo resultados en la misma línea de SCHOOLER, vale decir que los criterios de control de la realidad servirían para diferenciar entre recuerdos auténticos y sugeridos, en un nuevo estudio, buscando la aplicabilidad de estos mismos parámetros, esta vez a la distinción entre declaraciones falsas y reales, logró comprobar que, al igual que los recuerdos percibidos, las declaraciones verdaderas contienen mayor información sensorial y contextual y menor información idiosincrática que las falsas. Empero, esto solo se produce si las declaraciones se prestan inmediatamente después de presenciar el hecho, pues en las declaraciones demoradas la mayor información sensorial, contextual e idiosincrática se presenta en las declaraciones falsas. Para esta investigadora esto se debe a que “[c]on el paso del tiempo, el sujeto elabora un escenario mental tan rico que se hace difícil diferenciarlo de uno real”<sup>577</sup>. En igual dirección van los resultados obtenidos por MANZANERO en un estudio de 2004, donde utilizó 60 sujetos a los que se les mostró una película de 27 segundos de duración acerca de una colisión de dos vehículos. Una semana después de ver la película se les pasó un cuestionario que se presentaba en dos versiones (a una mitad de los sujetos se les sugería mediante la redacción de una pregunta la presencia de una señal de stop que no existía en el video). Luego de desarrollar una tarea distractora durante 30 minutos, una mitad de ellos llevó a cabo el recuerdo libre del suceso, mientras que la otra mitad lo hizo una semana después. De los resultados obtenidos se concluyó que las expectativas generadas a partir del modelo de control de la realidad solo se cumplen cuando la recuperación de la información se realiza de forma inmediata, caso en que los relatos falsos provocados por la información sugerida presentarían un perfil más interno que los relatos reales<sup>578</sup>. Por consiguiente, es posible afirmar que la extensión del intervalo de retención irá en directa

---

<sup>576</sup> SCHOOLER, Jonathan W., CLARK, C. A., y LOFTUS, Elizabeth F., *Knowing when memory is real*, en *Practical aspects of memory: current research and issues*, Vol. 1, M. M. Gruneberg, P. E. Morris y R. N. Sykes (editores), Chichester, 1988, p. 83.

<sup>577</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Recuerdo de la realidad percibida versus imaginada*, cit., p. 83.

<sup>578</sup> MANZANERO, Antonio, *¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos?*, en *Anuario de Psicología jurídica*, N° 14, 2004, p. 132.



relación con las dificultades para precisar correctamente el origen de los recuerdos o su realidad<sup>579</sup>.

Al margen del impacto del intervalo temporal, la utilidad de los postulados del control de la realidad también fue verificada en los trabajos de HERNÁNDEZ-FERNAUD y ALONSO-QUECUTY. En su estudio de 1997, utilizaron 32 sujetos a los que se les exhibió un video sobre un intento de robo en un automóvil estacionado. Luego de una tarea distractora de 15 minutos, cada uno ellos fue entrevistado individual y verbalmente, preguntándoseles tres veces acerca de lo que había sucedido. A una mitad de los sujetos se le pidió una versión verdadera de los hechos, y a la otra, que inventaran una falsa. En los resultados se encontraron diferencias significativas respecto a la información contextual y los detalles sensoriales dependiendo del tipo de declaración, lo que les permitió confirmar que los criterios propuestos por JOHNSON y RAYE eran válidos para distinguir las declaraciones falsas de las verdaderas, esta vez desde una perspectiva dinámica pues se analizó la evolución de los relatos dentro de una secuencia de declaraciones<sup>580</sup>. En todo caso, en un estudio posterior, en el que utilizan las reglas de la *entrevista cognitiva* para obtener las declaraciones de los sujetos, establecieron que los relatos verdaderos contenían más información contextual y más detalles sensoriales que los falsos, pero estos no incluían un número significativamente más alto de referencias a procesos internos que los verdaderos, por lo que siguiendo este criterio no es posible discriminar entre declaraciones reales y falsas. Con todo, esto último podría explicarse debido al grado de participación del testigo en los hechos sobre los que declara<sup>581</sup>.

#### 4. Factores

Se ha indicado que existen factores que ayudan a que la información engañosa produzca una alteración de los recuerdos almacenados por el sujeto, como asimismo que hay otros elementos que atenúan o anulan el efecto *misleading*. Entre estos factores puede mencionarse:

---

<sup>579</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 57.

<sup>580</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa y HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía, *Tócala otra vez Sam*, cit., p. 29.

<sup>581</sup> HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *The cognitive interview and lie detection: a new magnifying glass for Sherlock Holmes?*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 11, 1997, p. 64.

a. El intervalo entre el suceso, la información engañosa y el recuerdo. Como lo expresábamos, para LOFTUS la información post-suceso producirá su mayor efecto si transcurre una cantidad importante de tiempo entre el hecho y el momento en que se proporciona la nueva información, opinión que no es compartida por todos. Claro que nadie podría negar que el transcurso del tiempo cumple un papel en esta materia.

b. Tipo de información. Es lógico pensar que si la nueva información versa sobre hechos cuya huella de memoria se encuentra debilitada o incompleta, será más probable que las personas acepten la corrección de la información sugerida, especialmente cuando esto no se refiera a los aspectos centrales o más destacados del suceso, sino a sus elementos periféricos. En todo caso, se ha apuntado que será más fácil que se produzcan cambios en el recuerdo cuando los sujetos no detecten divergencias entre el hecho que han presenciado y la información incorrecta que se les proporciona con posterioridad<sup>582</sup>.

c. Tipos de preguntas. Aspectos muy sutiles en la forma en que son enunciadas las preguntas pueden tener una enorme repercusión en el modo en que un sujeto recuerda los detalles de un evento<sup>583</sup>, claro que no todas las interrogantes influyen de la misma manera, tal como se aprecia de la clasificación que STERN propuso en 1906<sup>584</sup>.

d. Orden de las preguntas. Teniendo presente los aportes de BEKERIAN y BOWERS detallados *supra*, es posible sostener que el recuerdo se verá empeorado si el orden de las preguntas no coincide con la sucesión temporal efectiva de los eventos, ya que ello ocasiona dificultades en el acceso al recuerdo original, situación en la que será más probable que el sujeto acepte la información posterior engañosa<sup>585</sup>.

---

<sup>582</sup> HALL, David F., LOFTUS, Elizabeth F. y TOUSIGNANT, James P., *Postevent information and changes in recollection for a natural event*, en *Eyewitness testimony: psychological perspectives*, Gary L. Wells y Elizabeth F. Loftus (editores), Cambridge, 1984, p. 135.

<sup>583</sup> HALL, David F., LOFTUS, Elizabeth F. y TOUSIGNANT, James P., *Postevent information and changes in recollection for a natural event*, cit., p. 130.

<sup>584</sup> STERN distinguía entre seis tipos de preguntas: *determinativas* (o *definitorias*), son aquellas que comienzan con un pronombre o adverbio interrogativo, siendo las menos sugestivas (¿Cuándo sucedió?); *disyuntivas perfectas*, son las que fuerzan al receptor a elegir entre dos alternativas específicas (¿Llevada puesto el pijama?); las *disyuntivas imperfectas* ofrecen la elección entre dos alternativas pero no descartan una tercera (¿era en la cama o el baño?); *expectativas* (o *expectante*) son aquellas que implican un moderado intento de sugestión (¿No te hacía daño?); las *implicativas* asumen o implican la presencia de algo inexistente (¿Después de pegarte te hacía regalos?, cuando no se ha mencionado nada de agresión física); y las *consecutivas*, teniendo cualquier forma, se usan para aumentar la sugestión desarrollada en preguntas previas. Esta clasificación se reproduce por WHIPPLE, Guy Montrose, *The observer as reporter*, cit., p. 158.

<sup>585</sup> En el mismo sentido, MORRIS y MORRIS establecieron que los testigos son más precisos si el orden de las preguntas sigue el desarrollo temporal de los hechos presenciados. Así, el orden de las preguntas genera mejor recuerdo cuando concuerda con la organización de la información que entró en la memoria. Por ello concluyeron que un buen testigo en una condición puede no serlo tanto si es testeado en una

e. Credibilidad de la fuente. Se ha demostrado que si el entrevistador demuestra *expertise* sobre el asunto analizado, será más probable que los sujetos acepten la información incorrecta que este les proporcione<sup>586</sup>.

f. Advertencia. Si la persona es avisada de que podría entregársele información incorrecta justo antes de proporcionársela, aumenta la resistencia a su influencia<sup>587</sup>.

e. Reiteración. Como apunta MANZANERO, cuando el sujeto se vea expuesto en varias ocasiones a la información falsa aumentan las probabilidades de que haga suyo dicho relato de los acontecimientos. Esta reiteración puede producirse debido a que distintas personas dan cuenta de la misma versión errada de los hechos o a que una a la repite en varias oportunidades, siendo los testigos infantiles los más vulnerables a esta situación<sup>588</sup>.

### 3) Factores de recuperación

En esta etapa entran en escena todos aquellos elementos que se vinculan con la obtención de las declaraciones, de modo que se trata de factores que se encuentran bajo el control total del entrevistador. Por ende, el sistema procesal no puede dejar de considerar su importancia en aras de conseguir relatos que se ajusten lo máximo posible al efectivo desarrollo de los hechos litigiosos. Para ello se deberán arbitrar todas las condiciones que sean necesarias para provocar una recuperación óptima de los recuerdos de partes y testigos, objetivo para el que resulta trascendental la situación contextual en que se lleva a cabo la recuperación, la técnica empleada y las características de las personas que conducen las exámenes.

Respecto a esta fase de la memoria, GORPHE resalta la importancia que tiene la primera recuperación que se lleve a cabo, pues ella condicionará las siguientes. Así las

---

forma diferente, MORRIS, Valerie y MORRIS, Peter E., *The influence of question order on eyewitness accuracy*, en *British journal of psychology*, Vol. 76, N° 3, 1985.

<sup>586</sup> SMITH, Vicki L. y ELLSWORTH, Phoebe C., *The social psychology of eyewitness accuracy: misleading questions and communicator expertise*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 72, N° 2, 1987, p. 294.

<sup>587</sup> En una investigación conducida por GREENE, FLYNN y LOFTUS, participaron 216 sujetos en cuatro experimentos orientados a constatar si la advertencia acerca de la posibilidad de que se les aportara información engañosa podría aumentar su resistencia al efecto de ella, estableciéndose que el aviso dado justo antes de que se entregara la información engañosa producía un leve aumento de la resistencia hacia su sugestión, pero si la advertencia se hacía en otro momento, no producía efecto alguno. La advertencia previa provocaba que los sujetos efectuaran un examen más detallado de la información que se les entregaba, GREENE, Edith, FLYNN, Marlene S. y LOFTUS, Elizabeth F., *Inducing resistance to misleading information*, en *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 21, N° 2, 1982, p. 207.

<sup>588</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 75.

cosas, es imprescindible poner sumo cuidado en las condiciones y en cómo se demande el primer recuerdo, pues será altamente probable que la forma verbal en que se exprese, las asociaciones que se formen en torno a él o los detalles que se mencionen, sigan estando presentes en las declaraciones posteriores<sup>589</sup>.

### **i) Contexto de recuperación**

Siguiendo la propuesta del principio de codificación específica, es posible sostener que el contexto constituye uno de los elementos esenciales para interconectar los procesos de codificación y de recuperación. Esto ha llevado a los expertos a realizar una gran cantidad de experimentos con el objetivo de estudiar el influjo que él ejerce sobre el recuerdo, teniendo presente que cumple un rol en la recuperación siempre que sea parte integrante de la información que se ha incorporado en la huella. En ese sentido, se sostiene la existencia de tres tipos de contextos a los que cabe atender para un rescate más óptimo de los recuerdos: ambiental, emocional y cognitivo.

#### **1. Contexto ambiental**

En concepto de SMITH, el contexto ambiental comprende a todos aquellos elementos o estímulos externos que circundan incidentalmente al material objeto de aprendizaje, pero que no se vinculan significativamente con él<sup>590</sup>. Básicamente se trata de todo lo que rodea al acontecimiento mismo que se guarda en el almacén de la memoria y que sirve para situarlo en el tiempo y en el espacio, o bien de eventos que solo ocurren simultáneamente con él pero que no se relacionan con sus aspectos centrales. De este modo, el entorno ambiental involucra a todos los datos complementarios al hecho que se registra, que a su vez sean ajenos a los estados internos del sujeto.

De los trabajos más importantes que han buscado muestras de cómo el contexto ambiental de codificación tiene importancia en el proceso de recuperación, en el sentido de que lo aprendido en un ambiente determinado sería mejor recordado en el mismo (lo que se ha denominado *recuerdo contexto-dependiente*), destaca el experimento

---

<sup>589</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 271.

<sup>590</sup> SMITH, Steven M., *Environmental context-dependent memory*, en *Memory in context: context in memory*, G. M. Davis y D. M. Thomson (editores), Chichester, 1988, p. 14.

realizado por Duncan GODDEN y Alan BADDELEY. En él se trató de dejar en evidencia que lo aprendido bajo el agua era mejor recordado en esas mismas condiciones. Para ello se utilizaron cinco listas de palabras, cada una compuesta de 36 palabras diferentes, escogidas al azar, sin relación entre ellas y formadas de dos o tres sílabas, y se solicitó a 18 buceadores que las aprendieran, en tierra firme o bajo el agua, y que posteriormente trataran de recordarlas tanto en la superficie como sumergidos. Cada uno de los sujetos llevó a cabo la tarea en las cuatro posibles combinaciones: aprendizaje en tierra y recuerdo bajo el agua; aprendizaje bajo el agua y recuerdo en tierra; aprendizaje y recuerdo bajo el agua; y aprendizaje y recuerdo en tierra firme. Así, de existir el fenómeno del recuerdo contexto-dependiente, el desempeño debería ser significativamente mejor cuando el ambiente de aprendizaje y recuerdo fuera coincidente. Los resultados que se obtuvieron confirmaron dicha hipótesis, pues se pudo establecer que la calidad del recuerdo logrado en un ambiente dependía del contexto original de aprendizaje. En definitiva, cualquiera haya sido este ambiente de codificación, la recuperación era mejor si se realizaba en el mismo, por lo que el recuerdo es superior si el entorno de aprendizaje original es restablecido<sup>591</sup>.

No obstante, con el desarrollo de nuevas investigaciones se constató que los resultados anteriores solo se producirían en tareas de recuerdo libre, no así en el recuerdo por reconocimiento. De hecho, los mismos autores citados realizaron otro experimento siguiendo un procedimiento análogo, pero esta vez instando a los participantes a que llevaran a cabo una prueba de reconocimiento. Se pidió a los submarinistas que aprendieran listas de 36 palabras, para luego tratar de reconocerlas dentro de un conjunto compuesto de 72, tanto en tierra como bajo el agua. Empero, como se adelantaba, en este caso, no se apreció ningún rastro de dependencia para el recuerdo<sup>592</sup>.

Dichas conclusiones van en la perspectiva de lo propuesto por SMITH, para quien el impacto del restablecimiento del ambiente existente al tiempo del aprendizaje muestra efectos fuertes y estables cuando se trata del recuerdo libre, no así en el reconocimiento, lo que se explicaría debido a lo que él denomina *Hipótesis del eclipsado*. Básicamente esta propone que ante la existencia de varias pistas de recuperación de los recuerdos, las de mejor calidad eclipsarían a las otras, que por tanto

---

<sup>591</sup> GODDEN, Duncan R. y BADDELEY, Alan D., *Context-dependent memory in two natural environments: on land and underwater*, en *British journal of psychology*, Vol. 66, N° 3, 1975, p. 325.

<sup>592</sup> GODDEN, Duncan R. y BADDELEY, Alan D., *When does context influence recognition memory?*, en *British journal of psychology*, Vol. 71, N° 1, 1980, pp. 99 y ss.

perderían peso en el desarrollo del proceso. De este modo, el contexto ambiental, que solo se integra incidentalmente en la huella de memoria, se ve opacado por el hecho de que en la prueba de reconocimiento el sujeto se encontrará nuevamente ante aquello que debe ser recordado o identificado dentro de un grupo de distractores, por lo que el entorno constituiría un camino totalmente accesorio y de menor calidad para lograr un recuerdo acertado, por lo que no sería utilizado por el sujeto. Por consiguiente, el ambiente de codificación solo tendría importancia en ausencia de pistas de recuperación de mejor calidad, tal como ocurre en el recuerdo libre<sup>593</sup>.

Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, la determinación de la influencia del contexto ambiental en el recuerdo no ha sido para nada algo pacífico entre los expertos, ya que por una parte hay quienes han podido establecer la presencia del recuerdo contexto-dependiente en situaciones de reconocimiento, mientras que otros han transitado en una dirección totalmente opuesta, negando la manifestación del efecto no solo en el reconocimiento, sino que incluso en tareas de recuerdo libre. Es así como RUSSO y sus colaboradores señalan que si bien se ha detectado que la memoria de reconocimiento se ha mostrado ajena a los efectos del cambio de contexto ambiental entre la instrucción y la prueba, sí es posible encontrar evidencias de esta relación cuando el material a ser recordado no resulta familiar para el sujeto, como las palabras sin sentido o las caras desconocidas, lo que permitiría relevar la importancia del entorno ambiental y por ende superar el efecto de eclipsado<sup>594</sup>. Además de ello, la influencia del contexto se ha estudiado, no solo para listas de palabras no relacionadas, sino que también respecto al recuerdo de material de texto en prosa y con sentido, tanto en su recuerdo libre como en su reconocimiento, y en ambas pruebas se detectó un mejor desempeño cuando las condiciones de estudio y prueba fueron las mismas<sup>595</sup>. En estos casos la manifestación del recuerdo contexto-dependiente estaría vinculado a la manipulación del tipo de material a recuperar, no a la clase de ejercicio de memoria, por lo que es perfectamente esperable que se presente tanto en el recuerdo libre como en el reconocimiento.

---

<sup>593</sup> SMITH, Steven M., *Environmental context-dependent memory*, cit., p. 19.

<sup>594</sup> RUSSO, Riccardo, WARD, Geoff, GEURTS, Hilde y SCHERES, Anouk, *When unfamiliarity matters: changing environmental context between study and test affects recognition memory for unfamiliar stimuli*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory, and cognition*, Vol. 25, N°2, 1999, p. 488.

<sup>595</sup> GRANT, Harry M., BREDAHL, Lane C., CLAY, John, FERRIE, Jennifer, GROVES, Jane E., McDORMAN, Timothy A. y DARK, Veronica J., *Context-dependent memory for meaningful material: information for students*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 12, N° 6, 1998, pp. 617 y ss.

Por el contrario, se ha afirmado que ni aun respecto al recuerdo libre puede siempre confiarse en la aparición del influjo del contexto ambiental. De hecho en esta línea se encuentran las conclusiones de Ángel FERNÁNDEZ y Arthur GLENBERG quienes en una serie de experimentos no encontraron ninguna repercusión ambiental sobre el recuerdo. Usando 238 palabras y 48 sujetos buscaron medir la presencia de este efecto tanto en el recuerdo como en el reconocimiento, esperando solo encontrarlo en el primero teniendo en cuenta los resultados de las investigaciones anteriores. Sin embargo, a pesar de que los sujetos fueron cambiados de habitación entre el estudio y la prueba, no fue posible detectar ninguna repercusión. Por ello, realizaron nuevos experimentos con el objetivo de encontrar la causa que impedía observar el efecto del contexto en el recuerdo libre, para lo que, por ejemplo, cambiaron al experimentador presente en ambas salas, redujeron el nivel de dificultad de la tarea (en el entendido que cuando la tarea es más difícil, menos atención se pondría en el entorno por la menor disponibilidad de recursos de procesamiento para codificar el ambiente), cambiaron el tipo de tarea, verificaron si el efecto se presentaba según la posición que ocupaba el ítem a recordar dentro de la secuencia presentada y redujeron el intervalo de retención, todo ello sin obtener resultados positivos. Incluso, replicaron un experimento realizado por SMITH en 1979 en el que se habían detectado diferencias significativas en el recuerdo a raíz del contexto, encontrándose evidencias de que el efecto de reinstauración ambiental no es causado como consecuencia del diseño de los experimentos<sup>596</sup>. No obstante, las diferencias detectadas en la recuperación no fueron significativas al mudarse desde uno a otro ambiente, por lo que no fue posible sostener la presencia del efecto. En definitiva, los resultados de los ocho experimentos demostraron que la manipulación del contexto ambiental no produce resultados confiables<sup>597</sup>.

Posteriormente el mismo FERNÁNDEZ, esta vez con ALONSO, establecieron que la manipulación contextual no tendría efectos significativos sobre el recuerdo, pues un cambio en el entorno físico entre aprendizaje y recuerdo no se traduce en una

---

<sup>596</sup> SMITH, Steven M., *Remembering in and out of context*, en *Journal of experimental psychology: human learning and memory*, Vol. 5, N° 5, 1979, p. 460.

<sup>597</sup> FERNÁNDEZ, Ángel y GLENBERG, Arthur M., *Changing environmental context does not reliably affect memory*, en *Cognition*, Vol. 13, N° 4, 1985, p. 333.

alteración que lleve a niveles de recuerdo significativamente diferentes en función de la permanencia o variación del contexto ambiental<sup>598</sup>.

A su vez, en el estudio de Michael CORBALLIS, se analizaron las calificaciones obtenidas por un grupo de más de mil estudiantes en su examen final, prueba que una parte de los alumnos rindió en su sala de clases usual, mientras que el resto fue ubicado en otras instalaciones del campus. En este caso no se encontraron evidencias del efecto del contexto ambiental, aun cuando el examen versaba sobre el recuerdo libre de información<sup>599</sup>. Esto no concuerda con los resultados obtenidos por METZGER et al. En ese caso, se utilizaron dos grupos de 25 estudiantes cada uno y se analizó la variación de sus calificaciones durante 6 semanas. Las primeras tres semanas, ambos grupos fueron examinados en su aula habitual. En la cuarta, al grupo A se le administró su prueba en otra sala, mientras el B la realizó en su habitación acostumbrada. En la quinta semana, intercambiaron roles, y en la sexta, ambos grupos fueron examinados en su aula usual. De los resultados se pudo apreciar que cada uno de los grupos cometió significativamente más errores cuando fue movido de su aula, lo que se encuentra en la línea de lo postulado por la hipótesis de codificación específica<sup>600</sup>.

Como puede apreciarse, la disparidad de resultados difícilmente puede llevarnos a concluir la existencia de un recuerdo contexto-dependiente ambiental a todo evento, pero sí a reconocer la posibilidad de que pueda cumplir un rol de ayuda a la memoria en el caso concreto objeto de análisis. Esto no puede ser desatendido por los operadores jurídicos, sobre todo considerando que, como se verá, se recomienda que en el proceso judicial la toma de declaración comience por el desarrollo de un relato libre de los hechos por parte de los deponentes, tipo de recuerdo en el que existiría una presencia más marcada del contexto ambiental de los acontecimientos<sup>601</sup>.

---

<sup>598</sup> FERNÁNDEZ, Ángel y ALONSO, María Ángeles, *Contexto ambiental y recuerdo: el efecto nulo de la manipulación de habitaciones*, en Revista de psicología general y aplicada, Vol. 47, N° 1, 1994, p. 41. En el mismo sentido, ver: FERNÁNDEZ, Ángel y ALONSO, María Ángeles, *Memoria y contexto: perspectivas actuales en la investigación*, en Medio ambiente y comportamiento humano: revista internacional de psicología ambiental, Vol. 3, N° 1, 2002, p. 1.

<sup>599</sup> CORBALLIS, Michael C., *Effect of environmental context on performance in a university examination: a null result*, en New Zealand journal of psychology, Vol. 17, N° 1, 1988, p. 19.

<sup>600</sup> METZGER, Richard L., BOSCHEE, Pamela F., HAUGEN, Terry y SCHNOBRICH, Barbara L., *The classroom as learning context: changing rooms affects performance*, en Journal of educational psychology, Vol. 71, N° 4, 1979, p. 440.

<sup>601</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 61.



## 2. Contexto emocional

Tiene relación con la situación anímica o emocional en que se encuentra el individuo al momento en que acaecen los eventos. Este estado también se incorporará incidentalmente en la huella de memoria, de modo que llegado el momento de la recuperación podrá condicionar o colaborar en el acceso a los recuerdos. Por tanto, se ha sostenido que los sujetos recordarán mejor una información cuando se encuentren en la misma situación anímica en que la codificaron, ya que la emoción les indicará el camino para acceder al cajón en que ella esté alojada. Es así, que siguiendo el concepto de BOWER y FORGAS, podemos sostener que el recuerdo dependiente del estado de ánimo corresponde a un fenómeno en que la situación emocional de una persona sirve como parte del contexto que es asociado a los eventos, de modo que el recuerdo de esos hechos se alcanza de mejor manera cuando se restablece la situación emocional, lo que no es sino expresión del principio de codificación específica de TULVING<sup>602</sup>.

De acuerdo con la *Teoría de red asociativa* expuesta por BOWER, la emoción constituye una unidad dentro de un entramado de conceptos semánticos o esquemas que son usados para codificar los recuerdos. Cada emoción ocupa un nodo o unidad en la memoria que se encuentra ligado a los registros de acontecimientos vivenciados por la persona durante los cuales el nodo emocional fue activado. Por ende, cuando un hecho sea codificado mientras el nodo de una emoción esté en funcionamiento, el evento y el estado de ánimo del sujeto serán asociados por la memoria. De esta forma, cada vez que la persona experimente una emoción, y con ello se estimule el nodo respectivo, se producirá una propagación de impulsos a través de la red asociativa que facilitará que los recuerdos vinculados a dicha emoción sean *despertados*. Por el contrario, si el sujeto se encuentra en un estado anímico diferente al del momento de la adquisición, la activación propagará la excitación hacia la parte incorrecta de la trama de memoria<sup>603</sup>. Esto conlleva una recuperación dependiente del estado de ánimo, en el sentido que los recuerdos serán asociados a la situación emocional prevalente durante el aprendizaje, por lo que su evocación se verá mejorada reinstalando al sujeto en el mismo estado durante la prueba de recuerdo. De este modo, esta teoría parte de la base de que las

---

<sup>602</sup> BOWER, Gordon H. y FORGAS, Joseph P., *Affect, memory, and social cognition*, en *Cognition and emotion*, Eric Eich, John F. Kihlstrom, Gordon H. Bower, Joseph P. Forgas y Paula M. Niedenthal (editores), Oxford, 2000, p. 93.

<sup>603</sup> GUENTHER, Kim, *Mood and memory*, en *Memory in context: context in memory*, G. M. Davis y D. M. Thomson (editores), Chichester, 1988, p. 68.

personas tendrán mayor habilidad para rescatar sus recuerdos cuando se produzca una coincidencia emocional entre la codificación y la recuperación<sup>604</sup>.

Con el objetivo de analizar si el contexto emocional sirve como un elemento característico para la recuperación de recuerdos específicos previamente codificados, BOWER, MONTEIRO y GILLIGAN realizaron tres experimentos en que se sirvieron de sugerencias hipnóticas para producir estados emocionales de euforia o tristeza. En estos estudios los sujetos fueron inducidos a sentirse muy contentos o muy tristes, tanto al momento de aprender una lista de palabras como al recordarlas libremente, todo ello para constatar si el desempeño de los sujetos era mejor cuando existía una coincidencia de estado durante el aprendizaje y el recuerdo. En el primero de los experimentos se utilizaron dos grupos de cinco sujetos, todos ellos bajo hipnosis. Al grupo A se pidió que aprendieran un listado de 16 palabras que fueron leídas por el investigador mientras se sentían felices, y al grupo B, lo mismo pero sintiéndose tristes. Luego de un intervalo de diez minutos, los sujetos fueron situados en el estado de ánimo opuesto y se les solicitó que recordaran el listado. Más tarde, fueron restablecidos en su estado de ánimo original y se les pidió nuevamente que recordaran. Sin embargo, los resultados obtenidos no mostraron efecto de dependencia del estado de ánimo, pues los sujetos recordaron prácticamente la misma cantidad de palabras tanto en un estado como en otro. Debido a esto, en el experimento siguiente se aumentó el intervalo de retención de la información a 24 horas. Además se utilizaron cuatro grupos de cuatro sujetos y una lista de 20 palabras. Básicamente se siguió el mismo procedimiento anterior, salvo por el mencionado intervalo, por lo que luego del aprendizaje de las palabras en un estado hipnótico de alegría o tristeza, los sujetos fueron despertados y enviados a casa, para al día siguiente ser nuevamente hipnotizados. Empero, al igual que en el primer estudio, tampoco se encontraron muestras de un recuerdo emocional-dependiente. Finalmente, en el tercer experimento pidieron a los sujetos que esta vez aprendieran dos listas de palabras. Cada una de las 24 personas debía aprender la lista 1 mientras se sentía alegre (o triste), luego la lista 2 sintiéndose triste (o alegre), y más tarde intentar recordar ambas listas sintiéndose alegre (o triste). Así, considerando que los materiales aprendidos interferirían entre sí, se esperaban mejores resultados de recuerdo de la lista cuyo estado de codificación y recuperación eran coincidentes. En esta oportunidad sí encontraron evidencias del efecto emocional y concluyeron que el recuerdo era mejor

---

<sup>604</sup> BOWER, Gordon H., *Mood and memory*, en *American psychologist*, Vol. 36, N° 2, 1981, p. 129.

cuando el estado de recuperación era el mismo que el de estudio de la lista cuyo recuerdo era solicitado. Con ello se constató que el entorno emocional sirve como un contexto particular de aprendizaje y recuerdo, principalmente cuando el sujeto debe intentar la recuperación de uno de dos conjuntos de materiales que se estorban mutuamente<sup>605</sup>.

Como puede apreciarse, si bien en definitiva se encontraron las condiciones adecuadas para conseguir los resultados esperados, queda bastante claro que no es fácil aislar y reconocer la influencia emocional en el recuerdo. De hecho, una década más tarde, el propio BOWER no pudo alcanzar los mismos resultados, toda vez que en una serie de seis experimentos no observó la presencia del recuerdo contexto-dependiente<sup>606</sup>. A ello se agrega la circunstancia de que, al igual como sucedía respecto al entorno ambiental, se constató que este efecto se daría con mayor claridad tratándose del recuerdo libre de hechos, pues en el caso del reconocimiento el contexto emocional se vería *eclipsado* por el resto de los indicios de recuperación. Al ser más fácil para los sujetos recordar el material, pueden prescindir completamente del contexto para alcanzar su objetivo<sup>607</sup>.

Por ello, considerando que el fenómeno sí existe pero es de difícil constatación, se ha propuesto que para su manifestación es fundamental poner atención en la naturaleza de las tareas de codificación y recuperación, en la calidad de las emociones experimentadas mientras se desarrolla esas tareas y en las características de los sujetos<sup>608</sup>. Por consiguiente, existiría mayor probabilidad de constatar la presencia del efecto emocional cuando los estados de ánimo inducidos sean lo suficientemente intensos y estables, se realicen tareas de recuerdo libre (pues en ellas son los propios sujetos los que deben generar sus pistas de recuperación) y se trabaje con memorias autobiográficas en diferentes estado emocionales, en lugar de material artificial en tareas de laboratorio<sup>609</sup>.

---

<sup>605</sup> BOWER, Gordon H., MONTEIRO, Kenneth P. y GILLIGAN, Stephen G., *Emotional mood as a context for learning and recall*, Journal of verbal learning and verbal behavior, Vol. 17, N° 5, 1978, p. 573.

<sup>606</sup> BOWER, Gordon H. y MAYER, John D., *In search of mood-dependent retrieval*, en Journal of social behavior and personality, Vol. 4, N° 2, 1989, p. 121.

<sup>607</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 67.

<sup>608</sup> EICH, Eric y MACAULAY, Dawn, *Fundamental factors in mood-dependent memory*, en Feeling and thinking: the role of affect in social cognition, Joseph P. Forgas (editor), New York, 2000, p. 109.

<sup>609</sup> BOWER, Gordon H., *How might emotions affect learning?*, en The handbook of emotion and memory, Sven-Ake Christianson (editor), New York, 1992, p. 23.

Siguiendo dichos postulados, los estudios que no utilizan lista de palabras, sino recuerdos autobiográficos de los sujetos, han mostrado evidencia sólida y confiable de la dependencia emocional. Así ocurrió con el experimento realizado por EICH, MACAULAY y RYAN. En este, durante la sesión de codificación se pidió a los sujetos que recuperaran 16 hechos de su pasado personal, estimulados mediante la presentación de sustantivos neutrales. La mitad de ellos realizaron esta tarea sintiéndose felices, y la otra mitad, tristes, lo que se indujo mediante música, ideas o imágenes. Después de dos días se realizó la sesión de recuperación, en la que se requirió a los sujetos que recordaran los aspectos esenciales de tantos de los 16 eventos como les fuera posible, algunos de ellos en el mismo estado afectivo y otros en el opuesto. Los resultados proveyeron evidencia de un recuerdo emocional-dependiente, dado que los participantes que codificaron y recuperaron los hechos en el mismo estado de ánimo recordaron un mayor porcentaje de los eventos, gracias a lo que se concluyó que la combinación de eventos autobiográficos y el recuerdo libre constituye una herramienta útil para explorar los efectos del contexto emocional<sup>610</sup>. Todo esto discurre en el sentido de que es esperable la presencia del recuerdo emotivo-dependiente dentro de un ámbito autobiográfico, pues se trata de memorias en donde las emociones tienen una relación causal y de pertenencia original con los hechos que son recordados, de modo que existe un nexo entre el suceso y la emoción que subyace al efecto del entorno. De ahí que los ensayos de laboratorio que utilizan material artificial y arbitrario que debe ser aprendido por los sujetos, generan resultados en que el efecto no se manifiesta o solo lo hace de forma muy débil<sup>611</sup>.

Finalmente debemos mencionar que también se ha destacado la relación que tiene el contexto emocional con la valoración que los individuos hacen de los acontecimientos. Esto porque enfrentados a un texto, se ha demostrado que el estado de ánimo determina cómo las personas lo interpretan, eligen sus elementos sobresalientes y seleccionan al personaje que más los identifica, escogiendo al que experimenta un estado emocional similar a aquel en que se encuentran al momento de leer la historia<sup>612</sup>. Esto va en paralelo con la circunstancia que las personas almacenan más información consistente con su situación anímica, lo que se ha llamado *Efecto de selectividad o*

---

<sup>610</sup> EICH, Eric, MACAULAY, Dawn y RYAN, Lee, *Mood dependent memory for events of the personal past*, en *Journal of experimental psychology: general*, Vol. 123, N° 2, 1994, p. 201.

<sup>611</sup> BOWER, Gordon H., *How might emotions affect learning?*, cit., p. 24.

<sup>612</sup> BOWER, Gordon H., GILLIGAN, Stephen G. y MONTEIRO, Kenneth P., *Selectivity of learning caused by affective states*, en *Journal of experimental psychology: general*, Vol. 110, N° 4, 1981, p. 451.

*congruencia*, siendo muy probable que un sujeto alegre ponga más atención y luego recuerde más información positiva que negativa<sup>613</sup>. Esto porque la importancia y el significado de una idea dependen de la perspectiva desde la que sea apreciada<sup>614</sup>, y en este sentido, el estado de ánimo operaría como cualquier otra perspectiva, siendo más probable que el sujeto recoja la información consistente con su estado de ánimo<sup>615</sup>.

### 3. Contexto cognitivo

Las dificultades para constatar la influencia que en cada caso ejerce el contexto ambiental y emocional sobre los procesos de memoria, así como para trabajar con ellos individualmente, sin que los elementos de uno estén presentes en los análisis que se hagan acerca de los efectos del otro, llevaron a construir una mirada más amplia del contexto, comprensiva no solo de los estados ambientales y emocionales, sino que agregando al mismo todos los aspectos mentales y fisiológicos del sujeto. Así, esto constituiría un escenario interactivo con los elementos ingresados al almacén de memoria, codificándose no solo incidentalmente con ellos, sino que modelando y modificando la representación mnemónica de los hechos, siendo trascendental para el recuerdo y el reconocimiento<sup>616</sup>. Lo anterior implica una concepción omnicomprensiva de los elementos concurrentes, tanto al interior como al exterior del sujeto, en el momento en que este adquiere el conocimiento que pasará a conformar su huella de memoria.

La vinculación esencial entre los distintos elementos ha llevado a Eric EICH a destacar la sujeción entre el entorno ambiental y emotivo, concediéndole, eso sí, un papel preeminente a este último. Ha sostenido que la calidad con que la información sea transferida desde un ambiente a otro no dependerá de qué tan parecidos se vean, sino de cómo se sienten. De este modo, cuando los hechos son codificados y recuperados en el mismo escenario físico, pero este concurso no se genera en el estado psicológico, se produce un deterioro en la calidad de la memoria. A la inversa, un cambio en el ambiente no produce un déficit de rendimiento si el estado de ánimo se mantiene. Esto deja claro que los efectos dependientes del lugar en la memoria están mediados por las

---

<sup>613</sup> GUENTHER, Kim, *Mood and memory*, cit., p. 62.

<sup>614</sup> PICHERT, James W. y ANDERSON, Richard C., *Taking different perspectives in a story*, en *Journal of educational psychology*, Vol. 69, N° 4, 1977, p. 309.

<sup>615</sup> GUENTHER, Kim, *Mood and memory*, cit., p. 65.

<sup>616</sup> BADDELEY, Alan D., *Domains of recollection*, en *Psychological review*, Vol. 89, N° 6, 1982, p. 710.

alteraciones en el estado de ánimo, y que los datos que aparecen para demostrar el recuerdo dependiente del lugar pueden, en un nivel más profundo, manifestar un recuerdo dependiente del estado de ánimo<sup>617</sup>. Esto va en la línea de la *Hipótesis de mediación del estado emocional*, en el sentido que el olvido dependiente de la locación se ocasionaría por cambios en el estado de ánimo. Sin embargo, esta vinculación de los contextos ambientales y emocionales, no es la única manera de analizar las consecuencias del entorno desde una perspectiva más amplia. En efecto, Steven SMITH sostiene que es posible hablar de un *contexto mental* que comprendería no solo los escenarios anímicos y ambientales, sino que también el estado mental del sujeto, sus aspectos fisiológicos, memorias activas y otros factores incidentales. Por consiguiente, el contexto mental de un hecho podría contener todos estos tipos de información y en teoría ser recordado mediante cualquiera de los elementos<sup>618</sup>.

Es esta mirada más amplia del contexto la que se ha recogido como parte del proceso de recuperación conocido como *Entrevista cognitiva*, que será analizada más adelante en este capítulo, y en donde profundizaremos acerca de los aspectos comprendidos en esta noción cognitiva y en cómo su exploración colabora eficazmente en el recuerdo.

## **ii) Tipo de recuperación**

Desde los trabajos de BINET y STERN se sabe que la narración o recuerdo libre es el mejor método de recuerdo por sobre el interrogatorio, toda vez que las preguntas pueden contener sugerencias que afecten tanto a la memoria de los declarantes como a la calidad de sus respuestas<sup>619</sup>.

Si bien la forma narrativa tiende a ser menos completa que la interrogativa, pues los sujetos solo harán mención a los aspectos del suceso que consideren más importantes o dignos de ser puestos en conocimiento del entrevistador, al mismo tiempo provoca una menor cantidad de errores. Por consiguiente, el recuerdo libre aportará precisión, mientras que el interrogatorio una mayor completitud de los acontecimientos, aspectos ambos que resultan de suyo importantes en la reconstrucción de los hechos

---

<sup>617</sup> EICH, Eric, *Mood as a mediator of place dependent memory*, en *Journal of experimental psychology: general*, Vol. 124, N° 3, 1995, p. 293.

<sup>618</sup> SMITH, Steven M., *Mood is a component of mental context: comment on Eich (1995)*, en *Journal of experimental psychology: general*, Vol. 124, N° 3, 1995, p. 309.

<sup>619</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 41.

litigiosos. De ahí que se haya indicado que la declaración resultará más exitosa cuando se inicie mediante un reporte narrativo para luego pasar al interrogatorio constituido de preguntas específicas, teniendo la precaución, claro está, de que estas preguntas omitan toda sugestión o aportación de información que no haya sido previamente referida por el testigo<sup>620</sup>.

### **iii) Forma de las preguntas**

Como lo indicábamos, resulta capital que la construcción de las interrogaciones sea llevada a cabo con extrema diligencia, no solo para omitir todas las preguntas que puedan resultar tendenciosas, engañosas o que sugieran en sí misma la respuesta -las que ante los ojos de legos y expertos atentan claramente contra la consecución de una declaración ajustada a la realidad de los hechos-, sino que desde una aproximación, si se quiere más molecular, es necesario poner atención en las palabras concretas que se emplean para formular las preguntas, pues pequeños cambios en la redacción pueden dar lugar a respuestas totalmente diferentes<sup>621</sup>.

En la misma perspectiva, el modo en que se requiere el relato a las partes y testigos tiene una enorme importancia para el proceso judicial, pues se ha destacado que el tenor de las preguntas es un claro vehículo de información posterior, y por ende, capaz de determinar el contenido de las respuestas. De hecho, aunque sin intención aparente, la construcción de las interrogantes puede transmitir datos a los declarantes, lo que exige poner un cuidado extremo en este aspecto del trabajo de jueces, abogados y policías, quienes deben abstenerse de realizar todo tipo de preguntas sesgadas o inductivas<sup>622</sup>.

En efecto, se ha demostrado que el recuerdo se ve alterado como consecuencia de las palabras que son empleadas para formular las preguntas. Ello fue estudiado por LOFTUS y PALMER, quienes manipularon los verbos empleados en la enunciación de las preguntas a los testigos de un accidente de tránsito, constatando que si estos eran indicativos de que la colisión se había producido con mayor fuerza, los sujetos estimaban velocidades más altas en la circulación de los automóviles. Esto podría

---

<sup>620</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 91.

<sup>621</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 94.

<sup>622</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 76. En el mismo sentido: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *¿Puede la información postsuceso modificar la memoria de los testigos?*, en AA. VV., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Manuel García Ramírez (compilador), Sevilla, 1993, p. 53.

deberse a factores que sesgan las respuestas, en el sentido de que si el testigo no tiene plena certeza de si la respuesta es 30 o 40 km/h, el verbo empleado al inquirirle la velocidad puede inclinar su respuesta hacia una estimación mayor o menor. Además, es posible que la forma de la pregunta provoque un cambio en la representación mnemónica que la persona guarda del accidente, de manera tal que *vea* el accidente más grave de lo que efectivamente fue. Los investigadores también concluyeron que el verbo empleado en la pregunta cumpliría la función de *etiqueta verbal* del suceso, la que tiene el efecto de provocar que su recuerdo se ajuste lo máximo posible a la representación sugerida por la etiqueta<sup>623</sup>. En la misma línea, LOFTUS y ZANNI buscaron demostrar la influencia que pequeños cambios en las palabras que conforman la pregunta ejercen sobre las respuestas obtenidas, lo que se pudo apreciar mediante la simple manipulación de los vocablos “un” y “el”, pues cuando se pregunta por la presencia de un objeto utilizando el artículo determinado, el testigo asume que este efectivamente existe<sup>624</sup>. En este sentido, es posible que la pregunta introduzca información que el sujeto desconoce o no recuerda, de modo que a partir de ella, reconstruya la imagen mental que conserva del suceso, ajustándola a los nuevos antecedentes que se han puesto en su conocimiento, alterando así su recuerdo primitivo.

En cualquier caso, de la misma manera es factible que la influencia externa se lleve a cabo mediante una serie de comportamientos no verbales que acompañan a las palabras del entrevistador, como el tono de la voz, el movimiento de la cabeza y los ojos, la mirada o la postura, cúmulo de elementos que influenciarán las respuestas obtenidas<sup>625</sup>.

#### **iv) Credibilidad de la fuente**

Se ha demostrado que la *expertise* que el entrevistador posee sobre el asunto analizado es determinante para que la información engañosa produzca todos sus efectos

---

<sup>623</sup> LOFTUS, Elizabeth y PALMER, John C., *Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory*, en *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 13, N° 5, 1974, p. 585. Sobre la influencia que las palabras que conforman la pregunta pueden ejercer sobre la respuesta que se obtiene, también ver: LOFTUS, Elizabeth F., *Leading questions and the eyewitness report*, en *Cognitive psychology*, Vol. 7, N° 4, 1975, p. 561; PÉREZ-MATA, María de las Nieves y DIGES JUNCO, Margarita, *Introducción de información engañosa y atribución de fuente de la información*, cit., 1993.

<sup>624</sup> LOFTUS, Elizabeth F. y ZANNI, Guido, *Eyewitness testimony: the influence of the wording of a question*, en *Bulletin of the psychonomic society*, Vol. 5, N° 1, 1975, p. 86.

<sup>625</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 72.



sobre el recuerdo. Los sujetos se mostrarán más susceptibles a la información posterior y entregarán más respuestas incorrectas cuando asumen que el interrogador es un experto conocedor del tema sobre el que se les pregunta, y por ende, sabe más que ellos. A menos que el testigo tenga un recuerdo muy claro que contradiga la versión que le propone el entrevistador, es probable que el declarante no dude de la precisión de aquellos hechos. Por el contrario, si los sujetos saben que el interrogador ignora completamente el evento, las preguntas engañosas no producirán efecto<sup>626</sup>. En suma, la credibilidad o el estatus de un interrogador puede influir en cuán exitosa es la entrevista en términos de precisión y completitud<sup>627</sup>.

### C) Confianza y exactitud del testimonio

La relación entre confianza y exactitud puede graficarse de la siguiente manera: cada vez que observamos a otra persona llevando a cabo el relato de unos hechos tendemos a evaluar la certeza de lo que cuenta a través de la confianza que ella exhibe al narrar la historia. Mientras más segura y confiada se vea la persona, más nos inclinamos a estimar que su relato se ajusta a la realidad de lo que ha acontecido. En otras palabras, partimos de la base de que existe una relación positiva, directa y estrecha entre la confianza y la precisión del sujeto, vinculación que también estaría presente en las declaraciones practicadas en el ámbito jurisdiccional.

Sin embargo, los estudios han demostrado una y otra vez que la apreciación anterior está lejos de ser correcta, pues en contraposición con nuestra inclinación natural, la vinculación entre ambas cuestiones usualmente es baja o nula<sup>628</sup>. De este modo, se ha sostenido que la pobre relación entre ellas impide considerar a la confianza como un predictor válido de la precisión del testigo<sup>629</sup>, lo que ha quedado en evidencia no solo comparando declaraciones emitidas por distintos sujetos (en el sentido de

---

<sup>626</sup> SMITH, Vicki L. y ELLSWORTH, Phoebe C., *The social psychology of eyewitness accuracy*, cit., p. 294.

<sup>627</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 97.

<sup>628</sup> PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *El impacto del testigo presencial sobre el jurado*, en AA. VV., *La psicología social en la sala de justicia*, Jorge Sobral y Ramón Arce (editores), Barcelona, 1990, p. 114. En el mismo sentido: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos*, en *Psicothema*, Vol. 12, Supl. N° 2, 2000, p. 301; PRIETO EDERRA, Ángel y SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *Impacto persuasivo del testimonio seguro e inseguro: ¿dos caras del mismo fenómeno?*, en *Psicothema*, Vol. 15, N° 2, 2003, 169.

<sup>629</sup> WELLS, Gary L. y MURRAY, Donna M., *Eyewitness confidence*, en *Eyewitness testimony: psychological perspectives*, Gary L. Wells y Elizabeth F. Loftus (editores), Cambridge, 1984, p. 159.

establecer si los testigos confiados son más precisos que aquellos que se muestran dubitativos) sino que incluso haciendo lo propio con diferentes testimonios de la misma persona, algunos prestados con confianza evidente, y otros, de forma vacilante<sup>630</sup>.

La seguridad del testigo es solo uno de los indicadores de su precisión por lo que ninguna conclusión racional puede obtenerse mediante su estimación<sup>631</sup>, sin perjuicio de lo cual hay quien ha indicado que la confianza puede convertirse en un mediano predictor de exactitud cuando se generen las condiciones óptimas necesarias tanto para construir y almacenar el recuerdo como para prestar declaración<sup>632</sup>.

### **a) Razones de su baja correlación**

Se han ensayado cuatro diferentes hipótesis para intentar explicar la baja vinculación entre confianza y exactitud<sup>633</sup>, a saber:

1) Kenneth DEFFENBACHER propuso la *Hipótesis de la optimización u optimalidad*, que sostiene que bajo condiciones óptimas de codificación del hecho, un testigo estará más capacitado para monitorizar con exactitud la adecuación de su desempeño de memoria, de modo que si las condiciones de codificación fueron favorables, existirá una correlación mayor entre confianza y exactitud. Por el contrario, si las condiciones de procesamiento no son las ideales, la calibración de precisión y confianza será mucho menos fiel<sup>634</sup>. En esta perspectiva, mayor tiempo de exposición permite un procesamiento más eficiente de aquello que ha sido observado por el testigo.

---

<sup>630</sup> SMITH, Vicki L., KASSIN, Saul M. y ELLSWORTH, Phoebe C., *Eyewitness accuracy and confidence: within-versus between-subjects correlations*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 74, N° 2, 1989, p. 358.

<sup>631</sup> SPORER, Siegfried Ludwig, PENROD, Steven, READ, Don y CUTLER, Brian, *Choosing, confidence and accuracy: a meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies*, en *Psychological bulletin*, Vol. 118, N° 3, 1995, p. 324.

<sup>632</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 11.

<sup>633</sup> WELLS, Gary L. y MURRAY, Donna M., *Eyewitness confidence*, cit., p. 166.

<sup>634</sup> DEFFENBACHER, KENNETH A., *Eyewitness accuracy and confidence: can we infer anything about their relationship?*, en *Law and human behavior*, Vol. 4, N° 4, 1980, p. 246. También: MANZANERO, Antonio y DIGES, Margarita, *Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones: la credibilidad*, en *Anuario de psicología jurídica*, N° 3, 1993, p. 16; SPORER, Siegfried L., McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos*, cit., p. 239; IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos*, cit., p. 302.

Con más tiempo la huella de memoria puede verse fortalecida, y tanto la confianza como la exactitud pueden mejorar<sup>635</sup>.

2) La *Hipótesis de la experiencia* de WELLS, LINDSAY y FERGUSON propone que la baja relación entre confianza y exactitud puede estar vinculada con una carencia de un *feedback* relevante en nuestras experiencias sociales. En este sentido, sostienen que los encuentros diarios con otras personas no nos permiten hacer un buen ajuste respecto a la confianza-exactitud, sino que el contrario, alientan a mantener una pobre relación entre ellas y a desarrollar un estado de sobreconfianza. Esto se debería a que cuando vemos a alguien que creemos reconocer, pero no estamos seguros de ello, le sonreímos o hacemos algún gesto de reconocimiento, los que casi siempre son retribuidos por la otra persona, de modo que consideramos confirmada nuestra creencia de que hicimos un reconocimiento correcto, aunque en efecto esto no sea así<sup>636</sup>.

3) A su turno, la *Hipótesis de la auto-atribución* se debe a Michael LEIPPE quien sostiene que la confianza del testigo puede ser construida a partir de inferencias realizadas por él mismo, basadas en sus acciones y en el contexto en que las ha desarrollado<sup>637</sup>. Así, el sujeto podría evaluar la precisión de su recuerdo de forma general, dejándose llevar por el buen resultado obtenido previamente en tareas mnemónicas semejantes a la que ahora se le plantea, sea por el tipo de prueba o por la materia sobre la que ella versa, de modo que tase la fidelidad de su recuerdo haciendo uso del heurístico de representatividad. En este sentido, ante escenarios parecidos, puede inferir que será capaz de conseguir los mismos resultados que ha alcanzado con anterioridad, lo que lo llevará a reforzar su confianza en ellos, soslayando la concurrencia de factores que afectan la precisión del recuerdo y que no pueden ser generalizados<sup>638</sup>.

4) Por último, la *Hipótesis de búsqueda selectiva de la información* señala que cuando las personas revisan la evidencia sobre sus propias elecciones, se limitan a buscar pruebas que sustenten su opción preferida, descartando aquélla que le resta valor.

---

<sup>635</sup> BOTHWELL, Robert. K., DEFFENBACHER, Kenneth A. y BRIGHAM, John C., *Correlations of eyewitness accuracy and confidence: optimality hypothesis revisited*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 72, N° 4, 1987, p. 691.

<sup>636</sup> WELLS, Gary L., LINDSAY, R. C. L. y FERGUSON, Tamara J., *Accuracy, confidence and juror perceptions in eyewitness identification*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 64, N° 4, 1979, p. 446.

<sup>637</sup> LEIPPE, Michael R., *Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence*, cit., p. 261.

<sup>638</sup> TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgments of and by representativeness*, cit., p. 89. En el mismo sentido: TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under uncertainty*, cit., p. 1124; BAR-HILLEL, MAYA, *Studies of representativeness*, cit., 1982, p. 69; NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, cit., p. 73.

Así, como indican KORIAT y sus colaboradores, una vez que los sujetos han escogido una respuesta tienen la tendencia a ignorar los antecedentes inconsistentes o contradictorios con ella, incurriendo en el *sesgo de confirmación*, de modo que la valoración de la confianza se basa principalmente en la evidencia que apoya la respuesta elegida y no en la que sostiene la razón rechazada<sup>639</sup>.

## **b) Variables que afectan la confianza y la exactitud**

Se han detectado una serie de factores que alteran los niveles de confianza del declarante, sin afectar la precisión de su testimonio, y viceversa, lo que refuerza la idea de que ambas cuestiones corren por carriles separados. En efecto, así puede suceder con la repetición de las preguntas al testigo, situación que aumenta su confianza, mas no su precisión, lo que se vincularía con la facilidad y fluidez para recuperar la información de la memoria, elementos que se usan como indicadores de exactitud; con la información engañosa post-suceso, que puede reducir la precisión y a la vez aumentar la confianza; con el paso del tiempo, que puede mitigar la precisión del recuerdo más rápido que la confianza, la que tiende a permanecer constante<sup>640</sup>; y con las condiciones en que se presencia el suceso, que pueden afectar la exactitud pero no la confianza, como ocurre con situaciones en que la observación se desarrolla durante un corto espacio de tiempo<sup>641</sup>. Por otra parte, en el ámbito de la identificación de personas pueden tener influencia las expectativas de quien administra la prueba, los comentarios de otras personas, las instrucciones de los abogados para la preparación del juicio o el *feedback* recibido después de la declaración o identificación<sup>642</sup>.

En relación con esta materia WELLS, FERGUSON y LINDSAY establecieron que si los testigos eran instruidos acerca del tipo de preguntas que podrían plantearseles, se les alentaba a ensayar sus respuestas y se les advertía que la contraparte trataría de encontrar inconsistencias en su testimonio, mostraban un aumento significativo de su confianza, especialmente aquellos que habían hecho una identificación incorrecta, lo

---

<sup>639</sup> KORIAT, Asher, LICHTENSTEIN, Sarah y FISCHHOFF, Baruch, *Reasons for confidence*, cit., p. 116. También ver: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 126.

<sup>640</sup> WELLS, Gary L. y LINDSAY, R. C. L., *Methodological notes on the accuracy-confidence relation in eyewitness identifications*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 70, N° 2, 1985, p. 416. En el mismo sentido: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 126.

<sup>641</sup> LEIPPE, Michael R., *Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence*, cit., p. 265.

<sup>642</sup> SPORER, Siegfried L., McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos presenciales*, cit., p. 250.

que deja en evidencia la clara independencia que existe entre ambos factores y lo errado que es presuponer el valor o la calidad de uno a partir del otro<sup>643</sup>.

## 2. LA OBTENCIÓN DE LAS DECLARACIONES

### A) La narración libre versus el interrogatorio

Como lo apuntábamos líneas atrás, el método escogido para obtener las declaraciones tendrá relación directa con la precisión y la calidad de las mismas<sup>644</sup>. Debido a ello, su elección constituye uno de los factores a tener presente durante la configuración de los lineamientos generales de todo sistema procesal que pretenda proveer al tribunal de mejores pruebas para formar su convicción sobre los hechos de la causa. Así, puede hablarse de dos sistemas básicos: la narración libre y el interrogatorio.

En primer término, la narración libre consiste en dejar que el declarante cuente con sus propias palabras, a su ritmo, en la forma y en el orden que desee, todo lo que recuerda de los acontecimientos. Al mismo tiempo, el entrevistador debe abstenerse de realizar cualquier sugerencia o comentario, así como de limitar, interrumpir o perturbar al sujeto durante su declaración, sea para rebatirle o para manifestar su conformidad con lo que ha expuesto, tanto verbalmente como mediante gestos o movimientos corporales. Por ello, solo una vez que el declarante haya terminado su relato, es posible solicitarle algunas explicaciones o complementaciones de sus dichos. Con esto se impide que el interrogador entregue cualquier tipo de información por intermedio de la formulación de sus preguntas, de modo que desde el punto de vista psicológico la narración libre constituye la modalidad más adecuada<sup>645</sup>.

Con este procedimiento se producirán menos errores de comisión que con la técnica interrogativa, pues es menos probable que se afirme la ocurrencia de algo que en realidad no fue observado por el testigo. Sin embargo, el problema de la narración libre radica en que en ella usualmente se presentarán más omisiones, vale decir, que el declarante no mencionará todos los aspectos o detalles del suceso que ha observado y que se alojan en su memoria, ya sea, porque no es capaz de encontrar los caminos de

---

<sup>643</sup> WELLS, Gary L., FERGUSON, Tamara J. y LINDSAY, R. C. L., *The tractability of eyewitness confidence and its implications for triers of fact*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 66, N° 6, 1981, p. 688.

<sup>644</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 47.

<sup>645</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 234.

rescate adecuados, y por ende de acceder a toda la información almacenada, o bien, porque considera que hay elementos de los hechos que no son importantes o dignos de ser mencionados en esta oportunidad<sup>646</sup>. Si bien el recuerdo libre permite una recuperación más exacta de los sucesos, el resultado de esta operación será más incompleto, todo lo contrario a lo que ocurre con el interrogatorio<sup>647</sup>.

A su turno, la técnica interrogativa implica que el entrevistador formula una serie de preguntas al declarante con el objetivo de obtener respuestas más concretas y detalladas. No obstante, esto también conlleva la generación de testimonios menos exactos, debido a la cantidad importante de errores de comisión que pueden detectarse en las respuestas conseguidas utilizando este sistema, pues muchas veces las preguntas introducen información que el testigo no conoce o que contradice su recuerdo de los hechos. Por ello, la doctrina psicológica ha destacado que la formulación de preguntas directas puede ser fuente de información engañosa post-suceso para los declarantes, en consecuencia, origen de falsos recuerdos<sup>648</sup>. De hecho, como lo apuntábamos *supra*, se ha demostrado que la sola manipulación de los artículos o verbos que se emplean para construir las preguntas son bastantes *per se* para hacer variar el recuerdo. De ahí la necesidad de cuidar la redacción de las preguntas, evitando entregar todo tipo de informaciones a través de ellas. En esta perspectiva, en un estudio realizado por Jack LIPTON se estableció que la manera en que se construye una pregunta tiene profundos efectos sobre la precisión y la cantidad de información que el testigo incluye en su declaración, y que de hecho, mediante el empleo de preguntas sugestivas, un abogado litigante puede dar forma al testimonio<sup>649</sup>.

En todo caso, en favor de esta técnica debemos apuntar que permite rebajar el número de errores por omisión, ya que queda entregado al examinador la decisión acerca de qué aspectos de los hechos van a ser incluidos en el testimonio y el grado de precisión con el que ellos serán tratados. Además, la estructura que el inquisidor decida para su interrogatorio permitirá establecer pistas de recuperación que deberán ser

---

<sup>646</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 46. En el mismo sentido: PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 101.

<sup>647</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 85.

<sup>648</sup> MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, Barcelona, 1980, p. 113. Asimismo: DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 15; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 137; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 231; PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 103.

<sup>649</sup> LIPTON, Jack P., *On the psychology of eyewitness testimony*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 62, N° 1, 1977, p. 94.

seguidas por el declarante, facilitándole, en teoría, el rescate de la huella de memoria y la reconstrucción de los hechos.

Teniendo presente lo apuntado acerca de los dos modelos, todos los autores parecen estar de acuerdo en que el mejor sistema será aquel que constituya una mixtura de ambos, que rescate sus respectivas ventajas y evite sus inconvenientes en la consecución de las declaraciones<sup>650</sup>. De este modo, se recomienda comenzar por solicitar al declarante una narración libre de los sucesos, hasta que crea no recordar nada más, y solo posteriormente pasar a las preguntas, con un especial cuidado en su formulación, en vista de los peligros que ya hemos apuntado. Con esto se podrá requerir al declarante mayor información sobre las cuestiones o detalles concretos que haya expuesto en forma confusa o dudosa en el relato libre, permitiendo alcanzar una declaración más completa y con la profundidad requerida, siempre mediante preguntas abiertas y sin proveer información nueva<sup>651</sup>.

## **B) La entrevista cognitiva**

La entrevista cognitiva se planteó -y se ha confirmado- como una técnica viable para el mejoramiento del recuerdo. Surgió como una alternativa a la entrevista estándar realizada por la policía a las víctimas y testigos de delitos, con la pretensión de lograr mayor cantidad de información y de mejor calidad, siendo por tanto un procedimiento más eficiente y efectivo<sup>652</sup>. Fue desarrollada por Edward GEISELMAN, Ronald FISHER y sus colaboradores en la Universidad de California, y los más de 25 años de investigación experimental que se han dedicado a su estudio, han mostrado que es un método efectivo para entrevistar a los testigos<sup>653</sup>.

Para su configuración, sus creadores se sirvieron de dos teorías básicas para el rescate de los recuerdos:

---

<sup>650</sup> WHIPPLE, Guy Montrose, *The observer as reporter*, cit., p. 157.

<sup>651</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 52. En el mismo sentido: PRIETO, A., DIGES, Margarita y BERNAL, M., *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, cit., p. 104; SPORER, Siegfried L., McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos presenciales*, cit., p. 246; IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 47; IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 93.

<sup>652</sup> GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., MacKINNON, David P. y HOLLAND, Heidi L., *Enhancement of eyewitness memory with the cognitive interview*, en *American journal of psychology*, Vol. 99, N° 3, 1986, p. 385.

<sup>653</sup> MEMON, Amina, MEISSNER, CHRISTIAN A. y FRASER, JOANNE, *The cognitive interview: a meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years*, en *Psychology, public policy, and law*, Vol. 16, N° 4, 2010, p. 340.

- En primer lugar, el *Principio de codificación específica* de TULVING y THOMSON, que sostiene que las operaciones específicas de codificación realizadas sobre lo que se percibe determinan lo que se almacena y a su vez, lo que se almacena establece qué claves de recuperación son eficaces para acceder a ello<sup>654</sup>. En este sentido, cada recuerdo estaría conectado a alguna señal exterior con la que se solapa, por lo que el contexto ambiental en que se codificó el hecho sirve de clave para recuperar el recuerdo. Así, la similitud entre el ambiente de codificación y recuperación aumenta las probabilidades de llevar a cabo una prueba de recuerdo exitosa<sup>655</sup>.

- A ello se suma el *Enfoque multicomponente del trazo de memoria* de Gordon BOWER, que indica que una huella de memoria no es unitaria ni una representación holística del evento original, sino que es una variedad compleja de muchas características, cada una con su particular clave de acceso, de modo que no existe una, sino muchas maneras de recuperar los recuerdos<sup>656</sup>.

Teniendo en cuenta los dos principios anteriores, se idearon cuatro herramientas o técnicas generales de recuperación de recuerdos, con dos objetivos muy claros: establecer y destacar aquellos elementos que se solapan entre los contextos de codificación y recuperación, y estimular el uso de muchos caminos de recuperación, dado que el aumento de las vías de acceso hace crecer las posibilidades de alcanzar la información alojada en el almacén de la memoria a largo plazo<sup>657</sup>. Estas técnicas son:

1) Reinstauración cognitiva del contexto ambiental y personal. El objetivo de esta técnica es que el sujeto pueda recrear de la forma más completa posible todo el contexto que rodeaba al acontecimiento. Para ello, se debe solicitar al declarante que imagine nuevamente la situación y se sitúe mentalmente en el lugar en que ocurrieron los hechos, debiendo atender no solo a qué sucedía en aquel sitio, sino también a lo que le ocurría a nivel subjetivo interno. Por ende, se le pide que recuerde las circunstancias externas (lugar en que se encontraba, junto a quién, qué hizo antes, durante o después de los hechos, y un conjunto de aspectos perceptivos: luminosidad, ruidos, olores, intervinientes, etc.) e internas (cuáles fueron sus pensamientos, emociones y/o

---

<sup>654</sup> TULVING, Endel y THOMSON, Donald M., *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, cit., p. 369.

<sup>655</sup> CAMPOS, Laura y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Reconstrucción del contexto y memoria de testigos. La entrevista cognitiva*, en Boletín de psicología, N° 55, 1997, p. 19.

<sup>656</sup> GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., FIRSTENBERG, I., HUTTON, L. A., SULLIVAN, S. J., AVETISSIAN, Y. V. y PROSK, A. L., *Enhancement of eyewitness memory*, cit., p. 74.

<sup>657</sup> GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., MacKINNON, David P. y HOLLAND, Heidi L., *Eyewitness memory enhancement in the police interview: cognitive retrieval mnemonics versus hypnosis*, en Journal of applied psychology, Vol. 70, N° 2, 1985, p. 403.



sentimientos en el instante en que todo sucedió). Reconstruyendo el contexto habrá más posibilidades de encontrar el estímulo con el que se solapa el recuerdo, de manera tal que en el momento de la recuperación estén presentes características que concurrieron en la etapa de codificación<sup>658</sup>.

2) Contarlo todo. Se debe incentivar al declarante para que dé cuenta de todo lo que recuerda de los hechos, incluyendo aquella información que solo evoque en forma parcial o vaga, así como los detalles que le parezcan irrelevantes o insignificantes, pues puede tender a retener parte de la información por esos motivos. Siguiendo esta técnica, el entrevistador podrá contar con una relación íntegra de las memorias del declarante, pudiendo decidir, con toda la información a la vista, qué parte de ella es importante para el proceso. Además aquellos aspectos de los hechos que solo sean expuestos parcialmente pueden servir para ser ensambladas con otros trozos de información obtenidos de otros declarantes o de otro tipo de evidencias. Asimismo, el hecho de instar al declarante a pensar en todos los detalles, puede llevarlo a recordar un elemento importante a través del rescate de algo que parecía trivial<sup>659</sup>.

3) Recordar los acontecimientos en orden distinto. Se pide al deponente que relate el suceso en varios órdenes secuenciales, comenzando desde diferentes puntos temporales: desde el final hacia el principio, o bien, desde un punto intermedio hacia atrás o hacia adelante. Con esto se logra recordar detalles que pudieron haber sido pasados por alto al hacer la narración en el orden temporal normal. Al mismo tiempo, se evita que las personas utilicen su conocimiento general sobre el tipo concreto de hecho del que deben dar cuenta para reconstruir lo que ha sucedido en este caso particular, pues podrían dejarse influenciar por lo que debería haber pasado según el estándar general de ocurrencia de esos sucesos, y no lo que efectivamente aconteció<sup>660</sup>. Así, el cambio de punto de partida de la narración permite restarle influencia al *script* o modelo mental del hecho y rescatar la situación específica que debe ser reconstruida<sup>661</sup>.

4) Cambio de perspectiva. Se solicita al sujeto que narre los hechos como si los hubiera observado desde la perspectiva y ubicación de otra persona. Con ello se modifica mentalmente el papel del sujeto o su posición física en el lugar en que

---

<sup>658</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 92. También: IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 192.

<sup>659</sup> MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 171.

<sup>660</sup> ARCE, Ramón y FARIÑA, Francisca, *Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)*, en *Papeles del psicólogo*, N° 92, 2005, p. 61.

<sup>661</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 94.

sucedieron los hechos, lo que hace cambiar la forma de llevar a cabo la recuperación y puede provocar que nueva información se vuelva disponible, al prestarle atención a aspectos del hecho que antes no habían sido considerados. Claro que no se trata de que el testigo imagine, sino que se sitúe mentalmente en una nueva locación<sup>662</sup>.

Ahora bien, además de las cuatro técnicas generales ya referidas, la entrevista cognitiva también se vale de una serie de herramientas específicas que pueden usarse una vez concluida la fase narrativa, con el fin de obtener datos más concretos de alguna parte de la información. Así, se debe preguntar al declarante por la apariencia física de los intervinientes en el hecho, sus vestimentas o algún rasgo particular; si escuchó o puede recordar algún nombre o al menos con qué letra comenzaba; si vio y recuerda algún número, si era alto o bajo o cuántos dígitos lo componían; las características del habla de las personas, si había algo raro en su voz o esta le recordaba a alguien; y por las conversaciones que puedo escuchar, las reacciones a lo que se dijo o si se usaron expresiones que llamaron su atención<sup>663</sup>.

Se ha demostrado que con el empleo de todas las herramientas anteriores, la entrevista cognitiva produce una mejora notable en la calidad de las declaraciones obtenidas, lo que se materializa en que se constata un aumento en la cantidad de información o detalles correctos que son recordados, sin que por contrapartida se genere un incremento de la proporción de errores, información incorrecta o falsos recuerdos<sup>664</sup>. En este sentido, las bondades de la entrevista cognitiva fueron evaluadas positivamente en un experimento realizado por sus creadores en 1984. En dicha oportunidad, unos actores irrumpieron en un aula en momentos en que se dictaba una clase y luego los estudiantes fueron entrevistados en su calidad de testigos a través de un cuestionario. Solo algunos de los alumnos recibieron instrucción acerca de las cuatro técnicas de mejoramiento del recuerdo. De los resultados se pudo concluir que aquellos que fueron instruidos en las técnicas de memoria, recuperaron mayor cantidad de información correcta sobre el incidente que los estudiantes a los que solo se les alentó a que trataran de recordar más información. Del mismo modo se pudo apreciar que la entrevista

---

<sup>662</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 51. Asimismo: IBAÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 195; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 142.

<sup>663</sup> GEISELMAN, R. Edward y FISHER, Ronald P., *La técnica de entrevista cognitiva para víctimas y testigos de crímenes*, en *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994, p. 171.

<sup>664</sup> GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006, p. 397.

cognitiva no mostraba ninguno de los inconvenientes que pueden adjudicarse a otras técnicas de obtención de declaraciones, como la hipnosis, donde el entrevistado es altamente sugestionable<sup>665</sup>. Un año después se comparó a la entrevista cognitiva con la entrevista policial estándar, estableciéndose nuevamente que las técnicas de recuerdo generan más información correcta<sup>666</sup>.

Por otra parte, también se ha destacado que esta técnica permitiría detectar con mayor facilidad a los testigos que mienten en sus declaraciones, pues durante la entrevista cognitiva se le solicitarán diversas versiones de los hechos, lo que les demandará realizar una y otra vez modificaciones y acomodados a su relato, a fin de que vaya calzando con su mentira inicial. De este modo, al ir solicitándoles la descripción contextual de los eventos, cambios en la perspectiva o en el orden secuencial del relato, las diferencias entre las distintas versiones se irán paulatinamente acumulando, quedando en evidencia las inconsistencias que las afectan<sup>667</sup>.

En todo caso, se ha apuntado que la entrevista cognitiva presenta algunos inconvenientes, como la necesidad de contar con entrevistadores instruidos en el empleo de las técnicas, la gran cantidad de tiempo que debe utilizarse en cada una de las entrevistas y el aumento del número de errores en la información aportada por los testigos<sup>668</sup>. Asimismo, se ha destacado que al solicitar a cada declarante que recuerde los hechos en varias ocasiones y desde distintas perspectivas puede provocársele la generación de falsos recuerdos, la confusión de los existentes o el uso de la imaginación para rellenar huecos de información<sup>669</sup>. Además, siguiendo los postulados de BEKERIAN y BOWERS, la solicitud de un relato que altere el orden temporal de los hechos podría generar dificultades para acceder a la huella original, lo que obviamente

---

<sup>665</sup> GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., FIRSTENBERG, I., HUTTON, L. A., SULLIVAN, S. J., AVETISSIAN, Y. V. y PROSK, A. L., *Enhancement of eyewitness memory*, cit., p. 74.

<sup>666</sup> GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., MacKINNON, David P. y HOLLAND, Heidi L., *Eyewitness memory enhancement in the police interview*, cit., p. 401. En el mismo sentido: KÖHNKEN, GÜNTER, MILNE, REBECCA, MEMON, Amina y BULL, Ray, *The cognitive interview: a meta-analysis*, en *Psychology, crime & law*, N° 5, 1999, p. 3. De hecho, para proveer mayor validez a las herramientas empleadas y a los resultados obtenidos, la efectividad de la entrevista también se ha analizado en sujetos no estudiantes, quienes podrían tener menos práctica en el uso de estrategias de búsqueda de recuerdos, constatándose una vez más un incremento en la calidad de sus memorias, GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., MacKINNON, David P. y HOLLAND, Heidi L., *Enhancement of eyewitness memory with the cognitive interview*, cit., p. 385.

<sup>667</sup> HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *The cognitive interview and lie detection*, cit., p. 66.

<sup>668</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 52.

<sup>669</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 143.

empeoraría el recuerdo<sup>670</sup>. Considerando algunas de estas situaciones, se ideó una versión *mejorada* de la entrevista cognitiva, a la que destinamos el apartado siguiente.

### **C) La entrevista cognitiva mejorada**

A partir de sus trabajos de 1987, FISHER y GEISELMAN publicaron una versión mejorada de la entrevista cognitiva, en la que, manteniendo las cuatro técnicas básicas de recuerdo, agregaron una serie de elementos destinados a favorecer la construcción de la relación y comunicación efectiva con el testigo. Se incorporan principios adicionales a fin de que la entrevista cognitiva se adaptara mejor a las operaciones mentales de los declarantes y se les facilitara el empleo de la recuperación de recuerdos focalizados<sup>671</sup>. Con ello, la principal característica de este nuevo procedimiento, es que la entrevista debe estar centrada en el testigo.

En este sentido, se indicó que previo a la declaración del sujeto se debe poner atención en crear una atmósfera propicia para conseguir su total cooperación, y de esta manera, lograr rescatar la mayor cantidad de información. Así, se debe comenzar por realizar la presentación del entrevistador y por personalizar el acto, tratando por su nombre al declarante, a fin de tranquilizarlo y colocarlo en la disposición de contar todo lo que sabe acerca de los hechos. Para ello se le debe tratar cordialmente, procurar que se sienta cómodo y confiado, explicarle el propósito de su entrevista y las razones de por qué su declaración es importante. Por último, en esta fase inicial, se le debe pedir al testigo que cuente hasta los detalles más mínimos, explicándole que él es quien tiene la palabra.

Luego se solicitará un relato libre de los hechos, momento en que se le debe transferir el control del acto al testigo, permitiéndole regular el flujo de información, contando los hechos con sus propias palabras, con la velocidad y en el orden que prefiera. El entrevistador debe facilitar todo este proceso mediante el uso de preguntas abiertas. Al mismo tiempo, es necesario escuchar activamente lo que el declarante tiene que decir, absteniéndose de interrumpirlo, limitarlo temporalmente o de presionarlo de cualquier forma, respetando sus silencios, a la vez que se le premie verbalmente por el esfuerzo que ha realizado al recordar los hechos.

---

<sup>670</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit, p. 57.

<sup>671</sup> FISHER, R. P., GEISELMAN, R. E., RAYMOND, D. S., JURKEVICH, L. M. y WARHHAFTIG, M. L., *Enhancing enhanced eyewitness memory: refining the cognitive interview*, en *Journal of police science and administration*, Vol. 15, N° 4, 1987, p. 285.

Terminado el relato libre, se lleva a cabo el empleo de las cuatro herramientas de recuerdo, luego de lo cual el interrogador preguntará sobre los detalles que no hayan quedado claros. Para ello, atendiendo a los propios dichos del testigo, se emplearán técnicas de recuerdo focalizado, para lo que se le solicita que se concentre en imágenes mentales de ciertas partes del evento y emplee esas imágenes para guiar el recuerdo, de modo que uno de los papeles del entrevistador será ayudar al testigo a focalizar la concentración. Además, es necesario poner atención en plantear un interrogatorio compatible con la forma en que el testigo codificó la información, adaptado a sus condiciones particulares, así como alentarle a realizar tantos intentos de recuerdo como le sea posible, pues se parte de la base de que existe una relación directa entre el número de intentos y la cantidad de información recordada.

Hecho lo anterior, el entrevistador debe realizar una recopilación o resumen final de todo lo que ha sido informado por el declarante, preguntándole si ha entendido correctamente lo que él ha querido expresar y si su declaración ha sido recogida de manera exacta. Acá se presenta otra oportunidad para precisar o recordar detalles complementarios. Para finalizar, se debe cerrar la entrevista relajando al testigo y agradeciéndole su cooperación, indicándole que si en cualquier momento recuerda algo más no dude en contactarse<sup>672</sup>.

Por último, hay que mencionar que desde 2003 se ha presentado una nueva variante, la entrevista cognitiva *modificada*, que se ha utilizado para permitir el empleo de este método en niños de 4 a 9 años, objetivo con el que, manteniendo el establecimiento de la relación con el declarante y la transferencia de control, se ha removido la técnica del cambio de perspectiva. Por otro lado, algunos investigadores han modificado la entrevista, esta vez eliminando las técnicas de cambio de orden y de perspectiva, reemplazándolas con una nueva exposición del hecho en orden cronológico<sup>673</sup>.

---

<sup>672</sup> GEISELMAN, R. Edward y FISHER, Ronald P., *La técnica de entrevista cognitiva para víctimas y testigos de crímenes*, cit., p. 182. También ver: ARCE, Ramón y FARIÑA, Francisca, *Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación*, cit., p. 62; GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, cit., p. 399; IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 229; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 142; MEMON, Amina, MEISSNER, Christian A. y FRASER, Joanne, *The cognitive interview*, cit., p. 342.

<sup>673</sup> MEMON, Amina, MEISSNER, Christian A. y FRASER, Joanne, *The cognitive interview*, cit., p. 343.

## D) Regulación procesal civil de la declaración de personas

Habiéndose analizado los trabajos que la psicología del testimonio ha dedicado al estudio de la toma de declaraciones, es preciso centrarnos ahora en cómo los ordenamientos jurídicos han reglamentado las deposiciones que las partes y los testigos deben llevar a cabo en los distintos procesos civiles. Desde ya valga señalar que en términos generales las distintas regulaciones positivas atienden solo a algunas de las recomendaciones que se han propuesto desde la ciencia psicológica para obtener declaraciones más completas y de mejor calidad, de modo que existe una clara disparidad entre aquello que plantean los expertos en materia de testimonio y lo que efectivamente tiene lugar en la sustanciación de estas pruebas ante la judicatura civil, situación que urgentemente debe revertirse si queremos dotar al juez de las herramientas óptimas para conseguir una decisión ajustada a la efectiva ocurrencia de los hechos.

### a) Declaración de las partes

La declaración de parte ha adoptado varias modalidades dentro de los procesos civiles, dependiendo principalmente de si el legislador tiene una perspectiva más o menos formalizada del acto de la deposición, como asimismo, de cuál es el valor probatorio que se le asigna a las respuestas que se consiguen por medio de su utilización. Mientras en Alemania<sup>674</sup> y Colombia<sup>675</sup> se refieren actualmente a este medio probatorio como “declaración de parte”, en España<sup>676</sup> se le da la denominación de “interrogatorio de las partes”, legislaciones que coinciden al contener una visión menos formalizada de la diligencia probatoria, con preguntas que son formuladas oralmente y en el acto mismo de la deposición -sea por el juez o directamente por las partes- y en donde el resultado de la diligencia va a ser valorado conforme a la libre apreciación del

---

<sup>674</sup> ZPO, Buch 2, Abschnitt 1, Titel 10 Beweis durch Parteivernehmung § 445 **Vernehmung des Gegners; Beweisantritt** (1) *Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen.*

<sup>675</sup> Código General del Proceso, Libro segundo, Sección tercera, Título único, Capítulo III Declaración de parte y confesión, artículos 191 y ss. Tal como se aprecia de la denominación del Capítulo, en la legislación colombiana la declaración de parte convive con la regulación de la confesión en juicio, lo que podría llevar a pensar que este sistema procesal se mantiene anclado al antiguo régimen. Sin embargo, la confesión judicial colombiana tiene la particularidad de que es valorada de acuerdo con las normas de la sana crítica, pues el art. 197 señala que “Toda confesión admite prueba en contrario”.

<sup>676</sup> LEC **Artículo 301 Concepto y sujetos del interrogatorio de las partes 1.** *Cada parte podrá solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio.*

tribunal. Por su parte, en Francia<sup>677</sup>, Italia<sup>678</sup>, México<sup>679</sup>, Argentina<sup>680</sup> y Chile<sup>681</sup> siguen refiriéndose a ella de acuerdo a la antigua usanza, como la prueba de “confesión”, denominación que viene aparejada de un acto en el que usualmente las preguntas adoptan la forma de posiciones que el litigante llamado a declarar debe absolver, respondiendo en forma categórica cada una de ellas, siempre bajo la “amenaza” de que se le otorgará pleno valor de convicción a los hechos que reconozca y que vayan en perjuicio de sus pretensiones o en beneficio de los de su contraparte.

Ahora bien, dejando de lado por un momento la reglamentación actual de la declaración de partes, es importante destacar que ella fue regulada por el derecho medieval mediante dos instituciones jurídicas, el juramento y la confesión<sup>682</sup>, las que con el paso de los años fueron mezcladas y confundidas por el legislador procesal español decimonónico, mixtura a la que solo se le ha puesto punto final recientemente, con la entrada en vigor de la LEC de 2000.

Por un lado, las Partidas regulaban el *juramento*, diligencia que no constituía un medio de prueba, sino más bien un instrumento decisorio del pleito que excluía la presentación de las evidencias (jura de juicio), por lo que no procedía en todos los casos y trataba de ser evitado si existían pruebas sobre los hechos<sup>683</sup>. Esto se debía a que el

---

<sup>677</sup> Code Civil **Article 1354** *L'aveu qui est opposé à une partie est ou extrajudiciaire ou judiciaire.*

<sup>678</sup> Codice Civile **Art. 2730 Nozione** *La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte. / La confessione è giudiziale o stragiudiziale.*

<sup>679</sup> Código Federal de Procedimientos Civiles **Artículo 95** *La confesión puede ser expresa o tácita: expresa, la que se hace clara y distintamente, ya al formular o contestar la demanda, ya absolviendo posiciones, o en cualquier otro acto del proceso; tácita, la que se presume en los casos señalados por la ley.*

<sup>680</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Libro Segundo, Título II, Capítulo V, Sección 4° - Prueba de confesión, arts. 404 y ss. La legislación argentina prevé la posibilidad de una confesión ficta (art. 417) o expresa (art. 423).

<sup>681</sup> Código de Procedimiento Civil, Libro segundo, Título XI, 4. De la confesión en juicio, arts. 385 y ss.

<sup>682</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre la confesión judicial*, en Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, Vol. I, Madrid, 1950, pp. 195 y ss. En el mismo sentido: SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 150. La Partida Tercera establecía una regulación independiente para ambas instituciones. Así, el juramento se definía como el “averiguamiento que se hace nombrando á Dios ó á alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma que es así ó lo niega: et podemos aun decir en otra manera que jura es afirmamiento de la verdat (Título XI, Ley I)”. Por otro lado, se regulaban las “conoscencias” que constituían la verdadera confesión de parte. Se definían como la “respuesta de otorgamiento que hace la una parte á la otra en juicio” (Título XIII, Ley I), RODRÍGUEZ ESPEJO, José, *La confesión judicial bajo juramento decisorio y su eficacia en la legislación española*, en Revista iberoamericana de derecho procesal, N° 3, 1959, p. 451.

<sup>683</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 58. En cualquier caso, debemos destacar que aún es posible encontrar esta figura jurídica en las legislaciones contemporáneas, tal como ocurre en Italia y Francia, ordenamientos en los que el juramento decisorio sigue estando previsto como un instrumento del que depende la decisión total o parcial de la causa: Codice Civile **Art. 2736** *Il giuramento è di due specie: 1) è decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa;* y Code Civil **Article 1357** *Le serment judiciaire est de deux espèces : 1°*

juez quedaba vinculado por el contenido de lo manifestado por la parte que juraba en juicio, debiendo fallar en consecuencia y sin que se hiciera ninguna distinción en cuanto a si lo señalado era beneficioso o perjudicial para quien lo exponía<sup>684</sup>. La fuerza vinculante de esta declaración tenía una clara raíz religiosa, pues el acto del juramento implicaba la intervención de Dios en la manifestación, siendo este, por tanto, testigo de su veracidad<sup>685</sup>, mismo principio que se aplicaba en el caso de las ordalías.

Por su parte, la *confesión (conoscencia)* consistía en un medio de prueba por el que una de las partes contestaba las preguntas que se le formulaban en el juicio, otorgando o negando llanamente aquello sobre lo que era examinada. Se disponía que si la confesión era realizada “estando su contendor delante” (Ley II), las respuestas obtenidas podían ser empleadas para decidir la contienda, contestaciones que podían tener valor de plena prueba en contra de quien la hacía<sup>686</sup> -y en beneficio de su contraparte- cuando, entre otras condiciones, era realizada por persona capaz, sin coacción, contra sí, sin incurrir en error ni ir contra natura o las leyes. Se ha sostenido que el fundamento de esta institución era el principio de que nadie declara mendazmente en su perjuicio, de modo que cuando alguna de las partes señalaba algo que iba en detrimento de sus pretensiones judiciales, no podía sino deberse a que estaba manifestando la verdad acerca de los acontecimientos<sup>687</sup>. Empero, aunque suele sostenerse que bastaba con que el declarante confesara hechos que lo perjudicaran para que a esto se le otorgara valor de plena prueba, NIEVA ha remarcado que las propias Partidas establecían situaciones en que la confesión no debía valer, lo que ocurría v. gr. cuando era hecha por apremio o por error, como asimismo cuando lo declarado no era cierto o era contra natura, de manera que no se establecía un valor legal a este medio de prueba<sup>688</sup>.

---

*Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé "décisoire".*

<sup>684</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan, *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, Juan, Gómez Colomer, Juan Luís, Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía), Vol. II, Valencia, 2013, p. 252.

<sup>685</sup> MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, cit., p. 367. En el mismo sentido, BONET NAVARRO, Ángel, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979, p. 105.

<sup>686</sup> JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Cizur Menor, 2007, pp. 22 y ss. También: MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, cit., p. 370; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 244.

<sup>687</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *De la confesión*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981, p. 221.

<sup>688</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 59.



Se puede constatar que la mezcla de ambas instituciones se produjo en la LEC de 1855<sup>689</sup>, que en su artículo 294 señalaba que la declaración de parte podía realizarse bajo juramento decisorio o indecisorio. En el primer caso, produciría prueba plena, no obstante cualquiera otra; y en el segundo, solo perjudicaría al declarante, de modo que claramente se le otorgó un valor probatorio privilegiado a la confesión obtenida bajo juramento. El mismo tenor siguió el artículo 580 de la LEC de 1881, aunque ahora refiriéndose expresamente a la *confesión en juicio* y al *confesante*. Esta prueba consistía en el testimonio prestado por una parte, o extraordinariamente por un tercero, a instancia de la otra y ante el juez de la causa, bajo juramento de decir verdad, acto en el que contestaba las preguntas que le formulaba la contraria a través de un pliego de posiciones, con la finalidad de obtener certeza de unos hechos personales y perjudiciales para el declarante<sup>690</sup>. Por tanto, si la declaración era favorable para el confesante, no tenía ningún valor probatorio<sup>691</sup>. En vista de esto, se sostenía que la confesión era la más eficaz de todas las pruebas, la *regina probatorum*, al constituir “*el medio menos sospechoso de obtener la verdad*”<sup>692</sup>.

Todavía es posible verificar esta posición sobresaliente de la confesión en varias legislaciones vigentes, al disponerse que no se admitirá pruebas de ninguna clase con el objetivo de obtener su revocación, salvo que el litigante ofrezca acreditar que se ha incurrido en un caso de error de hecho, fuerza o dolo<sup>693</sup>. Empero, junto a ello, otros ordenamientos han dado un giro y comenzado a medir la fuerza de este medio de

---

<sup>689</sup> Aunque, como expone SEOANE, la confusión se origina a partir de la Novísima Recopilación, que exigió el juramento en la confesión, SEOANE SPIELGEBERG, José Luís, *El nuevo régimen jurídico del interrogatorio de parte*, en AA. VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008, p. 16.

<sup>690</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., p. 136. También ver: BONET NAVARRO, Ángel, *La prueba de confesión en juicio*, cit., p. 34; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Declaración de parte y prueba de confesión*, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, 1966, N° 4, p. 76; PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 427; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La prueba de confesión y el interrogatorio del acusado, una visión psicológica*, Barcelona, 1989, p. 39; SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 145.

<sup>691</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 225.

<sup>692</sup> DE VICENTE y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1856, p. 179.

<sup>693</sup> En este sentido, a modo de ejemplo: Code Civil **Article 1356** *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. / Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. / Il ne peut être divisé contre lui. / Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit*; Codice Civile **Art. 2732** **Revoca della confessione** *La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza*; y CPC chileno **Art. 402** *No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio. / Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia.*

convicción con la misma vara que el resto de las evidencias (con la excepción de los documentos públicos, que mantienen una posición de privilegio), tal como ocurre actualmente en España, atendiendo tanto a lo que beneficia como a lo que perjudica al declarante, pues en definitiva la labor de apreciación del contenido de las declaraciones se confía al juez de la causa.

Sea como fuere, salvando las diferencias que existen entre los distintos ordenamientos procesales, podemos ensayar a modo de concepto, que este medio probatorio consiste en la declaración judicial prestada por una de las partes, o ciertos terceros, a iniciativa de la contraria, de un colitigante o del tribunal, con o sin juramento previo, en la que debe dar cuenta de hechos y circunstancias que conoce y que tienen relación con el objeto del juicio, con el fin de establecer su veracidad o falsedad, declaración que será valorada de forma legal o tasada, o bien de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según se disponga<sup>694</sup>.

Así las cosas, el primero en ser llamado como sujeto pasivo a esta diligencia será la persona física de los litigantes directos, aunque también se ha previsto que en lugar o representación de ellos declaren mandatarios y apoderados<sup>695</sup> o incluso ciertos terceros con quienes no posean una relación jurídica previa, pero que tengan un conocimiento personal de los hechos sobre los que la parte es llamada a declarar<sup>696</sup>. A su turno, y si se

---

<sup>694</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan, *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 252. En el mismo sentido: ABEL LLUCH, Xavier, *Del pliego de posiciones al interrogatorio oral*, en AA. VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008, p. 30; CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 223; FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA. VV., Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau (coordinadores), Tomo II, Barcelona, 2000, p. 1410; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 411; MARTÍN PASTOR, José, *Derecho procesal civil*, AA. VV., Manuel Ortells Ramos (dirección y coordinación), Cizur Menor, 2012, p. 393.

<sup>695</sup> CPCCN **Quienes pueden ser citados Art. 405** *Podrán, asimismo, ser citados a absolver posiciones:* 1) *Los representantes de los incapaces por los hechos en que hayan intervenido, personalmente en ese carácter.* / 2) *Los apoderados, por hechos realizados en nombre de sus mandantes, estando vigente el mandato; y por hechos anteriores cuando estuvieren sus representados fuera del lugar en que se sigue el juicio, siempre que el apoderado tuviese facultades para ello y la parte contraria lo consienta;* CGP uruguayo **151. Formas 151.3** *Podrá interrogarse o citarse a absolver posiciones a los apoderados, por los hechos realizados por éstos en nombre de sus mandantes;* CGP colombiano **Artículo 193. Confesión por apoderado judicial** *La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita;* y CFPC **Artículo 97** *Pueden articularse posiciones al mandatario, siempre que tenga poder bastante para absolverlas, o se refieran a hechos ejecutados por él, en el ejercicio del mandato.*

<sup>696</sup> LEC **Artículo 308 Declaración sobre hechos no personales del interrogado** *Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante éste habrá de responder según sus conocimientos, dando razón del origen de éstos, pero podrá proponer que conteste también a la pregunta un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración.*

presenta la situación de que intervengan como partes litigantes en un proceso civil, se prevé la deposición de personas jurídicas de derecho privado -por intermedio de las personas naturales que según la ley o su reglamentación interna tienen competencia para representarla<sup>697</sup>- así como de las entidades de derecho público. Estas últimas normalmente declararán por escrito y mediante oficio, el que deberá hacerse llegar al tribunal dentro del plazo que éste señale<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> CPCCN **Quienes pueden ser citados Art. 405** Podrán, asimismo, ser citados absolver posiciones: 3) Los representantes legales de las personas jurídicas, sociedades o entidades colectivas, que tuvieren facultad para obligarlas; CGP uruguayo **151. Formas 151.4** La persona jurídica citada, deberá designar a la persona física que la integra que habrá de comparecer al acto de interrogatorio o de absolución por su conocimiento de los hechos controvertidos; sin perjuicio de ello, el tribunal podrá disponer o la parte contraria solicitar, el interrogatorio en calidad de testigo de cualquier otra persona que tenga la condición de representante estatutario o legal de la persona jurídica o integrante de su dirección; CGP colombiano **Artículo 194. Confesión por representante** El representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones. / La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación. En cualquier caso, es menester hacer presente que la LEC también ha previsto la posibilidad de que ciertos terceros sean llamados a declarar a iniciativa del representante de la persona jurídica, cuando se le interroge acerca de hechos no personales (art. 309).

<sup>698</sup> CPCCN **Declaración por oficio Art. 407** Cuando litigare la Nación, una (1) provincia, una (1) municipalidad o una (1) repartición nacional, provincial o municipal, o sus entes autárquicos sujetos a un régimen general o especial, u otros organismos descentralizados del Estado Nacional, provincial o municipal, o empresas o sociedades del Estado o sociedades con participación estatal mayoritaria Nacional, Provincial o municipal, entes interestadales de carácter nacional o internacional así como entidades bancarias oficiales nacionales o internacionales, así como entidades bancarias oficiales nacionales, provinciales o municipales, la declaración deberá requerirse por oficio al funcionario facultado por ley para, la representación bajo apercibimiento de tener por cierta la versión de los hechos contenida en el pliego, si no es contestado dentro del plazo que el tribunal fije o no lo fuere en forma clara y categórica, afirmando o negando; CGP colombiano **Artículo 195. Declaraciones de los representantes de personas jurídicas de derecho público** No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas. / Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smlmv); LEC **Artículo 315 Interrogatorio en casos especiales 1.** Cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y otro organismo público, y el tribunal admita su declaración, se les remitirá, sin esperar al juicio o a la vista, una lista con las preguntas que, presentadas por la parte proponente en el momento en que se admita la prueba, el tribunal declare pertinentes, para que sean respondidas por escrito y entregada la respuesta al tribunal antes de la fecha señalada para aquellos actos; y CFPC **Artículo 127** Las autoridades, las corporaciones oficiales y los establecimientos que formen parte de la administración pública, absolverán posiciones por medio de oficio, en que se insertarán las preguntas que quiera hacerles la contraparte, para que, por vía de informe, sean contestadas dentro del término que señale el tribunal. En el oficio se apercibirá a la parte absolvente de tenerla por confesa si no contestare dentro del término que se le haya fijado, o si no lo hiciera categóricamente, afirmando o negando los hechos.

## 1) Proposición y deberes del declarante

La iniciativa para la realización de este medio de prueba recae en principio en las partes del proceso, quienes no podrán proponer el propio testimonio<sup>699</sup>, a pesar de que, como se ha señalado<sup>700</sup>, sean ellas las que están mejor informadas sobre los hechos litigiosos. Así, deberán solicitar al tribunal la declaración de otro de los litigantes en sus escritos de postulación (tal como ocurre en el caso de Argentina<sup>701</sup>, Italia<sup>702</sup> y Uruguay<sup>703</sup>), oralmente en la audiencia preliminar (España<sup>704</sup>) o por escrito en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio (Chile<sup>705</sup>). Sin embargo, algunas legislaciones también han previsto entregarle al tribunal iniciativa de oficio en esta materia, pudiendo ordenar la comparecencia personal de una o ambas partes para interrogarlas sobre los hechos de la causa, lo que tiene lugar en Alemania<sup>706</sup>, Colombia<sup>707</sup>, Francia<sup>708</sup> y México<sup>709</sup>.

---

<sup>699</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 443.

<sup>700</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María y LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, *Tratado de derecho procesal civil: parte general*, San Sebastián, 2002, p. 337. En el mismo sentido: ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 271.

<sup>701</sup> **Agregación de la prueba documental y ofrecimiento de la confesional Art. 333** *Con la demanda, reconvenición y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas de que las partes intentaren valerse.*

<sup>702</sup> **Art. 163. Contenuto della citazione 5)** *l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione.*

<sup>703</sup> **118. De la prueba en la demanda 118.2** *También deberá indicar el actor el nombre y domicilio de los testigos de que habrá de servirse, así como los demás medios de prueba de que habrá de valerse y solicitar su diligenciamiento.* De la misma forma: **131. De la prueba en la contestación** *El demandado, al contestar, deberá aportar la prueba, conforme con lo dispuesto por el artículo 118.*

<sup>704</sup> **Artículo 429 Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio 1.** *Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. Sin perjuicio de ello, la legislación española dispone que excepcionalmente será posible solicitar la práctica de esta prueba de forma anticipada a la iniciación del proceso, cuando exista temor fundado de que no podrá llevarse a cabo en el momento procesal ordinario (art. 293), o bien, pedirlo con posterioridad a los actos de alegación, en caso de que se susciten hechos nuevos o de nueva noticia que resulten relevantes para la decisión del pleito (art. 286).*

<sup>705</sup> **Art. 385 inc. 2º** *Esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Este derecho sólo lo podrán ejercer las partes hasta por dos veces en primera instancia y una vez en segunda; pero, si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más.*

<sup>706</sup> **§ 448 Vernehmung von Amts wegen** *Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen.*

<sup>707</sup> **Artículo 198. Interrogatorio de las partes** *El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.*

<sup>708</sup> Code de Procédure Civile **Article 184** *Le juge peut, en toute matière, faire comparaître personnellement les parties ou l'une d'elles.*

<sup>709</sup> **Artículo 79** *Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los*

Admitida o dispuesta por el juez la realización de esta diligencia probatoria, para el declarante surgen dos obligaciones comunes a todos los ordenamientos analizados: a) comparecer ante el tribunal el día y hora que se haya fijado para su deposición y b) contestar cada una de las preguntas que se formulen, de forma precisa y concreta. A ellas se les agrega, en Argentina<sup>710</sup>, Colombia<sup>711</sup>, Chile<sup>712</sup> y México<sup>713</sup>, el deber de prestar juramento de decir de verdad, lo que también puede tener lugar en Alemania cuando sea necesario para que el tribunal se convenza de la veracidad o falsedad de los hechos a ser probados<sup>714</sup>. El incumplimiento injustificado de estos deberes viene aparejado de consecuencias que tienen que ver con la configuración de una confesión o admisión ficta, en virtud de la cual el tribunal deberá o podrá -según la legislación particular- tener por acreditados los hechos sobre los que ha debido versar la declaración, tal como se analizará en el apartado relativo a la valoración de este medio de prueba. Sin embargo, excepcionalmente en algunos ordenamientos este incumplimiento también irá acompañado de la imposición de una multa<sup>715</sup>, o incluso, del arresto del litigante “rebelde”<sup>716</sup>.

En cualquier caso, siempre se prevén situaciones de excepción para los deberes antedichos. Por ejemplo, si la parte no puede concurrir a la citación por alguna imposibilidad temporal o transitoria debido a un motivo de fuerza mayor u otra causa análoga, en España se establece la posibilidad de solicitar el señalamiento de nueva

---

*hechos controvertidos. / Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.*

<sup>710</sup> **Oportunidad Art. 404** *Las posiciones se formularán bajo juramento o promesa de decir verdad y deberán versar sobre aspectos concernientes a la cuestión que se ventila.*

<sup>711</sup> **Artículo 203. Práctica del interrogatorio** *Antes de iniciarse el interrogatorio se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad.*

<sup>712</sup> **Art. 390** *Antes de interrogar al litigante, se le tomará juramento de decir verdad en conformidad al artículo 363.*

<sup>713</sup> **Artículo 108** *Hecha, por el absolvente, la protesta de decir verdad, el tribunal procederá al interrogatorio.*

<sup>714</sup> **§ 452 Beeidigung der Partei (1)** *Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe.*

<sup>715</sup> **LEC Artículo 304 Incomparecencia y admisión tácita de los hechos** *Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley. Dicha multa puede ir desde los 180 a los 600 euros.*

<sup>716</sup> **CPC chileno Art. 394 inc. 2º** *Si no están categóricamente afirmados los hechos, podrán los tribunales imponer al litigante rebelde una multa que no baje de medio sueldo vital ni exceda de un sueldo vital, o arrestos hasta por treinta días sin perjuicio de exigirle la declaración. Si la otra parte lo solicita, podrá también suspenderse el pronunciamiento de la sentencia hasta que la confesión se preste.*

vista o la suspensión de la misma<sup>717</sup>. Del mismo modo, las legislaciones disponen que en caso de enfermedad u otra circunstancia especial por la que el declarante no pueda acudir al tribunal, el juez deberá trasladarse a su domicilio o al lugar en que se encuentre, procediendo en dicho sitio a tomarle declaración, con o sin la presencia de los demás intervinientes en el proceso (interrogatorio domiciliario)<sup>718</sup>. En esta misma perspectiva, se establece que ciertas personas están exentas del deber de comparecer ante el tribunal, dado el cargo o la función que desempeñan, tal como se dispone en Alemania<sup>719</sup>, Colombia<sup>720</sup> y Chile<sup>721</sup>. Por otro lado, se permite que la parte pueda

---

<sup>717</sup> LEC **Artículo 183 Solicitud de nuevo señalamiento de vista** 1. Si a cualquiera de los que hubieren de acudir a una vista le resultare imposible asistir a ella en el día señalado, por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, lo manifestará de inmediato al Tribunal, acreditando cumplidamente la causa o motivo y solicitando señalamiento de nueva vista o resolución que atienda a la situación; y **Artículo 188 Suspensión de las vistas** 1. La celebración de las vistas en el día señalado sólo podrá suspenderse, en los siguientes supuestos: 4.º Por imposibilidad absoluta de cualquiera de las partes citadas para ser interrogadas en el juicio o vista, siempre que tal imposibilidad, justificada suficientemente a juicio del Secretario judicial, se hubiese producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183.

<sup>718</sup> CPCCN **Enfermedad del declarante Art. 418** En caso de enfermedad del que deba declarar, el juez o UNO(1) de los miembros de la Corte o de las cámaras, comisionado al efecto, se trasladará al domicilio o lugar en que se encontrare el absolvente, donde se llevará a cabo la absolución de posiciones en presencia de la otra parte, si asistiere, o del apoderado, según aconsejen las circunstancias; CFPC **Artículo 117** En caso de enfermedad debidamente comprobada del que deba declarar, el tribunal se trasladará al domicilio de aquél o al lugar en que esté recluso, donde se efectuará la diligencia, en presencia de la otra parte, si asistiere; CPC francés **Article 196** Si l'une des parties est dans l'impossibilité de se présenter, le juge qui a ordonné la comparution ou le juge commis par la formation de jugement à laquelle il appartient peut se transporter auprès d'elle après avoir, le cas échéant, convoqué la partie adverse; y LEC **Artículo 311 Interrogatorio domiciliario** 1. En el caso de que por enfermedad que lo impida o por otras circunstancias especiales de la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera ésta comparecer en la sede del tribunal, a instancia de parte o de oficio, la declaración se podrá prestar en el domicilio o residencia del declarante ante el Juez o el miembro del tribunal que corresponda, en presencia del Secretario Judicial. Se ha indicado que esta situación también podría darse respecto del interrogado que se encuentre privado de libertad, AZA DE BARAZÓN, Álvaro, *El juicio sobre la admisión del interrogatorio de las partes*, en AA. VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008, p. 75. En este mismo sentido, ABEL LLUCH señala que el término "domiciliario" debe ser objeto de una interpretación amplia, de modo que el interrogatorio "también podrá practicarse fuera del domicilio, como puede ser un centro sanitario en el que la parte interrogada se halla ingresada con carácter más o menos permanente, si las condiciones de salud del sujeto interrogado lo hacen posible", ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de las partes*, en AA. VV., *El interrogatorio de partes*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2007, p. 49. A ello se suma GARBERÍ quien sostiene que el interrogatorio domiciliario puede darse por la práctica imposibilidad de que el declarante abandone su domicilio al tener a un menor o a un enfermo bajo su estricto y personalísimo cuidado, GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los procesos civiles: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia* (con José María Torres Fernández de Sevilla y Luís Casero Linares), José Garberí Llobregat (director), Barcelona, 2010, p. 1274. No obstante, JIMÉNEZ señala que con carácter excepcional el interrogatorio puede practicarse en el domicilio o residencia de la parte, aunque sea temporal, por ejemplo, en el hospital en que se halle internada, JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, cit., p. 146.

<sup>719</sup> § 375 **Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter** (2) Der Bundespräsident ist in seiner Wohnung zu vernehmen; y § 451 **Ausführung der Vernehmung** Für die Vernehmung einer Partei gelten die Vorschriften der §§ 375, 376, 395 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und der §§ 396, 397, 398 entsprechend.

<sup>720</sup> **Artículo 199. Decreto del interrogatorio** Parágrafo. Cuando en un proceso sea parte quien ostente la condición de Presidente de la República o de Vicepresidente, la prueba se practicará en su despacho.

comparecer ante un tribunal diferente debido a la distancia, a dificultades de desplazamiento u otras causas análogas, situación en la que el juez que tramita el proceso podrá disponer que preste declaración ante el tribunal de su domicilio (auxilio judicial)<sup>722</sup>. Si bien dicha delegación de funciones también se contempla en Alemania<sup>723</sup> y Colombia<sup>724</sup>, ella solo procederá de manera excepcional en estos ordenamientos procesales, pues en principio siempre se intentará llevar adelante la práctica de la prueba

---

<sup>721</sup> **Art. 389** *Están exentos de comparecer ante el tribunal a prestar la declaración de que tratan los artículos precedentes: 1º. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Intendentes dentro de la región en que ejercen sus funciones; los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos tribunales, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales, el Arzobispo, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y los Vicarios y Provicarios Capitulares; 2º. Los que por enfermedad o por cualquier otro impedimento calificado por el tribunal se hallen en imposibilidad de comparecer a la audiencia en que hayan de prestar la declaración; y 3º. Las mujeres, en caso que el tribunal estime prudente eximir las de esta asistencia. / Cuando haya de prestar esta declaración alguna de las personas exceptuadas en los números precedentes, el juez se trasladará a casa de ella con el objeto de recibir la declaración o comisionará para este fin al secretario.*

<sup>722</sup> CGP uruguayo **152. Interrogatorio y absolución fuera del lugar del proceso** *Cuando se tratara de parte que se domicilie en el extranjero o a más de cien kilómetros de la sede del tribunal, el interrogatorio o la absolución podrán efectuarse por medio del tribunal comisionado; CPC italiano Art. 203. Assunzione fuori della circoscrizione del tribunale* *Se i mezzi di prova debbono assumersi fuori della circoscrizione del tribunale, il giudice istruttore delega a procedervi il giudice istruttore del luogo, salvo che le parti richiedano concordemente e il presidente del tribunale consente che vi si trasferisca il giudice stesso; CPC chileno Art. 388 inc. 3º* *Si el litigante se encuentra fuera del territorio del tribunal que conoce de la causa, será tomada su declaración por el tribunal competente, quien procederá en conformidad a los dos incisos anteriores; LEC Artículo 313 Interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial* *Cuando la parte que hubiese de responder a interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, y exista alguna de las circunstancias a que se refiere el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 169, aquélla podrá ser examinada por vía de auxilio judicial; CPC francés Article 157* *Lorsque l'éloignement des parties ou des personnes qui doivent apporter leur concours à la mesure, ou l'éloignement des lieux, rend le déplacement trop difficile ou trop onéreux, le juge peut charger une autre juridiction de degré égal ou inférieur de procéder à tout ou partie des opérations ordonnées.*

<sup>723</sup> **§ 128a Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung** (2) *Das Gericht kann auf Antrag gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen; § 375 Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter* (1) *Die Aufnahme des Zeugenbeweises darf einem Mitglied des Prozessgerichts oder einem anderen Gericht nur übertragen werden, wenn von vornherein anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag, und [...] 2. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozessgericht zu erscheinen und eine Zeugenvernehmung nach § 128a Abs. 2 nicht stattfindet; 3. wenn dem Zeugen das Erscheinen vor dem Prozessgericht wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann und eine Zeugenvernehmung nach § 128a Abs. 2 nicht stattfindet; y § 451 Ausführung der Vernehmung* *Für die Vernehmung einer Partei gelten die Vorschriften der §§ 375, 376, 395 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und der §§ 396, 397, 398 entsprechend.*

<sup>724</sup> **Artículo 171. Juez que debe practicar las pruebas** *El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción. / Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo.*

recurriendo a medios de transmisión de imagen y sonido para comunicar el lugar en el que se desarrolla la audiencia con aquel en que se encuentra el deponente.

Por su parte, el deber de contestar las preguntas encuentra su excepción en la obligación de guardar secreto, la que puede amparar a los hechos sobre los que la parte es consultada, viéndose, por tanto, impedida de pronunciarse respecto a ellos. Así, en Alemania<sup>725</sup> y España<sup>726</sup>, el deber de secreto se ubica por sobre el de deponer en juicio.

## 2) Práctica

Si la parte acude al llamamiento judicial y se muestra dispuesta a declarar, la diligencia se iniciará, en los ordenamientos ya indicados, con la prestación del juramento o promesa de decir verdad. Luego de ello, se dará comienzo a la declaración propiamente tal, la que debería principiar -según los postulados de la psicología del testimonio- solicitando al declarante que se resitúe mentalmente en el contexto externo e interno en que sucedieron los hechos<sup>727</sup>, animándolo para que exponga todo lo que sabe acerca de ellos, incluso lo que recuerde de modo incompleto o inseguro<sup>728</sup>, mediante una narración libre que siga el orden que él desee (cronológico o dando saltos temporales), confiriéndole un período de tiempo adecuado y suficiente para que rescate sus recuerdos, sin presiones de ningún tipo y permitiéndole el empleo del léxico que más le acomode. Por ello, la actuación del resto de los intervinientes del proceso,

---

<sup>725</sup> § 376 Vernehmung bei Amtsverschwiegenheit (1) Für die Vernehmung von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, und für die Genehmigung zur Aussage gelten die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften. (2) Für die Mitglieder des Bundestages, eines Landtages, der Bundes- oder einer Landesregierung sowie für die Angestellten einer Fraktion des Bundestages oder eines Landtages gelten die für sie maßgebenden besonderen Vorschriften. (3) Eine Genehmigung in den Fällen der Absätze 1, 2 ist durch das Prozessgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen. (4) Der Bundespräsident kann das Zeugnis verweigern, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. (5) Diese Vorschriften gelten auch, wenn die vorgenannten Personen nicht mehr im öffentlichen Dienst oder Angestellte einer Fraktion sind oder ihre Mandate beendet sind, soweit es sich um Tatsachen handelt, die sich während ihrer Dienst-, Beschäftigungs- oder Mandatszeit ereignet haben oder ihnen während ihrer Dienst-, Beschäftigungs- oder Mandatszeit zur Kenntnis gelangt sind; y § 451 Ausführung der Vernehmung Für die Vernehmung einer Partei gelten die Vorschriften der §§ 375, 376, 395 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und der §§ 396, 397, 398 entsprechend.

<sup>726</sup> LEC Artículo 307 Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales 1. Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte.

<sup>727</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 142.

<sup>728</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 93.



incluido el tribunal, debería estar limitada a enunciar brevemente cada uno de los aspectos fácticos sobre los que se demanda la deposición, para luego escuchar atenta, pero pasivamente, los dichos de la parte, evitando transferirle cualquier tipo de información, sea por la vía verbal y/o conductual. Con esto, se consigue minimizar al máximo la contaminación del recuerdo de los hechos que almacena el litigante, y de paso, se limita también la cantidad de errores de comisión<sup>729</sup>. No obstante, las regulaciones examinadas no han previsto expresamente la posibilidad de que genere este relato libre de los hechos al inicio de la declaración, sino que se entiende que de principio a fin este tiene que ser un ejercicio de preguntas y respuestas. La única excepción la podemos encontrar en Alemania, en donde en primer lugar el declarante es inducido a contarle al tribunal cualquier hecho que sepa respecto a la materia sobre la que está siendo examinado, concluido lo cual el juez o las partes le podrán formular preguntas para asegurar la claridad o completitud de su declaración, como asimismo, para conocer la fuente del conocimiento que manifiesta tener sobre los hechos<sup>730</sup>. De esta forma, aun cuando desde la psicología del testimonio se han remarcado las bondades de la narración libre de los acontecimientos, las legislaciones han hecho caso omiso de dichos postulados.

## 1. Preguntas

Aunque la teoría psicológica indica que solo después de que se haya culminado el relato libre se deberá pasar a la interrogación del declarante mediante la formulación de preguntas -pues con ello se logrará un recuerdo más preciso y a la vez más completo<sup>731</sup>-, la mayoría de las legislaciones solo prevén el desarrollo de esta segunda etapa. Así, se ha establecido que las preguntas deberán ser formuladas oralmente por el

---

<sup>729</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 41. También: NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 234.

<sup>730</sup> § 396 **Vernehmung zur Sache** (1) *Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben.* (2) *Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen;* y § 451 **Ausführung der Vernehmung** *Für die Vernehmung einer Partei gelten die Vorschriften der §§ 375, 376, 395 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und der §§ 396, 397, 398 entsprechend.*

<sup>731</sup> Entre otros: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit, p. 47; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 52; SPORER, Siegfried L., McQUISTON-SURRETT, Dawn y IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos presenciales*, cit., p. 246.

juez o las partes en el momento mismo de la declaración<sup>732</sup>, aun cuando algunos ordenamientos mantienen vigente la presentación previa y por escrito de las preguntas, ya sea, como la única forma de plantearlas<sup>733</sup> o bien como una opción que coexiste con la formulación oral, tal como sucede en Colombia<sup>734</sup> y Uruguay<sup>735</sup>. No obstante, cuando las preguntas deban presentarse por escrito, igualmente es posible que al solicitante se le permita completar oralmente su interrogatorio, una vez que el deponente haya terminado de contestar las que están incluidas en el pliego, lo que puede tener lugar en México<sup>736</sup>.

En todo caso, cualquiera sea la forma en la que se planteen las preguntas, la mayoría de las legislaciones analizadas ha establecido una serie de requisitos para las mismas, buscando por una parte, la optimización de la diligencia -evitando que en esta se indaguen cuestiones que no tienen relación con el objeto de lo debatido- como asimismo, impedir que ellas se empleen para enturbiar las respuestas que proporcione el declarante. De esta manera, además del examen de admisibilidad que realizará el tribunal antes de que las preguntas sean contestadas por el declarante, buscando controlar que se refieran a hechos controvertidos y relevantes para el proceso, descartando las interrogaciones que puedan resultar inconducentes o superfluas, los ordenamientos han determinado que las preguntas deben cumplir con las siguientes condiciones<sup>737</sup>:

---

<sup>732</sup> Sin perjuicio de que excepcionalmente se podrá dar lugar a la presentación de interrogatorios escritos cuando se deba proceder a la declaración de personas jurídicas de derecho público, en caso del interrogatorio domiciliario o de auxilio judicial -en ambas situaciones, cuando no sea posible contar con la concurrencia del solicitante-, ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de las partes*, cit., p. 52.

<sup>733</sup> CPCCN **Reserva del pliego e incomparecencia del ponente Art. 410** *La parte que pusiese las posiciones podrá reservarlas hasta la audiencia en que deba tener lugar la declaración, limitándose a pedir la citación del absolvente. / El pliego deberá ser entregado en secretaría MEDIA (1/2) hora antes de la fijada para la audiencia, en sobre cerrado al que se le pondrá cargo; CPC chileno Art. 387. Mientras la confesión no sea prestada, se mantendrán en reserva las interrogaciones sobre que debe recaer; y CFPC Artículo 103* *No se procederá a citar, para absolver posiciones, sino después de haber sido presentado el pliego que las contenga. Si éste se presentare cerrado, deberá guardarse así en el secreto del tribunal, asentándose la razón respectiva en la cubierta, que firmará el secretario.*

<sup>734</sup> **Artículo 202. Requisitos del interrogatorio de parte** *El interrogatorio será oral. El peticionario podrá formular las preguntas por escrito en pliego abierto o cerrado que podrá acompañar al memorial en que pida la prueba, presentarlo o sustituirlo antes del día señalado para la audiencia. Si el pliego está cerrado, el juez lo abrirá al iniciarse la diligencia.*

<sup>735</sup> **150. Posiciones** 150.1 *Las partes pueden ponerse posiciones recíprocamente. Deberán formular la solicitud respectiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148.2. El pliego cerrado que las contenga podrá presentarse hasta la audiencia preliminar.*

<sup>736</sup> **Artículo 110** *Terminado el interrogatorio, la parte que lo formuló puede articular oral y directamente, en el mismo acto y previo permiso del tribunal, nuevas posiciones al absolvente.*

<sup>737</sup> CPCCN **Forma de las posiciones Art. 411.** *Las posiciones serán claras y concretas; no contendrán más de UN (1) hecho; serán redactadas en forma afirmativa y deberán versar sobre puntos controvertidos que se refieren a la actuación personal del absolvente; CGP uruguayo 150. Posiciones 150.3* *El pliego contendrá posiciones que serán redactadas en forma asertiva, no pudiendo versar cada*

- Deben formularse necesariamente en sentido afirmativo, salvo en Chile y Colombia, donde también podrán adoptar una forma interrogativa. La necesidad de la forma asertiva de las preguntas estriba en que las legislaciones que así lo disponen siguen considerando a la declaración de las partes como un mecanismo para fijar hechos en la sentencia, de modo que al preguntarle al deponente si acepta o no la certeza de los enunciados fácticos que se le proponen, la respuesta solo puede ser una afirmación o una negación<sup>738</sup>. Con ello se fuerza a que el litigante pronuncie una respuesta dicotómica sobre el hecho, pronunciándose positiva o negativamente acerca de la forma en que este se le ha presentado en la pregunta formulada, la que, dependiendo de los intereses del interrogador, claramente puede ser objeto de manipulación, situación que en nada colabora con un adecuado funcionamiento de la memoria del litigante. Por otra parte, las legislaciones establecen la necesidad de realizar preguntas afirmativas a las partes declarantes porque serán los hechos aseverados en ellas los que serán empleados para poner en acción los apercibimientos previstos para el caso que no comparezca a declarar o se niegue a hacerlo, tal como veremos más adelante<sup>739</sup>.

No obstante, esta opción del legislador está lejos de ser la que mejor se ajusta a los postulados de la psicología del testimonio. En efecto, la formulación de preguntas cerradas impiden que el declarante realice una recuperación exitosa de sus recuerdos, pues se verá constreñido por el tenor de la pregunta y la forma en que ella ha sido construida, lo que de entrada no le conferirá espacio ni tiempo para una exposición extendida y explicativa de sus memorias, aun cuando luego de afirmar o negar los hechos inquiridos se le permita agregar las explicaciones que estime pertinentes, pues

---

*posición más que sobre un hecho concreto o algún otro íntimamente ligado; CGP colombiano **Artículo 202. Requisitos del interrogatorio de parte** Inc. 3° El interrogatorio no podrá exceder de veinte (20) preguntas, pero el juez podrá adicionado con las que estime convenientes. El juez excluirá las preguntas que no se relacionen con la materia del litigio, las que no sean claras y precisas, las que hayan sido contestadas en la misma diligencia o en interrogatorio anterior, las inconducentes y las manifiestamente superfluas. Inc. 6° Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho; si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite de preguntas. Las preguntas podrán ser o no asertivas; CFPC **Artículo 99** Las posiciones deben articularse en términos claros y precisos; no han de ser insidiosas; deben ser afirmativas, procurándose que cada una no contenga más de un hecho, y éste ha de ser propio del que declara; CPC chileno **Art. 386** Los hechos acerca de los cuales se exija la confesión podrán expresarse en forma asertiva o en forma interrogativa, pero siempre en términos claros y precisos, de manera que puedan ser entendidos sin dificultad; y LEC **Artículo 302 Contenido del interrogatorio y admisión de las preguntas** 1. Las preguntas del interrogatorio se formularán oralmente en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren se tendrán por no realizadas. 2. El tribunal comprobará que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido, y decidirá sobre la admisibilidad de las preguntas en el mismo acto en que se lleve a cabo el interrogatorio.*

<sup>738</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit, p. 232.

<sup>739</sup> DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 156.

estas aclaraciones estarán condicionadas de una u otra forma por la respuesta que ha proporcionado en primer lugar. Esto se verá agravado cuando los recuerdos que guarda el sujeto no sean del todo claros -lo que, huelga decirlo, será lo que usualmente ocurra-, pues las preguntas afirmativas pueden ser usadas -y en efecto, lo son- para introducir, durante el desarrollo de la diligencia de declaración del litigante, datos concretos acerca de los hechos debatidos en el proceso, lo que puede provocar que fácilmente el declarante llene sus huecos de información siguiendo el contenido de la pregunta que se le ha planteado, obedeciendo la creencia, como ya lo hemos apuntado, que la persona que le formula la interrogante tiene un mejor conocimiento de los acontecimientos<sup>740</sup>.

Por ende, los sistemas que toleran la formulación de preguntas afirmativas se exponen a que ellas sean empleadas como vehículos para hacer llegar al declarante información que este no posee en absoluto, que solo conserva fragmentariamente, o bien, respecto de la cual carece de plena certeza. Con ello, en nada se ayuda a cautelar la integridad del recuerdo de quien está siendo interrogado, pues al ser expuesto a preguntas sugestivas, tal como lo hemos explicado a propósito de los factores que afectan la memoria, es posible que el sujeto genere falsos recuerdos<sup>741</sup>, y de este modo, se dé lugar al surgimiento de enormes disparidades entre la realidad de los eventos y el relato de los mismos que se transmite al juez de la causa, razón por lo que el legislador debería replantearse el mantenimiento de la formulación de preguntas afirmativas respecto a este medio de prueba<sup>742</sup>. Esta reforma, claro está, implicaría de paso dejar de considerarlo como un instrumento ventajoso para la fijación de los hechos debatidos, sea expresamente, sea interpretando los incumplimientos de los deberes del declarante como la aceptación tácita de los hechos, debiendo volcarse hacia un análisis del interrogatorio que entienda que este constituye solo una más de las fuentes de conocimiento de las que el tribunal puede valerse para reconstruir el componente fáctico de la *litis*, que por lo tanto debe ser valorada libremente por el juez, de modo que la parte que no asiste a la diligencia o que se niega injustificadamente a declarar simplemente pierda una oportunidad para informar al juzgador sobre su versión de la ocurrencia de los sucesos.

---

<sup>740</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 97.

<sup>741</sup> DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit. También, LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 21.

<sup>742</sup> JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, cit., p. 119. En el mismo sentido: DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 158; MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 271.

- Deben formularse con claridad y precisión. Con esto se procura que los litigantes no planteen sus interrogantes en forma oscura o tendenciosa, pretendiendo confundir al declarante o buscando mañosamente la obtención de una declaración contradictoria que beneficie sus intereses. En este sentido, en México se dispone expresamente que las preguntas no deben ser insidiosas<sup>743</sup>.

En este punto, quizás sin quererlo, los legisladores han procurado obtener una declaración de calidad de acuerdo con los estándares de la psicología del testimonio, cuidando que el desarrollo del proceso de recuperación no se vea afectado por mecanismos areros de parte del interrogador que, con el único objetivo de beneficiar a su cliente, plantee las cuestiones de forma embrollada, solo buscando provocar la confusión, la duda o la contradicción del deponente. De hecho, preguntas enmarañadas, de doble negativo o susceptibles de ser interpretadas en múltiples formas en nada colaboran en la consecución de una recuperación óptima de los recuerdos, sino que por el contrario, pueden propiciar el aumento de las dificultades de un proceso que *per se* puede presentarse complejo para un declarante no habituado al desarrollo de diligencias judiciales, y que por tanto, aumente su estrés y ansiedad hasta un nivel que perjudique considerablemente la calidad de su testimonio. De hecho, con solo llevar a cabo el proceso de rescate se genera una carga cognitiva para el sujeto, la que se le puede tornar inmanejable si se le agregan cuestionamientos torcidos o engañosos. Además de ello, hay que recordar que el declarante debe estar en completo control personal y de la situación para conseguir un mejor recuerdo de los hechos<sup>744</sup>, lo que obviamente no se logrará si se permiten cuestionamientos mañosos, pues ello solo contribuirá a aumentar su nerviosismo y desasosiego.

- No deben contener más de un hecho. Siguiendo la línea de lo recién expuesto, la calidad de las respuestas obtenidas puede ser mejorada si los cuestionamientos planteados evitan referirse a cúmulos de acontecimientos, pues de este modo será posible conseguir relatos más claros y detallados de cada una de las situaciones fácticas investigadas, especialmente si se trata de escenarios reiterados que se pueden confundir o solapar en la memoria del declarante<sup>745</sup>, de manera tal que al preguntársele por cada

---

<sup>743</sup> **Artículo 101** *Se tienen por insidiosas las preguntas que se dirigen a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con el objeto de obtener una confesión contraria a la verdad.*

<sup>744</sup> Tal como se expuso a propósito de la entrevista cognitiva mejorada. Ver *supra* p. 217.

<sup>745</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 218. También: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 86.

uno de los hechos, individualmente considerados, se puedan establecer nítidamente las particularidades de uno y otro.

En cualquier caso, esto no debe privar de la posibilidad de preguntar por más de un hecho cuando ellos se encuentren íntimamente ligados, tal como se dispone en Uruguay, pues también es posible que las interrogaciones acerca de situaciones relacionadas pueda mejorar el acceso a los recuerdos. Con esto se quiere apuntar que las preguntas sobre situaciones vinculadas pueden colaborar en la recontextualización cognitiva del declarante, lo que, como sabemos, puede convertirse en una herramienta útil para mejorar la calidad de la recuperación mnemónica<sup>746</sup>.

- En Argentina y México se ha dispuesto que las preguntas deben referirse a un hecho propio o personal del absolvente, situación que se ha regulado de forma opuesta en España<sup>747</sup>, pues se permite expresamente que las preguntas versen sobre hechos personales y no personales del declarante, estando en ambos casos obligado a contestar.

- En España se ha establecido que las preguntas no deben incluir valoraciones o calificaciones, y si así lo hicieren, se tendrán por no realizadas. Con esto se quiere remarcar que el interrogatorio de la parte debe estar orientado a recabar el recuerdo que ella guarde de los hechos discutidos en el proceso, esto es, el componente fáctico de la controversia, no pudiendo utilizarse esta diligencia para obtener de parte de ella apreciaciones u opiniones acerca de dichos acontecimientos. De ahí que se haya indicado que las preguntas no pueden servir para solicitar “*estimaciones de valor, apreciaciones de mérito, calificaciones o críticas sobre la materia probatoria*”<sup>748</sup>.

Por último, en relación con las preguntas, debemos reiterar que es deseable que el interrogatorio se lleve a cabo como un diálogo abierto en el que el declarante se sienta cómodo y con el espacio suficiente para ir relatando su versión de los acontecimientos, sin verse constreñido de ninguna forma -salvo, claro está, en que debe referirse a los hechos materia de la *litis*-, de modo que si el tribunal quiere indagar en la precisión e integridad de sus recuerdos debe conferirle el tiempo suficiente para expresarse ante cada una de las cuestiones que se le planteen. Por ello, no parece para nada correcto que en Colombia se establezca que en principio el interrogatorio no podrá exceder de las 20

---

<sup>746</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 92.

<sup>747</sup> Tal como lo indicamos antes, la LEC permite la declaración sobre hechos no personales del interrogado (art. 308), caso en que debe contestar las preguntas de acuerdo a sus conocimientos.

<sup>748</sup> DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 162.

preguntas<sup>749</sup>, pues con ello no solo se limita la cantidad de oportunidades en que el declarante puede exponer la información que posee acerca de los sucesos, sino también se restringe el derecho de las demás partes para recabar a cabalidad todos los elementos que el deponente puede aportar para establecer su ocurrencia.

## 2. Respuestas

Dado que la mayoría de las legislaciones prevén la formulación de preguntas afirmativas, se ha dispuesto en Argentina<sup>750</sup>, Chile<sup>751</sup>, Colombia<sup>752</sup>, España<sup>753</sup> y México<sup>754</sup> que el declarante debe entregar respuestas categóricas, afirmando o negando con claridad y precisión los hechos contenidos en las preguntas, lo que como ya expusimos, en nuestra opinión dificulta desde un inicio el logro de una exposición exitosa de los recuerdos del declarante. Sin perjuicio de ello, luego de contestada la pregunta, se permite que el litigante agregue todas las explicaciones que estime necesarias y oportunas para el correcto entendimiento de la respuesta entregada<sup>755</sup>.

Pero más allá de echar de menos la posibilidad de respuestas abiertas y relatos libres de los sucesos, es importante destacar que aun cuando en principio la parte debe contestar exclusivamente en consideración al registro que su memoria guarda de los hechos<sup>756</sup>, es posible que el tribunal la autorice a revisar notas o apuntes cuando para contestar alguna pregunta se le pida hacer referencia a nombres o cifras, como asimismo cuando lo exijan circunstancias especiales que deberán ser calificadas en cada caso. La

---

<sup>749</sup> **Artículo 202. Requisitos del interrogatorio de parte** Inc. 3° *El interrogatorio no podrá exceder de veinte (20) preguntas, pero el juez podrá adicionado con las que estime convenientes.*

<sup>750</sup> **Contenido de las contestaciones Art. 413** *Si las posiciones se refieren a hechos personales, las contestaciones deberán ser afirmativas o negativas.*

<sup>751</sup> **Art. 391 inc. 2°** *Si se trata de hechos personales, deberá prestarse afirmándolos o negándolos.*

<sup>752</sup> **Art. 203 inc. 5°** *Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá limitarse a negar o a afirmar la existencia del hecho preguntado [...].*

<sup>753</sup> **Artículo 305 Modo de responder al interrogatorio 2.** *Las respuestas habrán de ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas. El declarante podrá agregar, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.*

<sup>754</sup> **Artículo 109** *Las contestaciones serán categóricas, en sentido afirmativo o negativo [...].*

<sup>755</sup> **CFPC Artículo 109 [...]** *el que las dé podrá agregar las explicaciones que considere necesarias [...]; CPC chileno Art. 391 inc. 3°* *En todo caso podrá el confesante añadir las circunstancias necesarias para la recta y cabal inteligencia de lo declarado; CPCCN Contenido de las contestaciones Art. 413 [...]* *El absolvente podrá agregar las explicaciones que estime necesarias; CGP colombiano Artículo 203. Práctica del interrogatorio Inc. 5 [...]* *el interrogado podrá adicionarla con las explicaciones que considere necesarias; y LEC Artículo 305 Modo de responder al interrogatorio 2. [...]* *El declarante podrá agregar, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.*

<sup>756</sup> **CPC francés Article 191** *Les parties répondent en personne aux questions qui leur sont posées sans pouvoir lire aucun projet.*

conveniencia o necesidad de la utilización de estos documentos necesariamente quedará a criterio del tribunal, tal como se establece en Italia<sup>757</sup>, Chile<sup>758</sup>, Argentina<sup>759</sup> y España<sup>760</sup>, siendo una cuestión que debe decidirse con mucha precaución pues ella puede prestarse para que el abogado del deponente confeccione documentos que sirvan para “refrescarle” la memoria, o mejor dicho, para repasar elementos de una declaración preparada que podría olvidar, confundir o pasar por alto. Empero, no puede negarse que en pro de la consecución de la verdad en los procesos judiciales, la posibilidad de que el declarante acceda a ciertos datos puede servirle para reinstalarse en el contexto de los sucesos que debe relatar, como al mismo tiempo, para hacerse de pistas que le sirvan para encontrar el camino correcto hacia la gaveta en que almacena sus recuerdos. De este modo, pese a los riesgos mencionados, que pueden ser sorteados mediante el simple hecho que el tribunal examine las notas o apuntes antes de que los revise el declarante, esta es una opción que el juez debe tener siempre presente como un mecanismo para ayudar no solo a incorporar al proceso la información contenida en los documentos revisados por la parte, sino que como un elemento que puede colaborar en el desempeño general de su memoria.

Finalmente, es muy importante el registro de los dichos del declarante, ya que, como veremos más adelante, resultan imprescindibles para valorar adecuadamente su exactitud y veracidad, de forma tal que si los recursos técnicos del sistema procesal no permiten dejar constancia de ellos mediante sistemas de captación y almacenamiento de imagen y video, lo más recomendable es levantar un acta que recoja literalmente las declaraciones emitidas por el litigante, tal como se prevé en México<sup>761</sup>, para a partir de ella proceder luego al análisis de su contenido.

---

<sup>757</sup> **Art. 231. Risposta** *La parte interrogata deve rispondere personalmente. Essa non può servirsi di scritti preparati, ma il giudice istruttore può consentirle di valersi di note o appunti, quando deve fare riferimento a nomi o a cifre, o quando particolari circostanze lo consigliano.*

<sup>758</sup> **Art. 394 inc. 3°** *Cuando el interrogado solicite un plazo razonable para consultar sus documentos antes de responder, podrá otorgársele, siempre que haya fundamento plausible para pedirlo y el tribunal lo estime indispensable, o consienta en ello el contendor. La resolución del tribunal que conceda plazo será inapelable.*

<sup>759</sup> **Forma de las contestaciones Art. 412** *El absolvente responderá por sí mismo de palabra y en presencia del contrario, si asistiese, sin valerse de consejos ni de borradores, pero el juez podrá permitirle la consulta de anotaciones o apuntes, cuando deba referirse a nombres, cifras u operaciones contables, o cuando así lo aconsejaren circunstancias especiales. No se interrumpirá el acto por falta de dichos elementos, a cuyo efecto el absolvente deberá concurrir a la audiencia munido de ellos.*

<sup>760</sup> **Artículo 305 Modo de responder al interrogatorio 1.** *La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas; pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria.*

<sup>761</sup> **Artículo 114** *Las declaraciones serán asentadas literalmente, a medida que se vayan produciendo [...].*



## b) El interrogatorio de testigos

La prueba testimonial siempre ha despertado suspicacias. Un manto de dudas se ha tendido sobre la honestidad de los testigos, estando presente de forma invariable la incertidumbre acerca de si efectivamente presenciaron los hechos sobre los que deponen, y al mismo tiempo, si tales eventos ocurrieron tal como ellos los describen. En términos simples, se ha extendido la creencia de que existen altas probabilidades de que los testigos mientan en cada una de sus declaraciones judiciales, debido a la relación previa que usualmente los vincula a la parte que los presenta en juicio y/o a que esta se ha encargado de preparar su declaración<sup>762</sup>. La sinceridad, por tanto, sería un bien escaso en este terreno<sup>763</sup>. Sin embargo, y a pesar de los cuestionamientos que pueden levantarse, la declaración testifical siempre ha constituido un medio probatorio imprescindible para los ordenamientos procesales, y de hecho, su presencia en las regulaciones de todos los tiempos así lo demuestra, pues, junto a la confesión, es la prueba más antigua<sup>764</sup>. Esto constituye la aceptación de un dato de realidad que nos muestra que en muchos litigios los testigos serán la única herramienta disponible para acreditar los hechos, de manera que el sistema judicial no puede darse el lujo de prescindir *a priori* de la fuente capaz de sacar al juez de las tinieblas de la ignorancia de los hechos discutidos<sup>765</sup>. Por ello, MANRESA se animó a sostener que la experiencia ha demostrado que no hay prueba más peligrosa, pero al mismo tiempo tan necesaria, como la de testigos, dado que por su intermedio es posible muchas veces conocer la verdad<sup>766</sup>.

---

<sup>762</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 264.

<sup>763</sup> Sobre la desconfianza que este medio de prueba ha suscitado desde tiempos antiguos, ver: SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 206.

<sup>764</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 17.

<sup>765</sup> En este sentido, LIEBMAN reconoce que a menudo el testimonio es la única forma de averiguar el modo en que se han desarrollado los hechos, aunque lamentablemente ella no es una prueba muy segura debido a que los problemas de percepción y memoria pueden ocasionar alteraciones en la verdad de los hechos, a lo que se suman los casos en que voluntariamente se miente, LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 360. Por su parte, DEVIS indica que la utilización de la prueba testimonial en el proceso judicial responde a una necesidad teórica y práctica, generada a raíz de que no se dispone de otros medios de convicción, DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 79. En esta misma perspectiva, se ha apuntado que si bien los sistemas jurídicos han colocado límites y cortapisas a esta prueba, han terminado por reconocerla, pues en muchas ocasiones es el único -y a veces, el más natural- medio de prueba de las relaciones jurídicas, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *De la prueba de testigos*, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981, p. 496.

<sup>766</sup> MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, cit., p. 602. En efecto, se ha afirmado que el testimonio no puede ser despreciado ni considerado inútil, pues se ha demostrado que es “el

Desde la Antigüedad se consideró al testimonio como el medio probatorio principal para administrar justicia, no solo debido al gran respeto que generaba el juramento religioso involucrado en el acto de la declaración<sup>767</sup>, sino también porque en muchos casos representaba la única fuente de información disponible. Empero con el progreso de la escritura y el perfeccionamiento y generalización de los documentos se fue reduciendo su utilización y aceptación, de modo que las primeras restricciones a la prueba testifical en el derecho moderno aparecen ya en Italia a mediados del siglo XV. En esta perspectiva, aun cuando desde época romana justiniana ya existían normas que prohibían la declaración de ciertas categorías de personas o exigían un número determinado de ellos<sup>768</sup>, las legislaciones procesales medievales reforzaron esta idea y realizaron una extensa reglamentación de este medio de prueba, buscando adoptar precauciones para evitar que se abusara del proceso a través de él, y al mismo tiempo, intentando eliminar cualquier atisbo de falta de idoneidad material o moral en la persona del declarante, tal como se puede apreciar en la regulación contenida en las Partidas<sup>769</sup>. Así, se trató de obviar sus inconvenientes señalando para cada caso, el número y la calidad de los testigos<sup>770</sup>.

No obstante, con el paso del tiempo se acabó prescindiendo de estas medidas y exigencias, y se entregó la determinación del valor de esta prueba a la apreciación del sentenciador, sin que este se viera en la obligación de ajustarse a una tasación establecida por el legislador de forma abstracta y apriorística<sup>771</sup>. En este escenario, adquiere una gran importancia el modo en que se lleva a cabo el interrogatorio judicial así como los elementos que deben ser considerados por el juez para conseguir la verdad

---

*elemento de estampación más frecuente en los acontecimientos históricos*”, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 320.

<sup>767</sup> DE VICENTE y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Madrid, 1856, p. 215.

<sup>768</sup> Normas que en opinión de NIEVA solo tenían un carácter admonitivo, de modo que no impedían la existencia de un sistema de valoración libre de la prueba, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., pp. 52 y ss.

<sup>769</sup> La Partida Tercera destinaba su Título XVI, compuesto de XLIII Leyes, a reglamentar en detalle la prueba testimonial, normándose, entre otros aspectos, quién podía ser testigo y quién no, la edad para ser testigo, el valor del testimonio de un siervo o la prohibición de que este declarara contra su señor, la imposibilidad de que la mujer atestiguara por su marido, los pleitos en los que podían atestiguar las mujeres, la cantidad necesaria de testigos para probar un hecho, los apremios en contra de ellos, así como las penas que se les impondrían por haber declarado a sabiendas en falso.

<sup>770</sup> Empero, este sistema rígido, preformado y formalista habría generado un contrasentido, pues “*era frecuente que el testigo veraz y bienintencionado tropezase en la maraña procesal y pareciese falso, mientras que el que tal fuera, pasase por virtuoso y bien informado*”, DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 343.

<sup>771</sup> DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 10.

y asignarle un valor probatorio a esa declaración<sup>772</sup>. De ahí que actualmente se haya intentado revalorizar este medio probatorio reforzando la contradicción e inmediación en su práctica, como una manera de conseguir una evidencia de mejor calidad<sup>773</sup>.

Sea como fuere, hacemos propio el planteamiento de ARAZI, quien nos dice que si esta prueba es recibida correctamente y apreciada con serenidad, termina siendo “*sumamente eficaz y, en ciertos casos, insustituible*”<sup>774</sup>. Obviamente, para alcanzar dicha eficacia en el actual entorno procesal, donde su valoración queda entregada a la sana crítica del juez, se va a requerir la conjunción de una serie de elementos: que el testigo efectivamente haya observado los hechos sobre los que declara; que posea una memoria que le permita almacenar correctamente lo percibido; que se haya mantenido alejado de todos los factores que puedan perturbar su recuerdo; que el suceso se haya recuperado en condiciones adecuadas y mediante un procedimiento óptimo; que no haya mentido deliberadamente en su declaración; y finalmente, que el tribunal cuente con herramientas técnicas -no solo jurídicas, sino también psicológicas- para valorar correctamente la deposición del testigo, mediante criterios racionales y justificables. Será la reunión de estos factores la que permitirá superar los temores y desconfianzas que se suscitan a raíz de la declaración testimonial y confiar en que los hechos que se tienen por probados gracias a lo aportado por ella al proceso, se ajustan a la realidad de lo acontecido. Con esto se garantizará adecuadamente el derecho de las partes para valerse de este medio de convicción y se dotará de legitimidad a la decisión jurisdiccional, logrando más fácilmente la aceptación de los litigantes y de la sociedad en general.

## 1) Concepto

La prueba testimonial constituye un medio probatorio de naturaleza personal que consiste en un relato usualmente oral realizado en presencia del juez y de los litigantes en la audiencia que ha sido fijada para estos efectos, en el que una persona distinta a las partes y sus representantes, a solicitud de ellas o del tribunal, informa sobre el conocimiento que tiene de ciertos hechos pasados, controvertidos y relevantes para el

---

<sup>772</sup> DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 344.

<sup>773</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan, *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en *La prueba*, AA. VV., Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000, p. 246.

<sup>774</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 256.

proceso, ya sea porque los ha presenciado directamente o bien porque los ha conocido a través de las referencias de otra persona<sup>775</sup>.

Como destaca DE PAULA PÉREZ<sup>776</sup>, por aplicación de los principios clásicos “*nullus idoneus testis in re sua intelligitur*” y “*nemo debet esse testis in propria causa*”, el testigo necesariamente ha de ser una persona distinta de las partes procesales y de quien las representa. Por otro lado, debe tratarse de una persona física que sea capaz de percibir los hechos a través de sus sentidos y posteriormente de comunicar dicha percepción al juez de la causa<sup>777</sup>, aunque debemos mencionar que en España se ha previsto la declaración testifical mediante informes escritos de personas jurídicas y entidades públicas<sup>778</sup>. Lo importante es que el testigo posea un saber histórico de acontecimientos ocurridos antes y fuera del proceso, que han sido controvertidos en este y tienen relación con el objeto del juicio jurisdiccional. Dichos eventos son alegados por las partes en defensa de sus pretensiones, siendo ese el motivo por el cual el sujeto es llamado a declarar en el proceso. En cualquier caso, dicho conocimiento le puede haber llegado de forma directa o indirecta, pues no se exige que el testigo necesariamente deba haber presenciado aquello sobre lo que depone<sup>779</sup>.

---

<sup>775</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., p. 141. También ver: ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de testigos*, en AA. VV., *El interrogatorio de testigos*, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2008, p. 26; CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 121; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 19; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 453; GÓMEZ COLOMER, Juan, *Derecho jurisdiccional*, cit. p. 290; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 359; PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 283; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho procesal civil*, cit., p. 184.

<sup>776</sup> DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 29.

<sup>777</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., p. 142. En el mismo sentido: CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 267.

<sup>778</sup> El artículo 381 LEC dispone el testimonio de personas jurídicas y entidades públicas, de quienes es posible requerir un informe escrito acerca de hechos relevantes para el proceso, debiendo remitirlo dentro de los 10 días anteriores al juicio o vista, bajo apercibimiento de multa de 150 a 600 euros y de proceder en contra de quien resulte personalmente responsable de la omisión, por el delito de desobediencia a la autoridad. De sus características se aprecia que carece de toda similitud con la declaración de las personas físicas, por lo que se ha sostenido que el legislador la ha situado erróneamente dentro de la reglamentación del interrogatorio de testigos. Sobre el particular, ver: CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 273; ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 57; GÓMEZ COLOMER, Juan, *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en *La prueba*, AA. VV., Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000, p. 250; MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 441.

<sup>779</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 402.

## 2) Capacidad (idoneidad)

En principio toda persona es considerada capaz o idónea para intervenir como testigo en un proceso civil y, por consiguiente, tiene el deber de comparecer y declarar cuando sea llamada en ese carácter por un tribunal de justicia<sup>780</sup>. Para que esto tenga lugar, el testigo previamente ha debido ser ofrecido o propuesto como tal por alguna de las partes del juicio, mediante la indicación, en el momento procesal oportuno, de los datos personales del declarante (básicamente, nombre, domicilio y profesión) o bien de alguna información que permita su identificación, señalándose además los aspectos fácticos que pretenden probarse mediante su testimonio<sup>781</sup>.

Sin perjuicio de la regla general, las legislaciones siguen excluyendo a ciertos grupos de individuos de la posibilidad de prestar testimonio en los procesos civiles, situación que aparece plenamente justificada desde un punto de vista psicofísico, toda vez que se trata de personas que no cuentan con las habilidades físicas o mentales para observar y/o interpretar correctamente los hechos sobre los que son llamados a deponer, o bien, se muestran carentes de las aptitudes para exponerlos correctamente ante el tribunal de la causa. A diferencia de lo que ocurría en el sistema de prueba legal, estas personas no han sido excluidas debido a que el legislador ha considerado necesario

---

<sup>780</sup> CFPC **Artículo 165** Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar, están obligados a declarar como testigos.

<sup>781</sup> CPCCN **Agregación de la prueba documental y ofrecimiento de la confesional Art. 333 inc. 4°** Si se ofreciera prueba testimonial se indicará qué extremos quieren probarse con la declaración de cada testigo y **Ofrecimiento Art. 429** Cuando las partes pretendan producir prueba de testigos, deberán presentar una lista de ellos con expresión de sus nombres, profesión y domicilio. / Si por las circunstancias del caso a la parte le fuere imposible conocer alguno de esos datos, bastará que indique los necesarios para que el testigo pueda ser individualizado sin dilaciones y sea posible su citación; CPC chileno **Art. 320 inc. 2°** Deberá también acompañar una nómina de los testigos de que piensa valerse, con expresión del nombre y apellido, domicilio, profesión u oficio. La indicación del domicilio deberá contener los datos necesarios a juicio del juzgado, para establecer la identificación del testigo; CGP colombiano **Artículo 212. Petición de la prueba y limitación de testimonios** Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba; CGP uruguayo **159. Petición de la prueba testimonial** Cuando se solicite prueba testimonial se deberá indicar el nombre, edad, domicilio y profesión de los testigos y enunciarse, sucintamente, el objeto de la prueba; ZPO § **373 Beweisantritt** Der Zeugenbeweis wird durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Tatsachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll, angetreten; LEC **Artículo 362 Designación de los testigos** Al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia. / También podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado; CPC francés **Article 222** La partie qui demande une enquête doit préciser les faits dont elle entend rapporter la preuve y **Article 223** Il incombe à la partie qui demande une enquête d'indiquer les nom, prénoms et demeure des personnes dont elle sollicite l'audition; y CPC italiano **Art. 244. Modo di deduzione** La prova per testimoni deve essere dedotta mediante indicazione specifica delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata.

determinar apriorísticamente su carencia de imparcialidad o la falsedad de su declaración, sino porque se cuenta con bases objetivas para estimar que sus deposiciones no aportarán ninguna información útil para el esclarecimiento de los hechos, toda vez que se trata de circunstancias que afectan a una persona y que le generan una incapacidad absoluta para servir como testigo en cualquier tipo de procesos civiles<sup>782</sup>.

En dicho grupo las legislaciones sitúan en general a las personas menores de 14 años; a quienes están permanentemente privados de razón; a los que por enfermedad física o psíquicas sean incapaces de percibir el hecho a probar o carecen de los sentidos necesarios para observarlo; y a los sujetos que por enfermedad física o psíquica sean incapaces de comunicar sus percepciones o que en el momento en que deben prestar declaración se encuentran bajo el efecto del alcohol, estupefacientes o alucinógenos, situaciones que se han previsto, en uno u otro sentido, en Argentina<sup>783</sup>, Uruguay<sup>784</sup>, Colombia<sup>785</sup> y España<sup>786</sup>.

No obstante, a la usanza de las Partidas, existen ordenamientos que aún establecen algunas regulaciones que corresponden a un resabio de las antiguas reglas legales de exclusión de testigos fundadas en el prejuicio de que determinados sujetos, dado el vínculo que los une con alguna de las partes del litigio o a su particular condición personal, no pueden ser dignos de crédito, dándose por hecho que mentirán en el proceso, razón por la que el juez ni siquiera debe darse el tiempo de oírlos. Así, en

---

<sup>782</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan, *Derecho jurisdiccional*, cit. p. 292.

<sup>783</sup> **Art. 426** *Toda persona mayor de CATORCE (14) años podrá ser propuesta como testigo y tendrá el deber de comparecer y declarar, salvo las excepciones establecidas por ley.*

<sup>784</sup> **155. Testigos** *Podrá declarar como testigo cualquier persona física, excepto: 1) Las personas menores de trece años. / 2) Los que por enfermedad física o psíquica en el tiempo al cual debe referirse su declaración eran incapaces de percibir el hecho a probar. / 3) Los que por enfermedad física o psíquica al tiempo de la declaración son incapaces de comunicar sus percepciones.*

<sup>785</sup> **Artículo 210. Inhabilidades para testimoniar** *Son inhábiles para testimoniar en todo proceso los que se hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender. / Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

<sup>786</sup> **Artículo 361 Idoneidad para ser testigos** *Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. / Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente.*

Argentina<sup>787</sup> se mantiene la prohibición de que declaren como testigos, el cónyuge y los parientes consanguíneos o afines en línea directa de las partes. El mismo fenómeno, aunque con distintos supuestos, está presente en Chile<sup>788</sup>, donde junto a la inhabilidad de menores de 14 años, interdictos por demencia o privados de razón por ebriedad u otra causa, también se establece, v. gr., la incapacidad de los vagos sin ocupación u oficio conocido o de aquellos sujetos que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito. Huelga señalar que el hecho de que se descarte a esta categorías de personas de la posibilidad de rendir testimonio carece de cualquier justificación racional y objetiva, no contándose con una base suficiente para presumir que sus declaraciones no pueden servir como un instrumento fiable en el proceso de reconstrucción del componente fáctico del proceso, de modo que estas exclusiones deberían ser suprimidas a la brevedad. En efecto, lo correcto es escuchar lo que el testigo tiene que decir y luego tasar la exactitud y veracidad de sus dichos, y no colocarle de entrada etiquetas que pueden terminar impidiendo que el juez se sirva de una fuente de información que perfectamente puede ser certera, tal como sucede respecto a la institución de las tachas, según veremos a continuación.

### 3) Tachas

SILVA MELERO postula que las tachas son los motivos de parcialidad que concurren en los testigos y que desvalorizan su testimonio<sup>789</sup>. Mientras las causas de incapacidad impiden a todo evento que una persona pueda declarar como testigo, las tachas no imposibilitan la deposición de un sujeto, sino que solo buscan alertar al juez de la presencia de una o varias circunstancias objetivas y tasadas que podrían indicar que un declarante es sospechoso de parcialidad. Por consiguiente, las tachas atienden a un proceso judicial concreto y determinado, y en teoría están destinadas a tutelar la indispensable neutralidad de los testigos al momento de relatar los hechos ante el

---

<sup>787</sup> **Testigos excluidos Art. 427** *No podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas.*

<sup>788</sup> **Art. 357** *No son hábiles para declarar como testigos: 6°. Los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan cohechado o intentado cohechar a otros, aun cuando no se les haya procesado criminalmente; 7°. Los vagos sin ocupación u oficio conocido; 8°. Los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito; y 9°. Los que hagan profesión de testificar en juicio. Si bien la legislación chilena establece estas situaciones entre las causales de tacha, de modo que en principio no impiden la declaración judicial del testigo, por aplicación del art. 375, el tribunal está autorizado para disponer de oficio que el testigo no preste declaración.*

<sup>789</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo II, cit., p. 43.

tribunal de la causa. Por ende, los ordenamientos establecen que estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta por el sentenciador al momento de tasar el mérito probatorio de su testimonio en la sentencia definitiva<sup>790</sup>. Así, se ha sostenido que están orientadas a convencer al juez de que la declaración que incurre en alguna de estas causales posee una escasa o nula credibilidad<sup>791</sup>, o bien, que ellas sirven “*para invalidar o desvirtuar la fuerza probatoria de [las] declaraciones*”<sup>792</sup>. La persona que tenga una especial relación con las partes o el objeto del proceso podrá prestar testimonio, pero su declaración estará sometida a criterios de valoración mucho más severos, lo que provocará que en la mayoría de las ocasiones ese relato termine siendo ineficaz<sup>793</sup>.

Básicamente, al establecerse la figura de las tachas, se permite que las partes pongan expresamente en conocimiento del juez que concurre una situación que en principio tendría la entidad para afectar la calidad de la declaración de alguno de los testigos propuestos por la contraria, debido a una circunstancia que podría afectar su credibilidad o imparcialidad, principalmente debido a un vínculo de parentesco, amistad, dependencia o la existencia de intereses compartidos con el litigante que lo propone como testigo, lo que se ha establecido en España<sup>794</sup>, Chile<sup>795</sup>, Colombia<sup>796</sup>,

---

<sup>790</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan, *Derecho jurisdiccional*, cit. p. 293. En el mismo sentido: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 458; MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Fundamentos de prueba judicial civil*, cit., p. 366; RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 167.

<sup>791</sup> DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 180.

<sup>792</sup> MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, cit., p. 652.

<sup>793</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 268.

<sup>794</sup> **Artículo 377 Tachas de los testigos** 1. *Con independencia de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 367, cada parte podrá tachar los testigos propuestos por la contraria en quienes concurren algunas de las causas siguientes: 1.º Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo. 2.º Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses. 3.º Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate. 4.º Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador. 5.º Haber sido el testigo condenado por falso testimonio. 2. La parte proponente del testigo podrá también tachar a éste si con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha establecidas en el apartado anterior; y **Artículo 378 Tiempo de las tachas** Las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista, sin perjuicio de la obligación que tienen los testigos de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados conforme a lo dispuesto en el artículo 367 de esta Ley, en cuyo caso se podrá actuar conforme a lo que señala el apartado 2 de dicho artículo.*

<sup>795</sup> **Art. 357** No son hábiles para declarar como testigos: 1º. Los menores de catorce años. Podrán, sin embargo, aceptarse las declaraciones sin previo juramento y estimarse como base para una presunción judicial, cuando tengan discernimiento suficiente; 2º. Los que se hallen en interdicción por causa de demencia; 3º. Los que al tiempo de declarar, o al de verificarse los hechos sobre que declaran, se hallen privados de la razón, por ebriedad u otra causa; 4º. Los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados al tiempo de verificarse éstos; 5º. Los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente; 6º. Los que en el mismo juicio hayan sido cohechados, o hayan



México<sup>797</sup> y Uruguay<sup>798</sup>, país este último en el que se ha regulado bajo la figura del “testigo sospechoso”.

Ahora bien, en principio no es censurable de ninguna forma que el ordenamiento procesal confiera a las partes la posibilidad de oponer reparos a cada una de las evidencias de que se vale la contraria para acreditar sus dichos, pues esta facultad forma parte de su derecho a defenderse en el proceso, sin dejar de mencionar que ello se compagina con una actuación mínima y totalmente esperable de cualquier litigante que pretenda obtener una decisión jurisdiccional beneficiosa y acorde con sus intereses. Por ende, malamente podemos desacreditar la existencia de este tipo de herramientas, más

---

*cohechado o intentado cohechar a otros, aun cuando no se les haya procesado criminalmente; 7°. Los vagos sin ocupación u oficio conocido; 8°. Los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delito; y 9°. Los que hagan profesión de testificar en juicio; Art. 358 Son también inhábiles para declarar: 1°. El cónyuge y los parientes legítimos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la parte que los presenta como testigos; 2°. Los ascendientes, descendientes y hermanos ilegítimos, cuando haya reconocimiento del parentesco que produzca efectos civiles respecto de la parte que solicite su declaración; 3°. Los pupilos por sus guardadores y viceversa; 4°. Los criados domésticos o dependientes de la parte que los presente. / Se entenderá por dependiente, para los efectos de este artículo, el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo haya presentado por testigo, aunque no viva en su casa; 5°. Los trabajadores y labradores dependientes de la persona que exige su testimonio; 6°. Los que a juicio del tribunal carezcan de la imparcialidad necesaria para declarar por tener en el pleito interés directo o indirecto; y 7°. Los que tengan íntima amistad con la persona que los presenta o enemistad respecto de la persona contra quien declaren. / La amistad o enemistad deberán ser manifestadas por hechos graves que el tribunal calificará según las circunstancias; y Art. 373 Solamente podrán oponerse tachas a los testigos antes de que presten su declaración. En el caso del inciso final del artículo anterior, podrán también oponerse dentro de los tres días subsiguientes al examen de los testigos. / Sólo se admitirán las tachas que se funden en alguna de las inhabilidades mencionadas en los artículos 357 y 358, y con tal que se expresen con la claridad y especificación necesarias para que puedan ser fácilmente comprendidas.*

<sup>796</sup> **Artículo 211. Imparcialidad del testigo** *Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. / La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.*

<sup>797</sup> **Artículo 186** *En el acto del examen de un testigo o dentro de los tres días siguientes, pueden las partes atacar el dicho de aquél, por cualquier circunstancia que, en su concepto, afecte su credibilidad. Para la prueba de las circunstancias alegadas, se concederá un término de diez días, y, cuando sea testimonial, no se podrán presentar más de tres testigos sobre cada circunstancia. El dicho de estos testigos ya no puede impugnarse por medio de prueba, sin perjuicio de las acciones penales que procedan, y su valor se apreciará en la sentencia, según el resultado de la discusión en la audiencia final del juicio; y Artículo 187 Al valorar la prueba testimonial, el tribunal apreciará las justificaciones relativas a las circunstancias a que se refiere el artículo anterior, ya sea que éstas hayan sido alegadas, o que aparezcan en autos.*

<sup>798</sup> **157. Testigos sospechosos** *Constituyen declaraciones sospechosas las de aquellos que, en concepto del tribunal, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación a las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas similares; y 158. Pruebas de las circunstancias de sospecha* *Las circunstancias que afectan la credibilidad e imparcialidad de testigos, serán acreditadas por las partes por cualquier medio idóneo en la etapa de producción de la prueba y serán apreciadas por el tribunal en la sentencia. / La admisión por el testigo de la circunstancia imputada dispensa de toda otra prueba. / El tribunal, al valorar la prueba, tendrá en cuenta las circunstancias sospechosas que disminuyen la fe de quien presta la declaración.*

aun cuando también pueden serle útiles al tribunal en su ejercicio valorativo y decisorio. Teniendo presente los principios que gobiernan el proceso civil, el juez podría pecar de pasividad al momento de considerar todas y cada una de las situaciones que pueden afectar el peso de las evidencias, de modo que, a menos que se pasara a un modelo gobernado por los principios de oficialidad e inquisitivo, se debe conferir a las partes la posibilidad de llamar su atención sobre aspectos que pueden afectar el mérito del resultado de la prueba testifical.

Empero, respecto a las tachas se producen algunas situaciones que sí son reprochables y que ponen en entredicho la conveniencia de mantener vigente esta institución dentro de ordenamientos que, en teoría, pretenden dotar al juez civil de todas las herramientas óptimas para conseguir el esclarecimiento de los hechos que han motivado el conflicto.

Así, en primer lugar debemos censurar enfáticamente la oportunidad o momento procesal que algunas legislaciones han establecido para que las partes pongan sus tachas en conocimiento del tribunal. Esto porque en Chile y España se dispone que las tachas deben hacerse valer antes que el testigo preste declaración, con lo que previamente a que este siquiera diga su nombre en la audiencia fijada, el juez ya se habrá formado una preconcepción acerca de qué tan objetiva será su declaración y, por ende, cuán creíble pueden llegar a ser sus dichos<sup>799</sup>. Esta situación predispone al sentenciador y define en uno u otro sentido la forma en que enfrentará la diligencia y orientará su desarrollo, ya que no parece sostenible pensar que dejará de lado la señal de alarma que se ha encendido ni será capaz de hacer caso omiso de la posible falta de credibilidad del testigo al momento de escuchar su relato, privándolo de la total neutralidad que requiere al momento de formularle las preguntas y solicitarle aclaraciones y complementaciones a sus respuestas. Básicamente, el juez ya dudará del testigo antes de que este se sienta en la silla de los declarantes, lo que le llevará a prejuzgar desde un inicio sus declaraciones e interpretar cualquier señal de duda o contradicción en el desarrollo de la deposición como una muestra de su falta de sinceridad, que no vendrá sino a reforzar la información que se puso previamente en su conocimiento por la parte interesada. Pero además de este antejuicio que se realiza a la honestidad del declarante, se desatiende la circunstancia de que la existencia de un vínculo entre testigo y litigante no conlleva ineludiblemente la prestación de una declaración ajena a la verdad, tal como podría

---

<sup>799</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 29.

llevarnos a pensar la concepción misma de las tachas y la urgencia de hacerlas saber al juez antes de que el testigo declare. De hecho, si lo apreciamos en sentido inverso, nada asegura que el testigo que carece de todo vínculo con la parte que lo presenta dirá siempre la verdad y nada más que la verdad en su deposición judicial, de forma tal que no es posible establecer a ciencia cierta la relación *ausencia de vínculo/veracidad*. Así las cosas, la existencia de un nexo previo entre el litigante y su testigo no siempre acarrea una deposición falsa, sino que esta será una cuestión que deberá analizarse en cada caso concreto por el tribunal teniendo a la vista el relato del testigo, no los resguardos de credibilidad que haya establecido el legislador, por lo que para llegar a cualquier conclusión al respecto, necesariamente el testigo debe declarar en el proceso.

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que las tachas se centran en la persona del testigo y no en su declaración<sup>800</sup>, lo que contradice de forma evidente los postulados que sostiene la moderna psicología del testimonio<sup>801</sup>. En efecto, el llamado es precisamente el inverso: dejar de atender a la persona del testigo y enfocarse en el análisis de su declaración, siendo esta la única manera para poder establecer con criterios objetivos su nivel de fiabilidad. En esta perspectiva, la institución de las tachas no va en la dirección correcta, pues guían la atención hacia las condiciones personales del declarante, sembrando la duda acerca de su integridad y de la calidad de sus dichos antes de que preste su testimonio, en circunstancias que la psicología transita por la vereda opuesta, buscando apartar al entrevistador de cualquier consideración subjetiva del deponente que pueda alterar la toma de declaración y con ello necesariamente el resultado que se obtenga a partir de ella.

Si tal como lo propone la entrevista cognitiva mejorada<sup>802</sup>, para conseguir una declaración óptima se requiere reforzar la comodidad y el control del declarante durante este acto, la relación entre los participantes debe estar ajena a cualquier elemento que pueda enturbiarla, especialmente si ello se vincula con la generación de dudas o suspicacias entre los intervinientes del acto, siendo necesario que se cree una situación de confianza mutua entre ellos, lo que obviamente no se conseguirá si el juez inicia el acto teniendo en mente un recelo acerca de la integridad de los dichos del testigo. Por consiguiente, dado que el elemento central de análisis de la prueba testimonial no es la

---

<sup>800</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 265.

<sup>801</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 177.

<sup>802</sup> Ver, entre otros: GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, cit., p. 399; MEMON, Amina, MEISSNER, Christian A. y FRASER, Joanne, *The cognitive interview*, cit., p. 342.

persona que realiza el relato sino su contenido, resulta imprescindible que se den todas las condiciones para que la declaración sea impecable, lo que involucra no solo las capacidades mnemónicas y psicológicas o las intenciones de veracidad del testigo, sino también las habilidades del juez y la actitud con la que presencia, orienta e interpreta el interrogatorio.

Antes de cerrar este apartado, debemos apuntar que los reparos que se han remarcado respecto a las tachas son perfectamente aplicables al interrogatorio preliminar al que es sometido el testigo antes de su declaración. Esto porque, sin perjuicio de que las partes formulen o no tacha contra algún testigo, las distintas legislaciones han previsto que al inicio de la diligencia testifical, justo después de que el declarante preste juramento y se individualice, el tribunal debe requerirle información acerca de si le afecta algún motivo que pueda menoscabar su imparcialidad, concretamente, si mantiene alguna relación de parentesco, amistad, dependencia o intereses compartidos con la parte que lo presenta, o sea, el juez debe indagar si en la especie concurren las mismas situaciones que se han previsto como causales de tacha<sup>803</sup>.

---

<sup>803</sup> ZPO § 395 **Wahrheitsermahnung; Vernehmung zur Person** (2) Die Vernehmung beginnt damit, dass der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, die seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen; CPCCN **Art. 441** Aunque las partes no lo pidan, los testigos serán siempre preguntados: 1) Por su nombre, edad, estado, profesión y domicilio. 2) Si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguna de las partes, y en qué grado. 3) Si tiene interés directo o indirecto en el pleito. 4) Si es amigo íntimo o enemigo. 5) Si es dependiente, acreedor o deudor de alguno de los litigantes, o si tiene algún otro género de relación con ellos. / Aunque las circunstancias individuales declaradas por el testigo no coincidieran totalmente con los datos que la parte hubiese indicado al proponerlo, se recibirá su declaración si indudablemente fuere la misma persona y, por las circunstancias del caso, la contraria no hubiere podido ser inducida a error; CGP colombiano **Artículo 221. Práctica del interrogatorio** La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 1. El juez interrogará al testigo acerca de su nombre, apellido, edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios que haya realizado, demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo que afecte su imparcialidad; LEC **Artículo 367 Preguntas generales al testigo** 1. El tribunal preguntará inicialmente a cada testigo, en todo caso: 1.º Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio. 2.º Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos. 3.º Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos. 4.º Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante. 5.º Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados. 6.º Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio. 2. En vista de las respuestas del testigo a las preguntas del apartado anterior, las partes podrán manifestar al tribunal la existencia de circunstancias relativas a su imparcialidad. / El tribunal podrá interrogar al testigo sobre esas circunstancias y hará que preguntas y respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia; CPC francés **Article 210** Les témoins déclarent leurs nom, prénoms, date et lieu de naissance, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles; CPC italiano **Art. 252. Identificazione dei testimoni** Il giudice istruttore richiede al testimone il nome, il cognome, la paternità, l'età e la professione, e lo invita a dichiarare se ha rapporti di parentela, affinità, affiliazione o dipendenza con alcuna delle parti, oppure interesse nella causa. / Le

Como ya se ha dicho, si el testigo contesta en sentido afirmativo a alguna de las interrogantes previstas, ello afectará inmediatamente la forma en que se lleva a cabo el acto de toma de declaración<sup>804</sup>, condicionando al juez y predisponiéndolo hacia la concurrencia de una falta de veracidad del declarante, por lo que desde el punto de vista psicológico urge reubicar estas cuestiones dentro de la regulación procesal de la declaración de testigos y permitir que el tribunal escuche los relatos sin ningún tipo de influencias previas, sopesando el mérito de cada testimonio una vez que este ya haya sido efectuado.

#### 4) Deberes del testigo

En términos generales, los testigos deben hacer frente a los mismos deberes que se imponen a los litigantes que son llamados a declarar en el proceso, vale decir, en primer lugar, el deponente debe comparecer a las dependencias del tribunal de la causa a prestar declaración el día y la hora que se le indique en la citación oficial que se le ha hecho llegar, o bien, según la información que le ha proporcionado la parte que se valdrá de su testimonio (cuando esta haya asumido la carga de hacerlo comparecer al juicio). Además de eso, al inicio de la diligencia deberá prestar juramento o promesa de decir verdad<sup>805</sup>, para finalmente declarar, poniendo en conocimiento del juez todo lo que sabe acerca de los hechos sobre los que es requerido.

---

*parti possono fare osservazioni sull'attendibilità del testimone, e questi deve fornire in proposito i chiarimenti necessari. Delle osservazioni e dei chiarimenti si fa menzione nel processo verbale prima dell'audizione del testimone; CFPC **Artículo 176** Después de tomarse, al testigo, la protesta de conducirse con verdad, y de advertirlo de las penas en que incurre el que se produce con falsedad, se hará constar su nombre, edad, estado, lugar de residencia, ocupación, domicilio, si es pariente consanguíneo o afín de alguno de los litigantes, y en qué grado; si tiene interés directo en el pleito o en otro semejante, y si es amigo íntimo o enemigo de alguna de las partes. A continuación, se procederá al examen; y CGP uruguayo **161. Audiencia de declaración** La declaración de los testigos se realizará en audiencia presidida por el tribunal, interrogándose a cada uno separadamente, previa promesa o juramento de decir verdad y conforme con las siguientes reglas: 1) el tribunal interrogará al testigo, en primer lugar, acerca de su nombre, edad, estado civil, domicilio, nacionalidad, profesión, ocupación, estudios que haya cursado y demás circunstancias que sirvan para establecer su personalidad y si existe en relación con él algún motivo de sospecha [...].*

<sup>804</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 268.

<sup>805</sup> CPCCN **Juramento o promesa de decir verdad Art. 440** Antes de declarar, los testigos prestarán juramento o formularán promesa de decir verdad, a su elección, y serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes; CPC chileno **Art. 363** Antes de examinar a cada testigo, se le hará prestar juramento al tenor de la fórmula siguiente: "¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?". El interrogado responderá: "Sí juro", conforme a lo dispuesto en el artículo 62. Cuando el tribunal estime que proceda la declaración de menores de catorce años, se le tomará la misma sin juramento previo (art. 357 1°); CGP colombiano **Artículo 220. formalidades del interrogatorio inc. 2°** Presente e identificado el testigo con documento idóneo a juicio del juez, este le exigirá juramento de decir lo que conozca o le conste sobre los hechos que se le

Si el testigo válidamente citado no comparece sin haberse justificado, ya sea al único o al primer llamado que se le haga, según las particularidades de cada legislación, será posible que el tribunal, sin perjuicio de que pueda reprogramar la audiencia para recibir la declaración, sancione al testigo con el pago de una multa y/o que lo haga comparecer por medio de la fuerza pública, tal como se ha previsto expresamente en Argentina<sup>806</sup>, Chile<sup>807</sup>, Colombia<sup>808</sup>, Uruguay<sup>809</sup>, Francia<sup>810</sup>, Italia<sup>811</sup> y Alemania<sup>812</sup>,

---

*pregunten y de que tenga conocimiento, previniéndole sobre la responsabilidad penal por el falso testimonio. A los menores de edad no se les recibirá juramento, pero el juez los exhortará a decir la verdad; LEC Artículo 365 Juramento o promesa de los testigos 1. Antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas. 2. Cuando se trate de testigos menores de edad penal, no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad; CPC francés Article 211 Les personnes qui sont entendues en qualité de témoins prêtent serment de dire la vérité. Le juge leur rappelle qu'elles encourent des peines d'amende et d'emprisonnement en cas de faux témoignage; CFPC Artículo 176 Después de tomarse, al testigo, la protesta de conducirse con verdad, y de advertirlo de las penas en que incurre el que se produce con falsedad [...]; CGP uruguayo 161. Audiencia de declaración La declaración de los testigos se realizará en audiencia presidida por el tribunal, interrogándose a cada uno separadamente, previa promesa o juramento de decir verdad [...]. En el caso de Alemania el juramento procederá solo cuando el tribunal así lo ordene, en atención al significado de la declaración o con el objetivo de obtener una declaración veraz y siempre se prestará con posterioridad al testimonio. Se excluyen a los menores de 16 años, a quienes carezcan de madurez intelectual o debido a su incapacidad intelectual no comprendan el significado del juramento; ZPO § 391 Zeugenbeeidigung Ein Zeuge ist, vorbehaltlich der sich aus; § 392 Nacheid; Eidesnorm Die Beeidigung erfolgt nach der Vernehmung. Mehrere Zeugen können gleichzeitig beeidigt werden. Die Eidesnorm geht dahin, dass der Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe; y § 393 Uneidliche Vernehmung Personen, die zur Zeit der Vernehmung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben, sind unbeeidigt zu vernehmen.*

<sup>806</sup> **Art. 431 inc. 3°** El juzgado fijará una audiencia supletoria con carácter de segunda citación, en fecha próxima, para que declaren los testigos que faltasen a las audiencias, con la advertencia de que si faltase a la primera, sin causa justificada, se lo hará comparecer a la segunda por medio de la fuerza pública y se le impondrá una multa de hasta PESOS UN MIL (\$ 1.000).

<sup>807</sup> **Art. 380 inc. 2°** El testigo que legalmente citado no comparezca podrá ser compelido por medio de la fuerza a presentarse ante el tribunal que haya expedido la citación, a menos que compruebe que ha estado en imposibilidad de concurrir.

<sup>808</sup> **Artículo 218. Efectos de la inasistencia del testigo** En caso de que el testigo desatienda la citación se procederá así: 1. Sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez, se prescindirá del testimonio de quien no comparezca. 2. Si el interesado lo solicita y el testigo se encuentra en el municipio, el juez podrá ordenar a la policía la conducción del testigo a la audiencia si fuere factible. Esta conducción también podrá adoptarse oficiosamente por el juez cuando lo considere conveniente. 3. Si no pudiere convocarse al testigo para la misma audiencia, y se considere fundamental su declaración, el juez suspenderá la audiencia y ordenará su citación. / Al testigo que no comparezca a la audiencia y no presente causa justificativa de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes, se le impondrá multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

<sup>809</sup> **160. Citación del testigo** 160.3 El testigo, que citado por el tribunal rehúse comparecer, será conducido a presencia de aquél por la fuerza pública.

<sup>810</sup> **Article 207** Les témoins défaillants peuvent être cités à leurs frais si leur audition est jugée nécessaire. / Les témoins défaillants et ceux qui, sans motif légitime, refusent de déposer ou de prêter serment peuvent être condamnés à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros.

<sup>811</sup> **Art. 255 Mancata comparizione dei testimoni** Se il testimone regolarmente intimato non si presenta, il giudice istruttore può ordinare una nuova intimazione oppure disporre l'accompagnamento all'udienza stessa o ad altra successiva. Con la medesima ordinanza il giudice, in caso di mancata comparizione senza giustificato motivo, può condannarlo ad una pena pecuniaria non inferiore a 100

agregándose en esta última la imposición del pago de las costas que haya generado su incomparecencia, como asimismo que si no puede pagar la multa, se procederá a su arresto. En igual supuesto, en México<sup>813</sup> y España<sup>814</sup> incluso es posible proceder contra el testigo por el delito de desobediencia a la autoridad.

Obviamente lo anterior tendrá lugar en todos los casos solo cuando el testigo no sea capaz de justificar apropiadamente su ausencia, disponiéndose en algunas legislaciones una excusa general al cumplimiento de este deber. Así, en Alemania<sup>815</sup> se establece que no se impondrán las costas ni la multa cuando el testigo entregue una excusa oportuna y suficiente para no comparecer, mientras que en Francia se indica expresamente que si el testigo justifica su imposibilidad de asistir será exonerado de la multa y los costos de la citación<sup>816</sup>. Pero más allá de eso, la mayoría de los ordenamientos procesales coinciden al prever dos excepciones al deber de comparecer ante el tribunal que conoce de la tramitación del proceso, permitiéndose que el testigo declare ante el mismo tribunal, pero en un lugar diferente a sus instalaciones (declaración domiciliaria), o bien, que lisa y llanamente deponga ante un tribunal

---

*euro e non superiore a 1.000 euro. In caso di ulteriore mancata comparizione senza giustificato motivo, il giudice dispone l'accompagnamento del testimone all'udienza stessa o ad altra successiva e lo condanna a una pena pecuniaria non inferiore a 200 euro e non superiore a 1000 euro.*

<sup>812</sup> **§ 380 Folgen des Ausbleibens des Zeugen** (1) Einem ordnungsgemäß geladenen Zeugen, der nicht erscheint, werden, ohne dass es eines Antrages bedarf, die durch das Ausbleiben verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt. (2) Im Falle wiederholten Ausbleibens wird das Ordnungsmittel noch einmal festgesetzt; auch kann die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden. (3) Gegen diese Beschlüsse findet die sofortige Beschwerde statt.

<sup>813</sup> **Artículo 167** Los testigos serán citados a declarar cuando la parte que ofrezca su testimonio manifieste no poder, por sí misma, hacer que se presenten. La citación se hará con apercibimiento de apremio si faltaren sin justa causa; y **Artículo 612** Los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta por la cantidad equivalente a treinta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por el juez. II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario. III. El cateo por orden escrita. IV. El arresto hasta por treinta y seis horas. / Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

<sup>814</sup> **LEC Artículo 292 Obligatoriedad de comparecer a la audiencia. Multas** 1. Los testigos y los peritos citados tendrán el deber de comparecer en el juicio o vista que finalmente se hubiese señalado. La infracción de este deber se sancionará por el Tribunal, previa audiencia por cinco días, con multa de ciento ochenta a seiscientos euros. 2. Al tiempo de imponer la multa a que se refiere el apartado anterior, el Tribunal requerirá, mediante providencia, al multado para que comparezca cuando se le cite de nuevo por el Secretario judicial, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad.

<sup>815</sup> **§ 381 Genügende Entschuldigung des Ausbleibens** (1) Die Auferlegung der Kosten und die Festsetzung eines Ordnungsmittels unterbleiben, wenn das Ausbleiben des Zeugen rechtzeitig genügend entschuldigt wird. Erfolgt die Entschuldigung nach Satz 1 nicht rechtzeitig, so unterbleiben die Auferlegung der Kosten und die Festsetzung eines Ordnungsmittels nur dann, wenn glaubhaft gemacht wird, dass den Zeugen an der Verspätung der Entschuldigung kein Verschulden trifft. Erfolgt die genügende Entschuldigung oder die Glaubhaftmachung nachträglich, so werden die getroffenen Anordnungen unter den Voraussetzungen des Satzes 2 aufgehoben.

<sup>816</sup> **Article 207 inc. 3°** Celui qui justifie n'avoir pas pu se présenter au jour fixé pourra être déchargé de l'amende et des frais de citation.

diferente a través de la figura del auxilio judicial (situaciones a las que en Argentina<sup>817</sup>, Chile<sup>818</sup>, México<sup>819</sup> y Uruguay<sup>820</sup> debemos agregar el caso de ciertas categorías de personas exceptuadas de comparecer tanto ante el juez de la causa como ante cualquier otro, de modo que se les autoriza a declarar por medio de un informe escrito).

En cuanto a la declaración domiciliaria, como su nombre lo indica, se ha previsto que es posible que el testigo declare en su casa o domicilio<sup>821</sup>, siendo el juez el que deberá desplazarse hasta el lugar en que este se encuentre situado para realizar allí la diligencia, a la que también podrán acudir, si es apropiado, las partes y sus representantes. Todo esto procederá cuando el declarante se vea imposibilitado de comparecer dado que se encuentra afectado por una enfermedad, como asimismo, debido a razones de distancia, dificultades de desplazamiento o a sus circunstancias personales, como su avanzada edad<sup>822</sup>. También es posible constatar que, sin que

---

<sup>817</sup> **Excepciones a la obligación de comparecer Art. 455** *Exceptúase de la obligación de comparecer a prestar declaración a los funcionarios que determine la reglamentación de la Corte Suprema. / Dichos testigos declararán por escrito, con la manifestación de que lo hacen bajo juramento o promesa de decir verdad, dentro del plazo que fije el juzgado, debiendo entenderse que no excederá de DIEZ (10) días si no se lo hubiese indicado especialmente. / La parte contraria a la que ofreció el testigo podrá presentar UN (1) pliego de preguntas a incluir en el interrogatorio.*

<sup>818</sup> **Art. 362** No están obligados a declarar ni a concurrir a la audiencia judicial los chilenos o extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad a los tratados vigentes sobre la materia. / Estas personas declararán por informe, si consintieran a ello voluntariamente. Al efecto, se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del Ministerio respectivo.

<sup>819</sup> **Artículo 171** *Los funcionarios públicos de la Federación y de los Estados a que alude el artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rendirán su declaración por oficio, observándose, en lo aplicable, lo dispuesto por los artículos 127 y 174; pero, si los expresados funcionarios lo estimaren prudente y lo ofrecieren así en respuesta al oficio que se les dirija, podrán rendir su declaración personalmente.*

<sup>820</sup> **163. Declaración por informe** *Sólo podrán dar testimonio por certificación o informe, el Presidente de la República, el Vicepresidente, los Ministros y Subsecretarios del Poder Ejecutivo, los Senadores y Representantes Nacionales, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Electoral y del Tribunal de Cuentas, Intendentes Municipales, los Oficiales Generales en actividad de las Fuerzas Armadas, los Ministros de los Tribunales de Apelaciones, el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, el Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, los Jueces Letrados, los Fiscales Letrados, los embajadores y demás diplomáticos acreditados en la República cuando así proceda de acuerdo con las normas del Derecho Internacional.*

<sup>821</sup> Para RODRÍGUEZ TIRADO este concepto debe ser interpretado de forma amplia, incluyendo a una habitación de hospital o al despacho de quienes desempeñan altos cargos de la administración pública, RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 130.

<sup>822</sup> **CPCCN Testigo imposibilitado de comparecer Art. 436** *Si alguno de los testigos se hallase imposibilitado de comparecer al juzgado o tuviere alguna otra razón atendible a juicio del juez para no hacerlo, será examinado en su casa, ante el secretario, presentes o no las partes, según las circunstancias; LEC Artículo 364 Declaración domiciliaria del testigo 1. Si por enfermedad u otro motivo de los referidos en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 169, el tribunal considerare que algún testigo no puede comparecer en la sede de aquél, podrá tomársele declaración en su domicilio bien directamente, bien a través de auxilio judicial, según que dicho domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal; CPC italiano Art. 255 Mancata comparizione dei testimoni Se il testimone si trova nell'impossibilità di presentarsi o ne è esentato dalla legge o dalle convenzioni internazionali, il giudice si reca nella sua abitazione o nel suo ufficio; e, se questi sono situati fuori della circoscrizione del tribunale, delega all'esame il giudice istruttore del luogo; y CFPC Artículo 170 A los ancianos de más*



concurran esas situaciones, algunos ordenamientos han exceptuado del deber de comparecencia a las personas que desempeñan determinados cargos, entre los que se incluye al Presidente de la República y a los parlamentarios, a quienes se les recibirá su declaración en su residencia, despacho o lugar de reunión<sup>823</sup>.

A su turno, el auxilio judicial permite que los testigos declaren ante un tribunal distinto de aquel que tramita la causa, principalmente cuando el deponente se encuentre domiciliado fuera del lugar del juicio o a una distancia tal que haga muy difícil o gravosa su concurrencia<sup>824</sup>, atendándose también en España<sup>825</sup> a las dificultades de desplazamiento y a las circunstancias personales del testigo. Sin embargo, este auxilio

---

*de setenta años, a las mujeres y a los enfermos, podrá el tribunal, según las circunstancias, recibirles la declaración en la casa en que se hallen, en presencia de las partes, si asistieren.*

<sup>823</sup> ZPO § 375 **Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter** (2) *Der Bundespräsident ist in seiner Wohnung zu vernehmen; y § 382 Vernehmung an bestimmten Orten* (1) *Die Mitglieder der Bundesregierung oder einer Landesregierung sind an ihrem Amtssitz oder, wenn sie sich außerhalb ihres Amtssitzes aufhalten, an ihrem Aufenthaltsort zu vernehmen.* (2) *Die Mitglieder des Bundestages, des Bundesrates, eines Landtages oder einer zweiten Kammer sind während ihres Aufenthaltes am Sitz der Versammlung dort zu vernehmen;* CPC chileno **Art. 361** *Podrán declarar en el domicilio que fijen dentro del territorio jurisdiccional del tribunal: 1°. El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Senadores y Diputados, los Subsecretarios; los Intendentes Regionales, los Gobernadores y los Alcaldes, dentro del territorio de su jurisdicción; los jefes superiores de Servicios, los miembros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales Judiciales de estos Tribunales, los Jueces Letrados, el Fiscal Nacional y los fiscales regionales; los Oficiales Generales en servicio activo o en retiro, los Oficiales Superiores y los Oficiales Jefes; el Arzobispo y los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores, los Vicarios y Provicarios Capitulares; y los Párrocos, dentro del territorio de la Parroquia a su cargo; 2°. Derogado; 3°. Los religiosos, incluso los novicios; 4°. Las mujeres, siempre que por su estado o posición no puedan concurrir sin grave molestia; y 5°. Los que por enfermedad u otro impedimento, calificado por el tribunal, se hallen en la imposibilidad de hacerlo; y CGP colombiano **Artículo 215. Testimonio en el despacho del testigo** *Al Presidente de la República o al Vicepresidente se les recibirá testimonio en su despacho.**

<sup>824</sup> CPCCN **Testigos domiciliados fuera de la jurisdicción del juzgado Art. 453** *En el escrito de ofrecimiento de prueba, la parte que hubiese presentado testigos que deban declarar fuera del lugar del juicio, acompañará el interrogatorio e indicará los nombres de las personas autorizadas para el trámite del exhorto u oficio, quienes deberán ser abogados o procuradores de la matrícula de la jurisdicción del tribunal requerido, excepto cuando por las leyes locales estuvieren autorizadas otras personas. Los comisionados podrán sustituir la autorización;* CPC chileno **Art. 371** *Si han de declarar testigos que residan fuera del territorio jurisdiccional en que se sigue el juicio, se practicará su examen por el tribunal que corresponda, a quien se remitirá copia de los puntos de prueba fijados;* CPC francés **Article 157** *Lorsque l'éloignement des parties ou des personnes qui doivent apporter leur concours à la mesure, ou l'éloignement des lieux, rend le déplacement trop difficile ou trop onéreux, le juge peut charger une autre juridiction de degré égal ou inférieur de procéder à tout ou partie des opérations ordonnées;* CFPC **Artículo 174 inc. 2°** *Para el examen de los testigos que no residan en el lugar del negocio, se libraré recado al tribunal que ha de practicar la diligencia, acompañándole, en pliego cerrado, los interrogatorios, previa la calificación correspondiente;* CGP uruguayo **160. Citación del testigo 160.6** *Excepcionalmente, y consideradas las circunstancias del caso, podrá disponerse la declaración del testigo ante el tribunal comisionado cuando aquél se domicilie en el extranjero o a una distancia tal de la sede que le haga difícil o gravosa su concurrencia. A esos efectos se libraré exhorto instruido para su interrogatorio que redactará el tribunal oídas las partes al respecto.*

<sup>825</sup> **Artículo 169 Casos en que procede el auxilio judicial 4.II** *Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior.*

judicial será solo el último de los mecanismos a los que cabe acudir en Colombia<sup>826</sup>, ya que antes de comisionar la práctica de la prueba se ha de intentar que el testigo declare a través de medios técnicos, como video o teleconferencia. En Alemania la posibilidad de hacer uso de la asistencia del juez delegado es aún más excepcional, pues aunque no puedan emplearse medios de imagen y sonido para comunicar la sala de audiencia con el lugar en el que se encuentre el declarante, el auxilio solo procederá, en todos los supuestos, si se considera que el tribunal que debe resolver el asunto será capaz de evaluar apropiadamente los resultados de la diligencia aun cuando carezca de una impresión directa de su desarrollo<sup>827</sup>.

Como lo indicábamos, si el testigo legalmente citado comparece a la audiencia respectiva, su intervención comenzará cumpliendo el deber de jurar o prometer, exceptuándose de este a los menores de edad penal. Por ende, si se niega a llevarlo a cabo no le será posible realizar su declaración en el proceso, pues se considera que esta es una formalidad previa e ineludible para todo aquel que pretenda intervenir en él con este carácter, sin la cual el sujeto no se encuentra habilitado para ser interrogado sobre los hechos de la causa. En todo caso, este es un deber que en la mayoría de las legislaciones analizadas no tiene contemplada una sanción particular, salvo en Alemania, Francia e Italia, donde se ha previsto expresamente que al declarante se le deberán aplicar las mismas sanciones que proceden en el caso de que se rehúse a declarar.

Ahora bien, aunque claramente en la actualidad el juramento no tiene la connotación que se le otorgaba en siglos anteriores, donde era visto como un acto de sujeción a la fe o creencia religiosa del declarante, los legisladores mantienen el acto del juramento o promesa en un momento previo a que el testigo preste su testimonio, ya que

---

<sup>826</sup> **Artículo 224. Declaración de testigos residentes fuera de la sede del juzgado** *El juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, podrá ordenar que los testigos residentes fuera de la sede del juzgado declaren a través de medios técnicos o comparezcan a este. En este último caso el juez señalará los gastos de transporte y permanencia que serán consignados por cualquiera de las partes dentro de la ejecutoria del respectivo auto, salvo que los testigos asuman el gasto.* También, ver artículo 171 (*supra* nota 724).

<sup>827</sup> **§ 375 Beweisaufnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter** (1) *Die Aufnahme des Zeugenbeweises darf einem Mitglied des Prozessgerichts oder einem anderen Gericht nur übertragen werden, wenn von vornherein anzunehmen ist, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von dem Verlauf der Beweisaufnahme sachgemäß zu würdigen vermag, und 1. wenn zur Ausmittlung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint oder nach gesetzlicher Vorschrift der Zeuge nicht an der Gerichtsstelle, sondern an einem anderen Ort zu vernehmen ist; 2. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozessgericht zu erscheinen und eine Zeugenvernehmung nach § 128a Abs. 2 nicht stattfindet; 3. wenn dem Zeugen das Erscheinen vor dem Prozessgericht wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann und eine Zeugenvernehmung nach § 128a Abs. 2 nicht stattfindet.*

con su realización adquiere la obligación legal de decir la verdad acerca de los hechos, pudiendo incurrir, en caso de que no lo haga, en responsabilidad penal por el delito de falso testimonio<sup>828</sup>. Por lo tanto, hoy se espera que, más que por temor a Dios, el testigo proporcione un relato verídico de los acontecimientos para no incurrir en un delito<sup>829</sup>.

Finalmente, si el testigo ha comparecido al llamamiento y ha jurado o prometido decir la verdad, debe cumplir con el último de sus deberes, que no es sino el de declarar, para lo cual deberá contestar las preguntas que el tribunal o las partes le formulen sobre los aspectos fácticos respecto a los que se ha ofrecido su declaración. Sin embargo, si careciendo de justa causa se niega a ello, en términos generales se ha previsto que esto se sancionará con una multa o el despacho de una orden de arresto en su contra<sup>830</sup>, agregándose en Alemania el pago de las costas ocasionadas por su negativa<sup>831</sup>. Por su parte, en Italia<sup>832</sup> se ha dispuesto que el testigo será denunciado al ministerio público,

---

<sup>828</sup> A modo de ejemplo: Código Penal argentino **Artículo 275** *Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente*; Código Penal chileno **Art. 209** *El falso testimonio en causa civil, será castigado con presidio menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales*; y Código Penal español **Artículo 458** 1. *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*

<sup>829</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 298. En el mismo sentido: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 48. De hecho, en relación con el juramento se ha apuntado que “*es evidente su pérdida de fuerza coercitiva en una sociedad en la que el reproche ético o moral ante su incumplimiento es casi inexistente*”, CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal: su práctica ante los tribunales*, Madrid, 2010, p. 144.

<sup>830</sup> CPC chileno **Art. 380 inc. 3°** *Si compareciendo se niega sin justa causa a declarar, podrá ser mantenido en arresto hasta que preste su declaración*; CGP colombiano **Artículo 221. Práctica del interrogatorio** *La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas: 8. Al testigo que sin causa legal se rehusare a declarar a pesar de ser requerido por el juez para que conteste, se le impondrá multa de dos (2) a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) o le impondrá arresto inmutable de uno (1) a diez (10) días. El que diere respuestas evasivas a pesar de ser requerido, se le impondrá únicamente la sanción pecuniaria*; CPC francés **Article 217 inc. 2°** *Les témoins défailants et ceux qui, sans motif légitime, refusent de déposer ou de prêter serment peuvent être condamnés à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros*; y CGP uruguayo **160. Citación del testigo** 160.4 *El testigo que rehusara declarar incurrirá en desobediencia al tribunal y éste podrá imponer su arresto hasta por veinticuatro horas.*

<sup>831</sup> **§ 390 Folgen der Zeugnisverweigerung** (1) *Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder aus einem rechtskräftig für unerheblich erklärten Grund verweigert, so werden dem Zeugen, ohne dass es eines Antrages bedarf, die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt.* (2) *Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in dem Rechtszug hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren gelten entsprechend.*

<sup>832</sup> **Art. 256. Rifiuto di deporre e falsità della testimonianza** *Se il testimone, presentandosi, rifiuta di giurare o di deporre senza giustificato motivo, o se vi è fondato sospetto che egli non abbia detto la verità o sia stato reticente, il giudice istruttore lo denuncia al pubblico ministero, al quale trasmette copia del processo verbale.*

mientras en México<sup>833</sup> incluso se puede llegar a proceder en su contra por el delito de desobediencia.

Al igual que ocurre con los deberes antes señalados, las legislaciones prevén supuestos que eximen a ciertas personas de declarar como testigos en el proceso civil, o al menos, que los libran de la necesidad de contestar algunas de las preguntas que se le planteen. De esta forma, en términos generales se pueden detectar tres tipos de dispensas:

- Si entre el testigo y el litigante existe una relación de matrimonio, parentesco o filiación, el cónyuge y los parientes que se indican pueden abstenerse de declarar<sup>834</sup>;

- El testigo puede negarse a contestar las preguntas que impliquen para él, o para alguno de los miembros de su familia que se señalan, la provocación de un daño patrimonial inmediato, la afectación de su honor o reputación, o el riesgo de ser perseguido por la comisión de un delito<sup>835</sup>;

- Por último, las legislaciones contemplan que ciertos hechos o informaciones se encuentran amparadas por una situación de reserva, de modo que cuando las preguntas se refieran a estas materias, el testigo no solo cuenta con la facultad de negarse a declarar, sino que en la mayoría de las ocasiones tiene el deber de dejar de hacerlo. Esto puede tener lugar cuando el declarante desempeña o ha desempeñado alguna profesión,

---

<sup>833</sup> **Artículo 167 inc. 2°** *Los que, habiendo comparecido, se nieguen a declarar, serán apremiados por el tribunal.* También, ver artículo 612 (*supra* nota 813).

<sup>834</sup> **ZPO § 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen** (1) *Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: 1. der Verlobte einer Partei oder derjenige, mit dem die Partei ein Versprechen eingegangen ist, eine Lebenspartnerschaft zu begründen; 2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht; 2a. der Lebenspartner einer Partei, auch wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht; 3. diejenigen, die mit einer Partei in gerader Linie verwandt oder verschwägert, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert sind oder waren;* CPC chileno **Art. 360** *No serán obligados a declarar: 2°. Las personas expresadas en los números 1°, 2° y 3° del artículo 358;* CPC francés **Article 206** *Est tenu de déposer quiconque en est légalement requis. Peuvent être dispensées de déposer les personnes qui justifient d'un motif légitime. Peuvent s'y refuser les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint, même divorcé;* y CGP uruguayo **156. Exenciones al deber de testimoniar** 156.1 *Tienen la facultad de abstenerse de testimoniar, el cónyuge, aun separado, los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, los afines en primer grado y los padres e hijos adoptivos, salvo, para todos ellos, que el proceso refiera a cuestiones de estado o de filiación y, en general, a cualquier hecho íntimo.*

<sup>835</sup> **ZPO § 384 Zeugnisverweigerung aus sachlichen Gründen** *Das Zeugnis kann verweigert werden: 1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu der er in einem der im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde; 2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem seiner im § 383 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Angehörigen zur Unehre gereichen oder die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden;* CPCCN **Negativa a responder Art. 444** *El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 1) Si la respuesta lo expusiere a enjuiciamiento penal o comprometiera su honor;* CPC chileno **Art. 360** *No serán obligados a declarar: 3°. Los que son interrogados acerca de hechos que afecten el honor del testigo o de las personas mencionadas en el número anterior, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o cualquiera de las personas referidas.*

cargo o empleo, en cuyo ejercicio ha tomado conocimiento de hechos que la ley ha clasificado con carácter de reservados, v. gr. porque son importantes para asegurar el bienestar o el normal funcionamiento del Estado; porque forman parte de un secreto artístico, científico o industrial; o más comúnmente, porque caen dentro del ámbito de hechos amparados por el secreto profesional<sup>836</sup>.

---

<sup>836</sup> ZPO § 376 Vernehmung bei Amtsverschwiegenheit (1) Für die Vernehmung von Richtern, Beamten und anderen Personen des öffentlichen Dienstes als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, und für die Genehmigung zur Aussage gelten die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften. (2) Für die Mitglieder des Bundestages, eines Landtages, der Bundes- oder einer Landesregierung sowie für die Angestellten einer Fraktion des Bundestages oder eines Landtages gelten die für sie maßgebenden besonderen Vorschriften. (3) Eine Genehmigung in den Fällen der Absätze 1, 2 ist durch das Prozessgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen. (4) Der Bundespräsident kann das Zeugnis verweigern, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. (5) Diese Vorschriften gelten auch, wenn die vorgenannten Personen nicht mehr im öffentlichen Dienst oder Angestellte einer Fraktion sind oder ihre Mandate beendet sind, soweit es sich um Tatsachen handelt, die sich während ihrer Dienst-, Beschäftigungs- oder Mandatszeit ereignet haben oder ihnen während ihrer Dienst-, Beschäftigungs- oder Mandatszeit zur Kenntnis gelangt sind; § 383 Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen (1) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt: 4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist; 5. Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von periodischen Druckwerken oder Rundfunksendungen berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben, über die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährsmanns von Beiträgen und Unterlagen sowie über die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemachten Mitteilungen, soweit es sich um Beiträge, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil handelt; 6. Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht; y § 384 Zeugnisverweigerung aus sachlichen Gründen Das Zeugnis kann verweigert werden: 3. über Fragen, die der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren; CPCCN **Negativa a responder Art. 444** El testigo podrá rehusarse a contestar las preguntas: 2) Si no pudiere responder sin revelar un secreto profesional, militar, científico, artístico o industrial; CPC chileno **Art. 360** No serán obligados a declarar: 1°. Los eclesiásticos, abogados, escribanos, procuradores, médicos y matronas, sobre hechos que se les hayan comunicado confidencialmente con ocasión de su estado, profesión u oficio; CGP colombiano **Artículo 209. Excepciones al deber de testimoniar** No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión: 1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República. 2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional y cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto; LEC **Artículo 371 Testigos con deber de guardar secreto** 1. Cuando, por su estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal, considerando el fundamento de la negativa a declarar, resolverá, mediante providencia, lo que proceda en Derecho. Si el testigo quedare liberado de responder, se hará constar así en el acta. 2. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter; CPC italiano **Art. 249. Facoltà d'astensione** Si applicano all'audizione dei testimoni le disposizioni degli articoli 200. 201 e 202 del codice di procedura penale relative alla facoltà d'astensione dei testimoni; CFPC **Artículo 169** Los funcionarios públicos o quienes lo hayan sido, no están obligados a declarar, a solicitud de las partes, respecto al asunto de que conozcan o hayan conocido por virtud de sus funciones. Solamente cuando el tribunal lo juzgue indispensable para la investigación de la verdad, podrán ser llamados a declarar; CGP uruguayo **156. Exenciones al deber de testimoniar** 156.2 Así mismo pueden rehusarse a contestar preguntas que violen su deber o facultad de reserva, aquellos que están amparados por el secreto profesional o que por disposición de la ley deban guardar secreto.

Sea como fuere, las dispensas al deber de declarar contempladas por los distintos ordenamientos corresponden a decisiones de política legislativa que sitúan a ciertos valores e intereses, como la intimidad, la confidencialidad, la protección familiar, el emprendimiento o el bienestar estatal, por sobre el objetivo de determinar la efectiva ocurrencia de los hechos litigiosos mediante todas las fuentes de información que se encuentren disponibles para su utilización, privando al tribunal de datos que en el caso concreto pueden resultar valiosísimos para el esclarecimiento de los eventos. No obstante, no vamos a descubrir ahora que el normal desarrollo de la sociedad implica el resguardo y el establecimiento de garantías de protección de ciertos intereses que se han considerado esenciales, y que por consiguiente van a prevalecer por sobre los objetivos del proceso judicial, el que, por tanto, debe desarrollarse mediante la utilización de mecanismos que los respeten plenamente. De ahí que, como hemos mencionado en páginas anteriores, se haya sostenido que el proceso se orienta al establecimiento de una verdad relativa y contextualizada, propia de todas las actividades del conocimiento humano.

En todo caso, de ningún modo es dable sostener la preeminencia absoluta de las exenciones indicadas, pues las mismas legislaciones establecen situaciones en las que ellas van a quedar sin efecto, por ejemplo, en relación con el secreto profesional, donde la intimidad cede frente a la posibilidad cierta de un daño para alguna persona o al riesgo de la comisión de un delito, aunque, claro está, esto no se debe a que se pongan en una posición preferente los fines del proceso, sino a que entran en escena otros principios o valores que se estiman aún más importantes. Además, tampoco hay que sobredimensionar el impacto de las dispensas en la determinación precisa de los hechos de la causa, toda vez que el éxito de cualquier tipo de emprendimiento testimonial parte de la base que el declarante efectivamente desea servir como un agente colaborador en la consecución de un resultado feliz del proceso, ayudando en la determinación de la real ocurrencia de los eventos. Empero, no todos los testigos se mostrarán llanos a contribuir de ese manera, pues es perfectamente esperable que algunas personas, aún sin la existencia de las exenciones legales, no presten toda la colaboración que podrían, debido a que se reservarán cierta información en protección de sí mismos, de su familia o de sus intereses, privándose de proporcionar datos que podrían afectar el normal desarrollo de su profesión u oficio, provocarle una ruptura familiar u ocasionarle el descrédito social, sin mencionar el riesgo de ser privado de libertad, razón por la que su testimonio no será todo lo fructífero que requiere el proceso. De ahí, que las

excepciones legales tengan un asidero más que suficiente de acuerdo a criterios de normalidad.

Lo anterior se vincula con otro aspecto de los deberes del testigo y que en nuestra opinión tiene repercusiones desde la óptica de la psicología del testimonio, de modo que antes de cerrar este apartado no podemos dejar de llamar la atención respecto al tipo de sanciones que se imponen al declarante que falta a sus deberes. Como hemos indicado, el testigo infractor se arriesga -dependiendo de la legislación concreta- a que se le impongan sanciones que van desde el pago de una multa hasta el inicio de una persecución penal en su contra por la comisión de un delito. En nuestra opinión, esto en nada colabora con la obtención de una declaración de óptima calidad. En efecto, según se ha señalado a propósito de la entrevista cognitiva mejorada<sup>837</sup>, resulta esencial para el éxito de la diligencia que el testigo se sienta cómodo y en un ambiente agradable, para lo cual debe ser tratado con cordialidad por el entrevistador, quien le debe explicar por qué ha sido llamado a declarar y la importancia que reviste el resultado de esta diligencia para la adecuada resolución del litigio. Con esto, se consiguen dos tipos de beneficios para el proceso: por una parte, se logra ganar la confianza del testigo y se le pone en posición de decir todo lo que sabe sobre los hechos debatidos y de colaborar con el proceso, y al mismo tiempo, al situarlo en un estado de tranquilidad y sosiego ante un escenario que en la mayoría de las ocasiones se presenta como nuevo y desconocido, se consigue mitigar sus niveles de estrés y ansiedad, gracias a lo cual es posible alcanzar un mejor funcionamiento de las técnicas de memoria, tornando más factible la reinstalación en el contexto de los hechos o el relato de los mismos desde distintos puntos temporales de inicio.

No obstante, todo lo anterior no se obtendrá de un testigo al que, v. gr. se le ha condenado a pagar una multa de cinco salarios mínimos (Colombia) o 3000 euros (Francia), ha sido traído ante el juez mediante el uso de la fuerza pública (Uruguay), ha sido arrestado por negarse a declarar (Chile) o en contra de quien se ha iniciado un proceso criminal por el delito de desobediencia (México). De hecho, podríamos estar de acuerdo en que una persona en ese contexto no tendrá ninguna intención de colaborar con el proceso, menos aún si desde un inicio ya se negaba de manera evidente a formar parte de él, al rehusarse a asistir a la audiencia o a contestar alguna de las preguntas que

---

<sup>837</sup> Sobre el particular, ver *supra* nota 672.

se le formularon. O bien, su nivel de contrariedad será tal que solo conseguirá un pobre desempeño mnemónico, con el consecuente deterioro en la calidad de sus recuerdos.

Desde una mirada psicológica estimamos que es completamente desaconsejable el mantenimiento de este tipo de “alicientes” para adquirir las declaraciones testificales, pues ellos desincentivan aún más a quienes desde el principio se mostraron reacios a intervenir voluntariamente en el proceso, por lo que en último término estas sanciones solo consiguen que el juez obtenga declaraciones de pésima calidad o derechamente falsas. De ahí que si se quiere perfeccionar la diligencia lo ideal es contar con la asistencia de personas que efectivamente quieran colaborar con el proceso, por lo que el primer llamado es a que las partes propongan la declaración de este tipo de personas - que es, por lo demás, lo que generalmente ocurre en los procesos judiciales-, y que para el caso que ello no sea posible, aunque suene utópico, se vaya formando en la sociedad civil el hábito y el deseo de coadyuvar en el “hacer justicia” en cada uno de los conflictos judiciales, de modo que cada persona se sienta parte del ejercicio del poder estatal y de la preservación de la paz social en sus distintas comunidades. Ahora bien, eso también requiere un cambio desde los tribunales de justicia, que parte con la puntualidad en el inicio de las audiencias y el respeto por el tiempo de los que intervienen en ellas, y termina con un mejoramiento de la opinión pública sobre la judicatura, temas que por cierto escapan a los objetivos de este trabajo.

## 5) Práctica

Si la declaración de testigos ha sido aprobada por el tribunal, superando el control de admisibilidad que este desarrolla respecto a cada una de las pruebas que propongan las partes, el o los declarantes deben presentarse ante el juez de la causa el día y hora señalados. El número de los testigos de que cada parte puede valerse varía en las distintas legislaciones, pero podemos señalar que en Argentina<sup>838</sup> no puede pasar en total de 8 sujetos por cada parte, en Uruguay<sup>839</sup> y México<sup>840</sup> de 5 por cada hecho a

---

<sup>838</sup> **Número de testigos Art. 430** *Los testigos no podrán exceder de OCHO (8) por cada parte. Si se hubiere propuesto mayor número, se citará a los OCHO (8) primeros, y luego de examinados, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá disponer la recepción de otros testimonios entre los propuestos, si fueren estrictamente necesarios y, en su caso, ejercer la facultad que le otorga el artículo 452.*

<sup>839</sup> **159. Petición de la prueba testimonial Inc. 2°** *Sobre cada hecho a probar no podrá proponerse más de cinco testigos, salvo que exista motivo fundado a juicio del tribunal.*

<sup>840</sup> **Artículo 166** *Una parte sólo puede presentar hasta cinco testigos sobre cada hecho, salvo disposición diversa de la ley.*



probar y en Chile<sup>841</sup>, de 6, mientras que en Colombia<sup>842</sup>, si bien no se establece una cantidad máxima de declarantes, se le confiere al tribunal la facultad de limitar los testimonios cuando considere esclarecidos los hechos. Algo similar ocurre en España<sup>843</sup>, pero en este caso el juez debe escuchar al menos la declaración de 3 testigos antes de descartar la de los demás.

Una vez situados en el acto de toma de declaración, y habiendo prestado juramento o promesa de decir verdad, el testigo deberá individualizarse y contestar -en las legislaciones que así lo disponen, según vimos antes- el interrogatorio preliminar tendente a dejar de manifiesto de entrada su relación con las partes o con el objeto debatido. Luego de ello, deberá responder cada una de las preguntas que le formule el tribunal y/o las partes, siempre que en este último caso no hayan sido rechazadas por no referirse al objeto del juicio o por ser estimadas impertinentes, inconducentes o inútiles. Estas interrogantes serán expresadas oralmente en el acto, sin perjuicio de lo cual las legislaciones contemplan la posibilidad de presentar con antelación listados de preguntas escritas, por ejemplo, cuando deba recurrirse al interrogatorio domiciliario o al auxilio judicial y las partes no puedan asistir, o bien, cuando se trate de la declaración de personas que se encuentran habilitadas por la legislación para entregar sus respuestas por escrito<sup>844</sup>. En este mismo aspecto, en Italia<sup>845</sup> se dispone que con acuerdo de las partes, el juez podrá disponer que la declaración se realice por escrito, teniendo en cuenta la naturaleza del caso y demás circunstancias, para lo cual el sujeto contestará el cuestionario que se le hará llegar. A su turno, en Alemania<sup>846</sup> el tribunal puede ordenar

---

<sup>841</sup> **Art. 372** *Serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse.*

<sup>842</sup> **Artículo 212. Petición de la prueba y limitación de testimonios inc. 2°** *El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba, mediante auto que no admite recurso.*

<sup>843</sup> **Artículo 363 Limitación del número de testigos** *Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado. / Cuando el tribunal hubiere escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado.*

<sup>844</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 73.

<sup>845</sup> **Art. 257-bis. Testimonianza scritta** *Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato.*

<sup>846</sup> **§ 377 Zeugenladung (3)** *Das Gericht kann eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage anordnen, wenn es dies im Hinblick auf den Inhalt der Beweisfrage und die Person des Zeugen für ausreichend erachtet. Der Zeuge ist darauf hinzuweisen, dass er zur Vernehmung geladen werden kann. Das Gericht ordnet die Ladung des Zeugen an, wenn es dies zur weiteren Klärung der Beweisfrage für notwendig erachtet.*

que se lleve a cabo una declaración escrita, considerado el contenido de la misma y la persona del testigo.

En cuanto a la forma de la deposición, debe traerse a colación lo que ya apuntamos a propósito de la declaración de las partes, en el sentido de que para la obtención de una declaración óptima, la psicología del testimonio sostiene que debe comenzarse por solicitar al testigo un relato libre de los hechos, terminado el cual se puede dar paso a un interrogatorio lo más aséptico y abierto posible<sup>847</sup>. Empero, tal como ocurre respecto a dicha prueba, lamentablemente estas orientaciones no han sido incorporadas por todas las legislaciones procesales civiles analizadas. De hecho, en el caso de España, una norma con estas características solo se contempla para el proceso penal, toda vez que el texto del párrafo 2º del art. 436 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>848</sup> deja en claro que el juez debe comenzar con el sistema narrativo en la obtención de la declaración de testigos, disposición que aun cuando data de finales del siglo XIX concuerda plenamente con las tendencias psicológicas modernas. Huelga señalar lo manifiesto que resulta la necesidad de que esta norma tenga su correlato dentro de la legislación civil.

Sin embargo, el panorama general es algo mejor que el que pudimos constatar respecto a la declaración de partes. De hecho, vuelve a destacarse en este punto la regulación procesal de Alemania<sup>849</sup>, pero se le unen las legislaciones uruguaya y colombiana. Esto porque en la primera de las mencionadas se ha dispuesto que en el acto de la declaración testifical el tribunal deberá comenzar por inducir al testigo para que cuente cualquier hecho que conozca en relación con la materia de su examinación, acabado lo cual, podrán realizársele preguntas para clarificar y completar su declaración, como también para conocer las fuentes de su conocimiento. De la misma forma, en Uruguay<sup>850</sup> se ha establecido que el juez debe principiar por solicitar al testigo un relato de los hechos objeto de su declaración, de manera muy similar a lo que se

---

<sup>847</sup> En relación con los fundamentos y las ventajas de seguir los postulados de la psicología del testimonio, damos por reproducidos, respecto a la prueba testimonial, todo lo que señalamos en su momento para la declaración de partes. Ver *supra* p. 229.

<sup>848</sup> **Artículo 436 Párrafo 2º** *El Juez dejará al testigo narrar sin interrupción los hechos sobre los cuales declare, y solamente le exigirá las explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos.*

<sup>849</sup> **§ 396 Vernehmung zur Sache** (1) *Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. (2) Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen.*

<sup>850</sup> **161. Audiencia de declaración** 1) *el tribunal (...) ordenará al testigo que haga un relato de los hechos objeto de su declaración, interrogándolo sobre ello.*

indica en Colombia<sup>851</sup>, donde el tribunal debe informar brevemente al testigo acerca de los hechos que debe declarar, ordenándole que haga un relato acerca de lo que conozca o le conste de ellos. Obviamente estas legislaciones señalan el camino correcto que en este tema deberían seguir todas las demás, especialmente las que se encuentran en proceso de reforma, como es el caso de Chile, donde lo deseable es que se contemple alguna disposición que expresamente señale el sistema que el tribunal debe utilizar para proceder a la interrogación de personas.

Ahora bien, dejando en claro que la mayoría de las legislaciones soslayan la etapa narrativa y prevén una declaración de testigos que de punta a cabo se lleva adelante en la forma de un interrogatorio, enfoquémonos ahora en la configuración externa que deben adoptar las preguntas que se le proponen a los testigos. En este aspecto debemos señalar que en general las legislaciones obvian cualquier disposición en este sentido o simplemente se conforman con indicar algunas consideraciones aisladas que no llegan a tocar las cuestiones más importantes que merecen consideración en este tema, de modo que, además de las exigencias de procedencia que operan respecto a todas las pruebas, es posible constatar que las disposiciones procesales solo contemplan unas cuantas directrices sobre la forma de las preguntas.

En lo que se refiere al tenor interrogativo o afirmativo, ya hemos hecho referencia a lo largo de este capítulo a los inconvenientes que la utilización de preguntas formuladas en términos afirmativos puede causar para el adecuado desarrollo del proceso de recuperación<sup>852</sup>. La generación de falsas memorias es un tema que de ninguna manera puede dejar de ser considerado, pues es un fenómeno cuya aparición deber ser evitada a través de todos los medios a disposición del sistema judicial. Empero, solo en Argentina<sup>853</sup> existe una norma que prohíbe que a los testigos se les planteen preguntas en términos afirmativos. La mayoría de las legislaciones estudiadas omite cualquier referencia al respecto, con lo que de forma tácita se acepta la inclusión de este tipo de preguntas en el interrogatorio de testigos. Esta realidad es todavía peor

---

<sup>851</sup> **Artículo 221. Práctica del interrogatorio 2.** *A continuación el juez informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de su declaración y le ordenará que haga un relato de cuanto conozca o le conste sobre los mismos. Cumplido lo anterior continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos y obtener del testigo un informe espontáneo sobre ellos.*

<sup>852</sup> Sobre este tema, entre otros: LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 94; HALL, David F., LOFTUS, Elizabeth F. y TOUSIGNANT, James P., *Postevent information and changes in recollection for a natural event*, cit., p. 130.

<sup>853</sup> **Forma de las preguntas Art. 443** *Las preguntas no contendrán más de UN (1) hecho; serán claras y concretas; no se formularán las que estén concebidas en términos afirmativos, sugieran la respuesta o sean ofensivas o vejatorias. No podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas.*

en México<sup>854</sup>, pues allí expresamente se permite que las interrogaciones puedan tener forma afirmativa o inquisitiva. No vamos a insistir nuevamente aquí sobre la importancia de este tema para el resultado de las diligencias probatorias, sin perjuicio de lo cual alentamos a los distintos legisladores no solo a incluir la prohibición expresa de la formulación de preguntas en sentido afirmativo -evitando así espacio para la duda o para toda interpretación errónea o torcida de este aspecto de la declaración testifical- sino que, al mismo tiempo, a disponer de forma clara que los interrogatorios deben realizarse mediante preguntas abiertas, carentes de toda sugestión, por insignificante que esta nos pueda parecer a primera vista. Ahora, vinculado con el tema de la sugestión, debemos recordar que tal como ha quedado demostrado mediante diversos estudios psicológicos a los que hemos hecho mención en su momento<sup>855</sup>, resulta indudable que es posible ejercer una influencia sobre el contenido del relato del declarante a través de las preguntas que se le presenten, donde cada una de las palabras que se utilicen para su construcción puede jugar un rol trascendental. No obstante, la mayoría de las legislaciones también guarda silencio en este aspecto. La excepción la encontramos en las legislaciones de Argentina y Colombia<sup>856</sup>, donde se ha dispuesto que no será posible formular -o se podrán objetar- las preguntas que sugieran la respuesta. Por consiguiente, resulta urgente que el resto de los ordenamientos procesales incluyan una exclusión expresa para las preguntas sugestivas, pues mediante ellas se introduce al proceso información sobre la que el testigo no se ha referido y que, por lo tanto, puede tratarse de aspectos fácticos que son desconocidos para él, lo que por consecuencia acarrea la alteración de sus recuerdos<sup>857</sup>.

En un punto en el que sí encontramos cierto consenso por parte de algunos ordenamientos es en que se prevé que las preguntas deben estar concebidas en términos

---

<sup>854</sup> **Artículo 175** *Las preguntas y repreguntas deben estar concebidas en términos claros y precisos; han de ser conducentes a la cuestión debatida; se procurará que en una sola no se comprenda más de un hecho y no hechos o circunstancias diferentes, y pueden ser en forma afirmativa o inquisitiva.*

<sup>855</sup> Ver *supra* p. 205.

<sup>856</sup> **Artículo 219. Requisitos del interrogatorio** *Cada pregunta versará sobre un hecho y deberá ser clara y concisa. Si no reúne los anteriores requisitos el juez la formulará de la manera indicada; y* **Artículo 220. Formalidades del interrogatorio inc. 4º** *Las partes podrán objetar preguntas [...] cuando fueren sugestivas. En este evento, el objetante se limitará a indicar la causal y el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso. / Cuando la pregunta insinúe la respuesta deberá ser rechazada, sin perjuicio de que una vez realizado el interrogatorio, el juez la formule eliminando la insinuación, si la considera necesaria*

<sup>857</sup> Por todos, ver: DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit.

claros y precisos. Al menos así se ha dispuesto en Argentina, Colombia, España<sup>858</sup> y México. Con ello, se procura que al testigo no se le formulen preguntas tendenciosas, capciosas<sup>859</sup> o con una construcción enmarañada, de doble negativo o en la que se empleen conceptos jurídicos o propios de otra ciencia que sea desconocida para el declarante, que más que buscar una explicación de cómo sucedieron efectivamente los acontecimientos, pretendan confundir al testigo o socavar su deposición.

Por otra parte, podemos constatar que en Argentina y Uruguay<sup>860</sup> se ha establecido que las preguntas no pueden ser ofensivas, vejatorias o agraviantes. Obviamente, dejando de lado el tema del respeto de los derechos de todos los intervinientes en el proceso, este tipo de preguntas en nada colaboran para que el testigo se sienta tranquilo y en control del escenario. Por el contrario, muchas veces estas interrogantes podrían ser empleadas como parte del juego sucio de los representantes de las partes precisamente para aumentar el nerviosismo del testigo, confundirlo, desconcentrarlo o provocarle una reacción que sirva para atacar su imparcialidad, todo ello acompañado del desmedro consecuente y evidente que manifestará en el desempeño del proceso de rescate de sus recuerdos. Por ende, desde el punto de vista psicológico resulta fehaciente que situaciones de esta naturaleza no deben ser aceptadas dentro del desarrollo del proceso, siendo el juez de la causa el llamado en primer término a impedir que ello ocurra.

Para terminar de referirnos a la forma de las preguntas, hay que apuntar que, tal como sucede con la declaración de las partes, algunas legislaciones señalan que las preguntas que se dirijan al testigo no deben comprender más de un hecho, aspecto en el que nos remitimos a lo que ya hemos indicado en páginas anteriores<sup>861</sup>.

En cuanto a las respuestas del declarante, hay que mencionar que cada una de las preguntas planteadas deberán ser contestadas de inmediato por el testigo y siempre dando razón de sus dichos, vale decir, entregando una explicación acerca de cómo tomó conocimiento de los hechos, sin que le sea permitido recibir ayuda de ninguna otra

---

<sup>858</sup> LEC **Artículo 368 Contenido y admisibilidad de las preguntas que se formulen** 1. *Las preguntas que se planteen al testigo deberán formularse oralmente y con la debida claridad y precisión. No habrán de incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaran, se tendrán por no realizadas.*

<sup>859</sup> LOIS ESTÉVEZ, José, *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídicoprocesal*, Santiago de Compostela, 1951, p. 42.

<sup>860</sup> **161. Audiencia de declaración** 3) *terminado el interrogatorio por el tribunal, las partes podrán interrogar libremente al testigo por intermedio de sus abogados bajo la dirección del tribunal que en todo momento podrá hacer nuevas preguntas, rechazar cualquier pregunta que juzgare inconducente, innecesaria, dilatoria, perjudicial o agraviante para el testigo [...].*

<sup>861</sup> Ver *supra* p. 234.

persona ni llevar escritas sus respuestas. Tampoco podrá consultar ningún documento, nota o apunte antes de contestar, salvo que el tribunal lo autorice<sup>862</sup>, apoyo desde nuestra perspectiva puede ser beneficioso para mejorar la calidad del testimonio en su conjunto<sup>863</sup>.

En las legislaciones estudiadas se dispone que los testigos irán declarando separadamente y uno después del otro, pero más importante que ello es que se prohíbe a los testigos presenciar la declaración de los otros o comunicarse entre sí antes de prestar su declaración<sup>864</sup>. Esta cuestión, que puede parecer obvia, es de capital importancia que

---

<sup>862</sup> ZPO § 378 **Aussageerleichternde Unterlagen** (1) *Soweit es die Aussage über seine Wahrnehmungen erleichtert, hat der Zeuge Aufzeichnungen und andere Unterlagen einzusehen und zu dem Termin mitzubringen, wenn ihm dies gestattet und zumutbar ist*; CPCCN **Forma de las respuestas Art. 445** *El testigo contestará sin poder leer notas o apuntes, a menos que por la índole de la pregunta, se le autorizara. En este caso, se dejará constancia en el acta de las respuestas dadas mediante lectura. / Deberá siempre dar la razón de su dicho; si no lo hiciere, el juez la exigirá*; CPC chileno **Art. 367** *Los testigos deben responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por qué afirman los hechos aseverados. No se les permitirá llevar escrita su declaración*; CGP colombiano **Artículo 221. Práctica del interrogatorio** 3. *El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance.* 7. *El testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio*; LEC **Artículo 370 Examen del testigo sobre las preguntas admitidas** 2. *El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder.* 3. *En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga*; CPC francés **Article 212** *Les témoins ne peuvent lire aucun projet*; CFPC **Artículo 182** *Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho, respecto de las respuestas que no la lleven ya en sí, y el tribunal deberá exigirla*; CGP uruguayo **161. Audiencia de declaración** 2) *el tribunal exigirá al testigo que exponga la razón de conocimiento de sus dichos, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma cómo llegó a su conocimiento (...)* 4) *el testigo no podrá leer notas ni apuntes, a menos que el tribunal lo autorice cuando se trate de preguntas referidas a cifras, fechas o en los demás casos en que se considere justificado.*

<sup>863</sup> Ver supra p. 236.

<sup>864</sup> ZPO § 394 **Einzelvernehmung** (1) *Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen*; CPCCN **Orden de las declaraciones Art. 439** *Los testigos estarán en lugar desde donde no puedan oír las declaraciones de los otros. / Serán llamados sucesiva y separadamente, alternándose, en lo posible, los del actor con los del demandado, a menos que el juzgado estableciere otro orden por razones especiales*; CPC chileno **Art. 364** *Los testigos de cada parte serán examinados separada y sucesivamente, principiando por los del demandante, sin que puedan unos presenciar las declaraciones de los otros. / El tribunal adoptará las medidas conducentes para evitar que los testigos que vayan declarando puedan comunicarse con los que no hayan prestado declaración*; CGP colombiano **Artículo 220. Formalidades del interrogatorio** *Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan*; LEC **Artículo 366 Modo de declarar los testigos** 1. *Los testigos declararán separada y sucesivamente, por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, salvo que el tribunal encuentre motivo para alterarlo.* 2. *Los testigos no se comunicarán entre sí ni podrán unos asistir a las declaraciones de otros. / A este fin, se adoptarán las medidas que sean necesarias*; CPC francés **Article 208** *Le juge entend les témoins en leur déposition séparément et dans l'ordre qu'il détermine*; CPC italiano **Art. 251. Giuramento dei testimoni** *I testimoni sono esaminati separatamente*; CFPC **Artículo 177** *Los testigos serán examinados separada y sucesivamente, sin que unos puedan presenciar las declaraciones de los otros. Cuando no fuere posible terminar el examen de los testigos en un solo día, la diligencia se suspenderá para continuarse al día siguiente hábil*; y CGP uruguayo **161.**

quede establecida expresamente dentro de la reglamentación procesal de la toma de declaraciones testificales. En efecto, si por omisión legal o por desidia de los miembros del tribunal los testigos que ya declararon pueden transmitirle información a los que todavía no lo hacen o sencillamente aquellos que esperan su turno son ubicados en un sitio en el que se puedan escuchar lo que se dice en la sala de audiencias, se constituiría una situación de afectación flagrante a la indemnidad de los recuerdos de quienes aún no deponen. De hecho, las influencias externas constituyen un claro ejemplo de elementos que conllevan la modificación de las huellas de memoria<sup>865</sup>. Pero además de eso, es obvio que la comunicación entre testigos puede ser empleada para pasarse, de forma deliberada e indebida, información esencial sobre el contenido de las preguntas y las respuestas entregadas por quien ya ha declarado, para que todos los restantes testigos de la misma parte proporcionen respuestas similares, ajusten el sentido de toda su declaración o repasen los elementos de un relato falso que ha sido preparado y/o ensayado.

De esta manera, es importante destacar que en Chile y España se ha dispuesto que el tribunal debe tomar todas las medidas que resulten necesarias para impedir la comunicación entre los testigos que ya declararon con aquellos que aún no han entregado su testimonio. Sin embargo, hoy esto se torna difícil ya que la inmensa mayoría de las personas cuenta con dispositivos electrónicos que le permiten la comunicación oral y escrita, debido a lo cual puede no ser suficiente con disponer que unos y otros permanezcan en habitaciones distintas y separadas. Por ello, el llamado es a que las legislaciones incluyan expresamente la obligación de los tribunales de adoptar todas las medidas adecuadas y suficientes para el efectivo cumplimiento de estas prohibiciones, para de esa manera velar por la indemnidad del recuerdo de los deponentes o prevenir un fraude procesal.

Para cerrar el tema de la declaración de testigos, digamos que es importantísimo que la administración de justicia disponga que cada uno de los tribunales cuente con los medios técnicos que posibiliten dejar registro audiovisual de todo lo obrado en la diligencia testimonial, así como de cada una de las declaraciones de personas, lo que se sumará al acta escrita que se acostumbra levantar en cada una de las vistas. Así, por

---

**Audiencia de declaración** *La declaración de los testigos se realizará en audiencia presidida por el tribunal, interrogándose a cada uno separadamente [...].*

<sup>865</sup> Entre otros, LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 54.

ejemplo, se establece expresamente en España<sup>866</sup>. Debemos destacar que el hecho de dejar una constancia fiel de estas actuaciones tendrá una importancia trascendental cuando la decisión del juez deba ser revisada por el superior, pues permitirá que el tribunal de segunda instancia cuente con el material suficiente para conocer los elementos que han sido considerados para fijar el valor de convicción de este medio de prueba, y si es necesario, llevar a cabo una revalorización de ella, temas que serán analizados en el capítulo tercero.

### 3. LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES

Como ya hemos adelantado, el proceso de valoración de las declaraciones demanda del juez el análisis de la honestidad y la precisión del deponente, tratándose en la especie del desarrollo de dos sub-operaciones trascendentales e interdependientes, toda vez que el éxito final en la apreciación de las pruebas solo se alcanzará si ambas se llevan a cabo acertadamente. De este modo, siguiendo lo planteado por DIGES y ALONSO<sup>867</sup>, es posible ponderar los dichos del declarante, por una parte, de acuerdo con su nivel de exactitud o inexactitud, como también, en consideración a la verdad o falsedad de lo que él ha mencionado. El primer aspecto, que solo ha sido atendido seriamente desde época reciente, se debe analizar teniendo en consideración todos los elementos que fueron expuestos en la primera parte de este capítulo y que responden a los postulados que la psicología del testimonio ha desarrollado con fuerza en las últimas décadas, orientados a la mejor comprensión de los procesos que conllevan a un efectivo almacenamiento y exposición de los recuerdos, entregando las claves para establecer en qué medida ellos se ajustan a la forma en que realmente ocurrieron los acontecimientos que se relatan. A su vez, la detección de la mentira ha sido objeto de preocupación en el proceso judicial desde tiempos remotos<sup>868</sup>, no solo porque se ha caído en el sesgo de

---

<sup>866</sup> **Artículo 374 Modo de consignar las declaraciones testificales** *Las declaraciones testificales prestadas en vista o juicio se documentarán conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 146; y* **Artículo 146 Documentación de las actuaciones** *2. Cuando la ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado. Si se tratase de actuaciones que conforme a esta ley hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, y el Secretario judicial dispusiere de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el documento electrónico así generado constituirá el acta a todos los efectos.*

<sup>867</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 2.

<sup>868</sup> Así puede apreciarse, v. gr., en el Código de Hammurabi, que en su Ley 3 disponía que si un señor presentaba un falso testimonio en un proceso por crimen sancionado con la pena capital, tal señor sería



suponer que, si no todos, al menos la mayor parte de los testigos mienten en sus declaraciones, sino también por la tendencia natural del ser humano a creerse dotado de la habilidad para detectar las señales que indican que una persona nos miente en nuestras relaciones familiares, laborales o sociales. Sea como fuere, no son pocos los intentos ni los caminos que se han explorado para conseguir un método seguro y confiable de detección de la mentira, a cuyo análisis dedicaremos las páginas que siguen.

### **A) Sistemas de detección de la mentira**

Toda mentira implica la intención consciente y deliberada de una persona para engañar a otra, esto es, para relatar unos hechos de forma distinta al recuerdo que conserva de ellos, con la finalidad de provocar o mantener en otro sujeto una creencia errónea acerca de dichos acontecimientos<sup>869</sup>. En este sentido, el juez de la causa no se enfrenta a una persona que de buena fe relata erróneamente unos hechos producto de que el recuerdo que guarda de ellos es equivocado, sino a un declarante que teniendo en cuenta la imagen mental que almacena sobre aquello que se le pregunta, decide tergiversarlo y entregar una versión distinta. No miente quien ajusta su relato a su recuerdo incorrecto, pues en su fuero interno está convencido de que los eventos acaecieron de esa manera, sino que lo hace el que desatiende su memoria y genera un relato alternativo, con el fin de beneficiar o perjudicar a alguna de las partes litigantes<sup>870</sup>. En el primer caso, el juez debe lidiar con un problema de exactitud de la memoria del declarante, mientras que en el segundo, con una cuestión de veracidad.

A lo largo de la historia se han ensayado varios procedimientos para detectar la mentira en el proceso judicial, entre los que destacan las ordalías y la tortura<sup>871</sup>, no por su eficacia en el logro del objetivo perseguido, sino por su evidente carencia de lógica y

---

castigado con la muerte. En el mismo sentido, el Título XIV de la Partida III establecía una serie de circunstancias en las que determinadas categorías de personas no eran dignas de crédito.

<sup>869</sup> MASIP, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006, p. 478. También ver: ZUCKERMAN, Miron, DEPAULO, Bella M. y ROSENTHAL, Robert, *Verbal and nonverbal communication of deception*, en *Advances in experimental social psychology*, Vol. 14, 1981, p. 3.

<sup>870</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa y HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía, *Tócala otra vez Sam*, cit., p. 30.

<sup>871</sup> MASIP, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, cit., p. 477. En cuanto a la tortura se ha remarcado que con ella solo se consigue que el sujeto diga lo que el interrogador quiere escuchar, no lo que efectivamente sucedió, MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 144.

racionalidad, lo que impide desde todo punto de vista conferir cualquier mérito de credibilidad y validez a las declaraciones obtenidas mediante su empleo. Lo mismo puede sostenerse de los sueros de la verdad y la hipnosis, procedimientos que no evitan que los relatos constituyan un cúmulo de fantasías, ilusiones, sugerencias o mentiras<sup>872</sup>.

Por su parte, los jueces han seguido la tendencia de ponderar la veracidad de las declaraciones atendiendo a la conducta, gestos y reacciones que el deponente muestra durante su interrogatorio, por ser el mecanismo más simple y el más utilizado en las relaciones interpersonales<sup>873</sup>. No obstante, los estudios han demostrado que todos los seres humanos, incluyendo obviamente a los jueces y demás personas que de forma cotidiana deben lidiar con el engaño, tienen una escasa capacidad para detectar la mentira “a simple vista”<sup>874</sup>, de modo que el tribunal difícilmente acertará en sus conclusiones sobre la veracidad de las declaraciones con el solo hecho de ver y escuchar al sujeto mientras contesta las preguntas que se formulan durante su interrogatorio.

En cualquier caso, dejemos sentado desde ya que a pesar de los esfuerzos por encontrar la prueba de la blancura en relación con la mentira, hasta el día de hoy carecemos de un indicador infalible que nos señale siempre y en cualquier ámbito que lo que ha declarado un sujeto es mentira. También en este aspecto las certezas absolutas son ajenas al proceso. De esta manera, se ha sostenido que las pistas que usualmente se vinculan al engaño, solo se relacionan probabilísticamente con él, ya que ningún comportamiento siempre se produce cuando las personas mienten, o a la inversa, nunca

---

<sup>872</sup> Respecto a la hipnosis, se ha indicado que este procedimiento podría facilitar el acceso a los recuerdos almacenados, al incentivar a las personas a relajarse, cooperar y concentrarse de mejor manera, pero no hay evidencias de que el recuerdo recuperado sea más preciso o completo que bajo condiciones normales. De este modo, aunque la hipnosis puede aumentar la confianza de los sujetos en sus recuerdos, así como la cantidad de ítems que son recuperados, esto no va de mano con la exactitud de los relatos. Las investigaciones demuestran que bajo hipnosis los sujetos no solo pueden mentir, sino que se muestran más sugestionables y susceptibles a los efectos de la información engañosa que les proporciona el entrevistador. Por consiguiente, la hipnosis termina siendo un ejercicio que depende estrechamente del tipo de relación que se genera entre el entrevistador y el sujeto hipnotizado, pues el primero tiene el poder de ejercer una enorme influencia sobre el segundo, el que a su vez podría elegir responder en uno u otro sentido con la única intención de agradarlo, entregándole la información que espera oír. En este sentido se pronuncian: CAPAFONS, Antonio y MAZZONI, Giuliana, *¿Es lo peligroso de la hipnosis el hipnoterapeuta?: hipnosis y falsos recuerdos*, en Papeles del psicólogo, N° 89, 2004, p. 27; DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos*, cit., p. 88; IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 50; IBAÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 128; LOFTUS, Elizabeth F. y LOFTUS, Geoffrey T., *On the permanence of stored information in the human brain*, cit., p. 414; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 144.

<sup>873</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 150.

<sup>874</sup> MASIP, Jaume, GARRIDO, Eugenio y HERRERO, Carmen, *La detección del engaño sobre la base de sus correlatos conductuales: La precisión de los juicios*, en Anuario de psicología jurídica, N° 12, 2002, p. 40.

ocurre cuando ellas dicen la verdad<sup>875</sup>. Dicho de otra forma, no existe ninguna clave verbal, conductual o fisiológica que permita al juez establecer la concurrencia del engaño en una declaración<sup>876</sup>, por lo que el desafío se encuentra en dotarlo de las mejores herramientas para discriminar la verdad de la falsedad, sin olvidarse de las limitaciones propias del proceso judicial. De ahí que resulte perentorio analizar las distintas técnicas y mecanismos que se han propuesto, estableciendo la viabilidad de cada una de ellas y los inconvenientes que puede provocar su empleo para la detección del engaño en el proceso civil.

### **a) Análisis de cambios fisiológicos**

Dentro de los mecanismos de análisis de las alteraciones fisiológicas, el más conocido es el polígrafo, aunque no es el único sistema que se emplea con este objetivo. Todos ellos parten de que el hecho de mentir desencadena una serie de modificaciones fisiológicas en el sujeto como consecuencia de las emociones involucradas, alteraciones que podrían ser empíricamente constatadas mediante la utilización de una serie de aparatos destinados a medir la frecuencia cardíaca, la respiración, la sudoración y la presión arterial. En este sentido, se ha buscado detectar la mentira mediante el estudio de los potenciales evocados (o sea, picos que aparecen en el electroencefalograma como respuesta a un estímulo), la imagen de resonancia magnética funcional (que intenta detectar el engaño examinando las zonas del cerebro que están consumiendo oxígeno al realizar determinadas tareas), la termografía facial, la dilatación pupilar y el análisis del estrés vocal<sup>877</sup>. Empero, todos estos mecanismos carecen aún de suficiente evidencia científica, pues fallan al explicar la causa exacta que detona las emociones que provocan la alteración fisiológica<sup>878</sup>.

---

<sup>875</sup> DEPAULO, Bella M., CHARLTON, Kelly, COOPER, Harris, LINDSAY, James J. y MUHLENBRUCK, Laura, *The accuracy-confidence correlation in the detection of deception*, en *Personality and social psychology review*, Vol. 1, N° 4, 1997, p. 347.

<sup>876</sup> IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 312.

<sup>877</sup> El análisis del estrés vocal parte del supuesto que cuando una persona miente su voz cambia debido a la tensión, experimentando microtemblores. Sin embargo, no se ha demostrado que el embuste implique cambios en la expresión vocal, y ni siquiera se ha probado que la tensión genere microtemblores en la voz. Sobre este tema, ver: IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 327; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 197; MASIP PALLEJA, Jaume, GARRIDO MARTÍN, Eugenio y HERRERO ALONSO, Carmen, *La detección de la mentira mediante la medida de la tensión en la voz: una revisión crítica*, *Estudios de psicología*, Vol. 25, N° 1, 2004, p. 26.

<sup>878</sup> MASIP, Jaume y ALONSO, Hernán, *Verdades, mentiras y su detección: aproximaciones verbales y psicofisiológicas*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero

## 1) El polígrafo

Este mecanismo, conocido también como el *detector de mentiras*, consiste en la medición de una serie de indicadores -como la tasa cardíaca y respiratoria, la respuesta psicogalvánica de la piel y la dilatación pupilar-, todos los que se verían perturbados cuando el sujeto miente deliberadamente en sus respuestas, fruto de la ansiedad o *arousal* que le genera esa situación. Así, el empleo del polígrafo parte de la premisa básica que la mentira ocasiona alteraciones fisiológicas involuntarias e incontrolables para el sujeto que miente. El primer diseño de un polígrafo data de 1908, pero fue Leonarde KEELER en 1930 quien propuso el primer procedimiento estandarizado para su empleo con el fin de servir de detector de mentiras<sup>879</sup>.

Ahora bien, aunque nadie discute la capacidad del polígrafo para constatar adecuadamente las alteraciones fisiológicas mencionadas, el gran inconveniente que presenta y que impide conferir pleno valor a los resultados conseguidos mediante su utilización, es que de manera alguna explica a ciencia cierta el origen o las causas de las alteraciones detectadas. De este modo, no puede pretenderse que el polígrafo sirva para discriminar si el sujeto miente o dice la verdad, sino solo para establecer que es preso de algún estado emocional que le genera cambios en la respiración, sudor y presión arterial, todo lo que si bien podría ser expresión del impacto que le produce la mentira y el temor a ser descubierto, también podría deberse a otra serie de circunstancias, como al miedo a no ser creído aun cuando exponga la verdad de los hechos, a la ansiedad que genera el sometimiento a la prueba en personas que no están habituadas a este tipo de procedimientos, o simplemente al esfuerzo cognitivo superior realizado para rescatar los recuerdos que se le resisten<sup>880</sup>. Por consiguiente, más que un detector de mentiras, el polígrafo constituye un detector de emociones, aunque sin precisar cuáles son o qué las motiva<sup>881</sup>.

Además, y aunque consideráramos que el empleo de este instrumento puede servir para discriminar correctamente entre la verdad y la mentira, se ha indicado que él no es idóneo para ajustarse adecuadamente a las diferencias individuales que pueden

---

(coordinadores), Madrid, 2006, pp. 543 y ss. También ver: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., pp. 84 y ss.; NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., pp. 148 y ss.

<sup>879</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 191.

<sup>880</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 153.

<sup>881</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras: una guía para utilizar en el trabajo, la política y la pareja*, Barcelona, 2009, pp. 52 y 205. En el mismo sentido: MASIP, Jaume y ALONSO, Hernán, *Verdades, mentiras y su detección*, cit., p. 530.

detectarse entre los distintos sujetos, lo que llevaría a alcanzar conclusiones erróneas, consistentes en falsos-negativos y/o falsos-positivos<sup>882</sup>. En este sentido, las personas dotadas de un completo control de sus emociones serían capaces de abstenerse de presentar alteraciones fisiológicas aunque mintieran, mientras que las excesivamente emotivas o ansiosas podrían sufrir alteraciones que se atribuirían a una mentira, lo que llevaría erróneamente a desestimar el engaño en el primer caso y a tenerlo por establecido en el segundo<sup>883</sup>.

## **b) Análisis del comportamiento no verbal**

Esta teoría sostiene que la mentira necesariamente provoca ciertas señales a nivel no verbal o paraverbal que deben ser conocidas y correctamente interpretadas por el entrevistador, para de ese modo encontrar pistas de falsedad en el discurso del declarante. Se afirma que la persona que miente exhibe su falta de veracidad a través de ciertos ademanes, conductas o expresiones involuntarias e incontrolables, que denotarían el incremento en el consumo de recursos cognitivos provocado por el engaño -por lo cual el sujeto no podría destinar medios suficientes para gobernar sus manifestaciones no verbales y paraverbales-, así como el esfuerzo por ocultar cualquier atisbo de falta de sinceridad y por parecer creíble. Son, por tanto, las emociones involucradas en el embuste las que pueden traicionar al sujeto y dejar a la vista algún indicio que le lleve a su autodelación. Por consiguiente, la mentira falla cuando una señal deja traslucir alguna emoción oculta, lo que tendrá más probabilidades de suceder cuando las alteraciones del ánimo que se hallan involucradas sean más intensas<sup>884</sup>.

Para esta corriente, las emociones que tratan de ser amagadas por el mentiroso pueden ser evidenciadas a través de distintos canales, tales como su expresión facial, los movimientos de su cuerpo o cualquier alteración en la forma en que se expresa oralmente. Por ello, se entiende que la mentira está asociada a una serie de revelaciones somáticas del declarante que pueden ser perfectamente observadas por el interrogador, y

---

<sup>882</sup> Algo que también ocurre con las neurociencias y que provoca escepticismo en cuanto a la utilidad de su empleo en el proceso. En este sentido se ha indicado que no es posible vincular las modificaciones en el flujo sanguíneo con un determinado tipo de pensamiento o función cerebral, lo que unido a las diferencias individuales impide extraer conclusiones acertadas de sujetos concretos a partir de la aplicación automática de estándares generales, *CORDA, Alessandro, Neurociencias y derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal*, en *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (directores), Madrid, 2013, p. 124.

<sup>883</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Recuerdo de la realidad percibida versus imaginada*, cit., p. 74.

<sup>884</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 20.

en nuestro caso, por el juez de la causa, a quien le bastaría con presenciar la declaración y atender a la concurrencia de estas señales para cultivar ciertas dudas acerca de la veracidad del sujeto. Así, serían signos de una falta de sinceridad en el relato, algunas expresiones corporales como manos en continuo movimiento, dilatación pupilar, aumento de movimientos oculares, encogimiento de hombros, evitación del contacto visual, cierta expresión facial, sonrisas nerviosas o determinada postura corporal. De hecho, en este aspecto se ha indicado que los mentirosos tienden a exhibir una menor cantidad de *ilustraciones*, vale decir, una disminución en los movimientos de brazos y manos realizados para modificar o complementar lo que se dice verbalmente<sup>885</sup>. Al mismo tiempo, se consideran aspectos de la expresión oral no vinculados con el contenido del mensaje sino que con la forma en que este se entrega, como el volumen de la voz, la velocidad del habla, la demora en responder, largas pausas, vacilaciones, errores, laconismo, inflexiones de la voz, el hecho de tragar saliva, respiración excesivamente profunda o superficial, o algún desliz verbal<sup>886</sup>. En este enfoque, todo el cúmulo de señales externas se explicaría porque el mentiroso se vería enfrentado a una intensificación de sus emociones -usualmente nerviosismo, miedo, excitación o culpa-, un aumento de su carga cognitiva -cuando la tarea de mentir se le aparece como muy compleja- y/o debido a su intento por controlarse -lo que le provocará un grado inusual de rigidez e inhibición, mostrando un comportamiento que se apreciará ensayado o carente de espontaneidad-<sup>887</sup>.

Empero, así como se apuntaba que los mecanismos de control fisiológico son capaces de detectar las alteraciones emocionales más no la causa de ellas, en el mismo sentido se han levantado las críticas hacia el análisis del comportamiento no verbal como indicador de falsedad. Esto se debe a que si bien en muchas ocasiones basta con una simple constatación visual para apreciar si el sujeto manifiesta o no alguno de los comportamientos señalados en el párrafo anterior, esta situación no explica de modo alguno, ni es suficiente para que el observador establezca a partir de ella, cuál es la causa precisa que los gatilla. En efecto, la verificación de estas señales es todo menos

---

<sup>885</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, en *Personality and social psychology bulletin*, Vol. 27, N° 7, 2001, p. 899.

<sup>886</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 43. En el mismo sentido: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 193; NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 149; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368.

<sup>887</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, cit., p. 900. También ver: ZUCKERMAN, Miron, DEPAULO, Bella M. y ROSENTHAL, Robert, *Verbal and nonverbal communication of deception*, cit., p. 7.

concluyente, pues se ha afirmado que ciertas personas muestran las conductas que algunos vinculan con el engaño, a pesar de que digan la verdad, mientras que otros no las presentan aunque lleven a cabo un relación falsa de los hechos<sup>888</sup>. Así ocurre, por ejemplo, con el mantenimiento del contacto visual entre el declarante y su interrogador. Se estima que este contacto aumenta la credibilidad del relato, pues la mirada furtiva o huidiza sería un síntoma de falsedad<sup>889</sup>. Sin embargo, algunas personas están perfectamente capacitadas para sostener este contacto mientras mienten, sea porque tienen un control natural de este aspecto de su comportamiento, o bien, porque sabiendo la importancia que se le atribuye a él dentro del juicio de veracidad, lo han ensayado previamente o se preocupan de cumplir con este parámetro al momento de entregar su versión falsa de los eventos<sup>890</sup>.

En efecto, Paul EKMAN, destacado por su trabajo sobre el análisis de las microexpresiones faciales, ha reconocido que los indicadores externos del engaño no pueden ser considerados 100% fiables, siendo necesario siempre preguntarse si es posible que las expresiones observadas puedan también mostrarse en una situación en la que el sujeto esté diciendo la verdad<sup>891</sup>. De ahí que para evaluar correctamente el comportamiento de una persona es necesario tener en cuenta sus diferencias individuales y conocer su respuesta emocional y actitud expresiva tanto en situaciones en que expone la verdad como cuando miente, lo que lamentablemente resulta impracticable dentro del proceso judicial. De hecho, solo un conocimiento profundo de la personalidad del sujeto y la forma en que reacciona a los distintos escenarios haría posible obtener una conclusión acertada acerca de los motivos de su comportamiento. Por ende, aunque la probabilidad de cometer un error siempre estará presente, esta será

---

<sup>888</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 103.

<sup>889</sup> ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368.

<sup>890</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 196. En efecto, se ha indicado que no hay evidencia de que las personas eviten el contacto visual cuando mienten, a pesar que en todo el mundo esta conducta es considerada como la señal más importante del engaño. En el mismo estudio se estableció que, aunque las personas legas y los profesionales asumen que muchas conductas no verbales quedan en evidencia más frecuentemente cuando la persona miente, de once comportamientos observables (parpadeo, contacto visual, rechazo a mirar fijamente, movimientos de la cabeza, asentir con la cabeza, sonrisas, adaptadores, movimiento de mano, ilustraciones, movimientos de pies y piernas y cambios posturales), solo puede asociarse confiablemente con la mentira una reducción en tres de ellos: los asentimientos con la cabeza, los movimientos de pies y piernas, y los movimientos de manos, SPORER, Siegfried Ludwig y SCHWANDT, Barbara, *Moderators of nonverbal indicators of deception*, cit., p. 1.

<sup>891</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 193.

mayor al analizar la conducta de una persona desconocida, tal como le ocurre al juez en relación con las partes y testigos que son interrogados en el proceso<sup>892</sup>.

Lo anterior puede resumirse en lo que EKMAN ha denominado como el “*Error de Otello*”, que consiste en suponer que se conoce el motivo de una emoción sin considerar que ella se puede deber a una causa totalmente distinta<sup>893</sup>. Así, podemos olvidar que una persona sincera puede estar asustada porque le preocupa no ser creída, y en su lugar estimar que se trata de un mentiroso que teme ser descubierto<sup>894</sup>.

Por lo tanto, las técnicas conductuales no son útiles para fijar con precisión la verdad o la mentira, sino que solo permiten detectar una serie de estados emocionales, como ansiedad, nerviosismo o estrés, los que pueden deberse a un sinnúmero de razones<sup>895</sup>. Además, no es posible identificar ningún comportamiento individual que se manifieste indefectiblemente en cada oportunidad que una persona miente, careciéndose de un indicador tan cierto como la nariz de Pinocho<sup>896</sup>. Y por si eso fuera poco, hay que tener presente que ni los estados de ánimo ni la mentira tendrán siempre un correlato exterior observable, vale decir, que es probable que ellos permanezcan solo en el ámbito interno del sujeto, lo que hace que los mecanismos no verbales y paraverbales sean totalmente improductivos<sup>897</sup>.

En todo caso, aunque se asume que no hay ninguna señal del engaño por antonomasia, se insiste en que el ser humano no es capaz de ocultar todas las evidencias

---

<sup>892</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 91. En el mismo sentido: NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 152.

<sup>893</sup> EKMAN, Paul, *¿Qué dice ese gesto?*, Barcelona, 2004, p. 212.

<sup>894</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 104.

<sup>895</sup> En un meta-análisis de DEPAULO y sus colaboradores, en los que trabajaron con los resultados de más de 1300 estimaciones, se logró establecer, en principio, que los mentirosos son menos abiertos que quienes dicen la verdad, cuentan historias menos convincentes, producen una impresión más negativa y están más tensos. Sin embargo, también se determinó que muchos comportamientos no muestran ninguna relación con el engaño o solo se vinculan débilmente con él. Además, concluyeron que si bien es posible identificar con cierto grado de confianza algunas pistas del engaño, dichos comportamientos también pueden ser indicativos de otros estados y procesos, como la ansiedad que algunas veces se asocia a la mentira, también se puede deber al miedo a ser acusado injustamente de mentir, al nerviosismo que produce hablar en público o la timidez, DEPAULO, Bella M., LINDSAY, James J., MALONE, Brian E., MUHLENBRUCK, Laura, CHARLTON, Kelly y COOPER, Harris, *Cues to deception*, en *Psychological bulletin*, Vol. 129, N° 1, 2003, p. 106.

<sup>896</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, cit., p. 899.

<sup>897</sup> MASIP, Jaume, *¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño*, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 26, 2005, p. 89. Asimismo: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 95; MASIP, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, cit., p. 487; NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 154.



externas que coexisten a la mentira, destacando actualmente la visión que se expone en el acápite siguiente.

### 1) Las microexpresiones faciales

A pesar de las críticas señaladas, Paul EKMAN y sus colaboradores proponen que es posible detectar la mentira a partir de algunas expresiones faciales que pueden resultar visibles para quien posea el entrenamiento y los implementos audiovisuales adecuados. Esto se fundamenta en que la manifestación de cada una de las emociones se vincula a un movimiento determinado de ciertos músculos de la cara, algunos de los cuales se producen de manera espontánea solo cuando la persona efectivamente experimenta aquello que se refleja en su rostro. Por ende, si el sujeto pretende ocultar o simular una emoción únicamente podrá manipular algunos de los músculos faciales involucrados, mientras aquellos que se activan solo cuando la emoción es real permanecerán inalterados, dejando entrever la falsedad de lo expresado<sup>898</sup>. Esta idea se concibió teniendo en consideración los resultados obtenidos por este investigador acerca de la forma en que ciertas emociones se manifiestan en los seres humanos, constatando que existen siete estados de ánimo básicos cuya expresión facial es uniforme a nivel universal: tristeza, ira, sorpresa, miedo, repugnancia, desprecio y felicidad. Estas gesticulaciones vendrían predeterminadas por la evolución humana, presentándose espontáneamente cuando surge la emoción respectiva<sup>899</sup>.

En esta perspectiva, se ha sostenido que es menos probable que la cara revele un engaño, pues ella constituye un canal de comunicación no verbal más controlable que el cuerpo (manos, piernas o pies). Esto se debe a que aun cuando el rostro es más visible y atendido por las otras personas, los emisores son más conscientes de sus expresiones faciales que de sus movimientos corporales, por lo que ponen especial cuidado en no entregar claves de su falta de sinceridad a través de ellas<sup>900</sup>. Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos que se destinen a su ocultamiento, siempre será posible detectar ciertas microexpresiones en el rostro de los declarantes, que filtren o dejen en evidencia que sienten algunas de las emociones básicas señaladas. Dichas microexpresiones

---

<sup>898</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 137. En el mismo sentido: MASIP, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, cit., p. 485; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 196.

<sup>899</sup> EKMAN, Paul, *¿Qué dice ese gesto?*, cit., p. 17. Del mismo autor: *Facial expression of emotion: new findings, new question*, en *Psychological science*, Vol. 3, N° 2, 1992, p. 34.

<sup>900</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 86.

constituyen movimientos musculares faciales muy breves, de una duración no superior a una quinta parte de un segundo, que usualmente pasan inadvertidas, pues solo pueden ser detectados cuando una grabación es reproducida en cámara lenta<sup>901</sup>. Para proceder a la detección de estas microexpresiones, EKMAN y sus colaboradores desarrollaron el Sistema de Codificación de la Actividad Facial (FACS, por sus siglas en inglés), el que analiza los movimientos específicos de cada uno de los músculos del rostro a fin de determinar si en conjunto ellos responden o no a una emoción real. Esto se realiza analizado fotograma a fotograma el registro audiovisual que se ha dejado de la declaración del sujeto<sup>902</sup>.

EKMAN ha señalado que también se deben tener en consideración ciertas características de la expresión para detectar la mentira. Así, es importante atender a la duración total de la expresión, ya que aquellas que se prolongan por más de 10 segundos probablemente son falsas, salvo que se esté ante una experiencia culminante o límite<sup>903</sup>. Igualmente, es menester estar atento a la concurrencia de una situación de asimetría facial, toda vez que si la expresión es más intensa o marcada en un lado de la cara que en el otro, ello podría ser un indicio de la mendacidad del sujeto<sup>904</sup>.

No obstante, en la misma línea de lo que hemos expuesto *supra*, el propio EKMAN reconoce la imposibilidad de extraer conclusiones absolutas a partir del análisis de las manifestaciones faciales, pues siempre se deben tener en cuenta las diferencias individuales de los sujetos<sup>905</sup>, además de contrastar los indicios faciales con los que proceden de las palabras, la voz y el cuerpo<sup>906</sup>. De esta manera, son perfectamente aplicables a las microexpresiones las falencias que hemos manifestado respecto al análisis del comportamiento no verbal en general.

### **c) Análisis del contenido verbal de la declaración**

Todos los procedimientos antes relatados parten del mismo supuesto, cual es, considerar que la mentira lleva aparejada la generación de ciertas emociones en el sujeto producto del estrés o la ansiedad que le provoca el intento de embaucar a otro. Son estas

---

<sup>901</sup> EKMAN, Paul, *¿Qué dice ese gesto?*, cit., p. 33. También ver: ZUCKERMAN, Miron, DEPAULO, Bella M. y ROSENTHAL, Robert, *Verbal and nonverbal communication of deception*, cit., p. 5.

<sup>902</sup> MASIP, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, cit., p. 494.

<sup>903</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 153.

<sup>904</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 149.

<sup>905</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 137.

<sup>906</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 153.

las que tendrían una manifestación a nivel conductual o fisiológico que podría ser detectada a simple vista o mediante el auxilio de ciertos aparatos. Empero, como se ha expuesto, no es posible establecer con certeza, no digamos absoluta, sino que ni siquiera medianamente fundada, que todas aquellas reacciones que logran ser divisadas se relacionan con la mentira, pues es perfectamente posible que ellas respondan a otros procesos cognitivos o psicológicos que esté vivenciando el declarante. Por ello, aceptando que no existen fórmulas mágicas para verificar la veracidad de las personas, se ha expuesto que una solución aceptable parece ser el análisis no del testigo, sino de su testimonio<sup>907</sup>, de modo que se ha buscado fijar una serie de criterios que permitan discriminar objetivamente entre las declaraciones reales y falsas, teniendo presente que ambas se diferenciarían en cuanto a su contenido, forma y calidad.

Siguiendo esta idea, se desarrolló en Alemania, a mediados del siglo pasado, una técnica destinada a evaluar el contenido verbal de las declaraciones, la que si bien surgió con el objetivo de analizar la veracidad del testimonio de menores víctimas de abusos sexuales<sup>908</sup>, también ha demostrado su utilidad y eficacia al ser empleada con adultos en otro tipo materias<sup>909</sup>. Dentro de esta concepción se han propuesto varios listados de criterios y metodologías específicas para valorar la sinceridad de las declaraciones, destacando los aportes de TRANKELL (realidad de las evidencias), UNDEUTSCH (análisis de la realidad de las declaraciones), y STELLER y KÖHNKEN (análisis del contenido basado en criterios).

### **1) La realidad de las evidencias**

Arne TRANKELL fue el primero en señalar los elementos esenciales para evaluar la credibilidad del testimonio proporcionado por supuestas víctimas de abusos

---

<sup>907</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Memoria de testigos*, cit., p. 84. En el mismo sentido: DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 113; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 219.

<sup>908</sup> VRIJ, Aldert, *Criteria-based content analysis: a qualitative review of the first 37 studies*, en *Psychology, public policy, and law*, Vol. 11, N° 1, 2005, p. 3. También: GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo, *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 26, 2005, p. 92; SPORER, Siegfried Ludwig, *The less travelled road to truth: verbal cues in deception detection in accounts of fabricated and self-experienced events*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 11, N° 5, 1997, p. 374.

<sup>909</sup> VRIJ, Aldert, AKEHURST, Lucy, SOUKARA, Stavroula y BULL, Ray, *Will the truth come out? The effect of deception, age, status, coaching, and social skills on CBCA scores*, en *Law and human behavior*, Vol. 26, N° 3, 2002, p. 261.

sexuales<sup>910</sup>. Para ello propuso considerar que los relatos reales presentan mayor riqueza de pormenores, aparición de detalles superfluos e información emocional, a la vez que en los inventados es posible detectar narraciones excesivamente consistentes, dejando entrever que han sido preparadas y ensayadas, además de escasas menciones a elementos subjetivos, como pensamientos o emociones<sup>911</sup>. De este modo, indica que habría que atender a dos grupos de criterios:

a) Criterios primarios de realidad. Con estos se hace referencia al análisis de la estructura y el contenido del relato. En lo que concierne a la estructura, se propone prestar especial atención a las referencias contextuales expresadas en la narración y cómo ellas se vinculan con el resto de la información. Así, por ejemplo, si se hace alusión a emociones que se pueden explicar por la situación personal del testigo, eso aumenta las probabilidades de que se trate de un relato real. En cuanto al contenido, la credibilidad del relato se ve reforzada si se constata que el testigo no tiene competencia para inventar los hechos que describe, si su versión contiene detalles homogéneos o si las alteraciones que se detectan entre distintas declaraciones del sujeto corresponden a lo esperado según el funcionamiento de los procesos de memoria<sup>912</sup>.

b) Criterios secundarios de control. Vienen a complementar los anteriores, conteniendo claras herramientas de control de veracidad. Por una parte, se propone un control lógico-formal de la declaración, para lo que se intenta formular todas las hipótesis alternativas que puedan ajustarse a los antecedentes que se tienen sobre los hechos. De esta forma, si las hipótesis alternativas tienen consecuencias absurdas o irrazonables, se refuerza la veracidad del relato<sup>913</sup>. Por último, se debe comparar los aspectos formales de la declaración con otras declaraciones del mismo testigo respecto a las que hay certeza que son verdaderas o falsas, obviamente, siempre que se disponga de ellas (control empírico). La veracidad de la declaración se verá fortalecida si ella se ajusta a otras deposiciones que se sabe son verdaderas<sup>914</sup>.

---

<sup>910</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual*, en Papeles del psicólogo, N° 73, 1999, p. 36.

<sup>911</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 201.

<sup>912</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa y HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía, *Tócala otra vez Sam*, cit., p. 30.

<sup>913</sup> El análisis y la exclusión de hipótesis alternativas de ocurrencia de los hechos es propio del modelo de probabilidad inductiva propuesto por COHEN, quien sostiene que el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta cuando ella se ve ratificada por las pruebas disponibles y estas, al mismo tiempo, permiten descartar todas las hipótesis alternativas. En este sentido: GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 174; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 102.

<sup>914</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 203.

## 2) Análisis de la realidad de las declaraciones

Como lo señalamos oportunamente, Udo UNDEUTSCH toma el trabajo de JOHNSON y RAYE sobre el control de la realidad para proponer su *Statement Reality Analysis* (SRA), un listado de criterios también ideado para evaluar la credibilidad de los testigos infantiles víctimas de abusos deshonestos. Así, aplicando al descubrimiento de la mentira las diferencias que pueden hallarse entre recuerdos reales e imaginados, sostiene, entre otros criterios, que los relatos verdaderos serán más concretos, expresándose con mayor claridad, definición y viveza, a la vez que contendrán mayor cantidad de detalles sensoriales<sup>915</sup>. Esta aproximación, que se conoce como la *Hipótesis de Undeutsch* (los reportes de eventos experimentados difieren en contenido y calidad de las declaraciones que son un mero producto de la invención o fantasía)<sup>916</sup>, tendría asidero pues se ha indicado que la verdad constituye el recuerdo de un acontecimiento efectivamente percibido por el que lo cuenta, mientras que la mentira es el resultado de una generación interna del sujeto, ajena a toda percepción sensorial, lo que torna razonable la aplicación de las ideas planteadas por JOHNSON y RAYE. Obviamente la utilización de los criterios del control de la realidad no proporcionan resultados infalibles, pero su empleo sirve para discriminar claramente por encima del nivel de azar<sup>917</sup>.

La declaración, obtenida de acuerdo a los mismos cánones propuestos por la entrevista cognitiva mejorada<sup>918</sup>, será analizada posteriormente a partir de los criterios propuestos por UNDEUTSCH, que a nivel macro distingue entre declaraciones únicas y reiteradas:

a) Criterios derivados de declaraciones únicas. Comprende tres subcategorías:

---

<sup>915</sup> UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, cit., p. 45.

<sup>916</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, en *Credibility assessment*, J. C. Yuille (editor), Deventer, Vol. 47, 1989, p. 145.

<sup>917</sup> MASIP, Jaume y GARRIDO, Eugenio, *La detección del engaño mediante la técnica del control de la realidad*, en *Encuentros en psicología social*, Vol. 1, N° 5, 2003, pp. 113 y ss. También ver: MANZANERO, Antonio y DIGES, Margarita, *Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones*, cit., p. 12. Ahora bien, hay quien destaca las propiedades del control de la realidad para detectar la mentira, ya que una de sus ventajas es que no solo puntúa la verdad, sino que también contiene un criterio indicativo de mentira: la presencia de operaciones cognitivas en el relato, lo que permitiría conseguir una calificación más precisa, VRIJ, Aldert, AKEHURST, Lucy, SOUKARA, Stavroula y BULL, Ray, *Let me inform you how to tell a convincing story: CBCA and reality monitoring scores as a function of age, coaching, and deception*, en *Canadian journal of behavioural science*, Vol. 36, N° 2, 2004, p. 123.

<sup>918</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 110.

- Criterios fundamentales. Indican que la estimación de la veracidad de la declaración se verá favorecida si en ella se perciben los siguientes elementos: contextualización de los hechos en un tiempo y espacio determinados; concreción del relato, vale decir, que en él se constate claridad, definición, especificación y viveza de los acontecimientos; riqueza en la descripción de detalles, especialmente si se trata de sucesos complejos; originalidad en la representación, libre de excesiva formalidad, clichés o estereotipos, sobre todo si se proporcionan datos extraordinarios o inusuales que difícilmente podrían haber sido inventados; consistencia interna o coherencia lógica en la estructura formal del relato, lo que se produce cuando sus distintas partes están relacionadas lógicamente entre sí; y mención a detalles específicos del tipo de agresión relatada<sup>919</sup>.

- Manifestaciones especiales de los criterios fundamentales. La atención se pone en cuestiones específicas: referencia a detalles cuya invención iría más allá de las capacidades cognitivas del declarante<sup>920</sup>; reporte de la experiencia subjetiva: estados de ánimo, pensamientos, sentimientos, aprehensiones y ansiedades, cambios en la relación emocional durante el transcurso del tiempo o producto de ciertos hechos, etc.; mención de complicaciones imprevistas en el desarrollo de los hechos (cambios en su curso, fallos, interrupciones o frustraciones); correcciones espontáneas por parte del declarante o entrega de información mejorada o adicional; y dar cuenta de conductas socialmente reprochables que impliquen la autoinculpación por parte del testigo-víctima.

- Criterios negativos o de control. Su constatación, aunque debe ser valorada con precaución, en principio le resta credibilidad a la narración: carencia de consistencia interna, o sea, contradicciones en lo expuesto por el declarante; falta de coherencia con las leyes de la naturaleza y los conocimientos científicos; e inconsistencia externa o falta de acuerdo con otros hechos o descubrimientos ya verificados.

b) Criterios derivados de secuencias de declaraciones. En caso que el declarante haya tenido que realizar más de una deposición acerca de los mismos hechos, hay que tener en cuenta que la memoria de las personas va sufriendo ciertas alteraciones debido al paso del tiempo y a la información post-suceso, de modo que es esperable que los

---

<sup>919</sup> UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, cit., pp. 46 y ss. También: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 204.

<sup>920</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 205.

distintos relatos presenten diferencias entre ellos. Esto es tolerable en relación a los detalles periféricos, pero si afecta a la idea central del hecho, se reduce su nivel de credibilidad. Por este motivo, si se detectan inconsistencias con las declaraciones previas, debe darse al declarante la posibilidad de que las explique<sup>921</sup>.

Además de verificar la presencia de cada uno de estos criterios, UNDEUTSCH señaló que la evaluación final de la declaración debe tener en consideración la intensidad con que se han presentado los criterios, el número de detalles mencionados, la capacidad de la persona que declara y las características del suceso. Con todo ello, el relato podrá ser calificado como creíble, probablemente creíble, indeterminado, probablemente increíble o increíble<sup>922</sup>.

### **3) Análisis basado en criterios y evaluación de validez**

Los criterios de realidad elaborados por UNDEUTSCH posteriormente fueron redefinidos y perfeccionados por Max STELLER y Günter KÖHNKEN con el objetivo de desarrollar la técnica de Análisis del Contenido Basado en Criterios (CBCA, por sus siglas en inglés), también para analizar las declaraciones de niños en casos de abuso sexual. Con él se busca determinar si el relato de unos hechos se debe efectivamente a la experiencia personal del declarante o, por el contrario, a una invención o influencia de otra persona. Estas pautas fueron integradas en un procedimiento de valoración formal que dichos investigadores denominaron Evaluación de la Validez de las Declaraciones (conocido como SVA), de forma tal que el CBCA constituye el componente principal de este método. Así, mientras este último solo consiste en un análisis del contenido del relato a partir de un conjunto específico de criterios de realidad, el SVA implica el examen general y completo de la credibilidad, considerando información adicional obtenida desde otras fuentes, como datos biográficos, indicadores de comportamiento o la relación entre el testigo y el acusado<sup>923</sup>. El SVA se compone de tres elementos: primero el desarrollo de una entrevista semiestructurada, luego el análisis de ella

---

<sup>921</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 206.

<sup>922</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 36.

<sup>923</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, cit., p. 135. En el mismo sentido: SPORER, Siegfried Ludwig, *The less travelled road to truth*, cit., p. 374.

mediante el CBCA, y por último, la evaluación de los resultados del CBCA a la luz de una Lista de Validez<sup>924</sup>:

1) Entrevista semiestructurada. En términos generales, se pretende recoger el máximo de información exacta sobre los hechos, sin alterar la memoria del declarante, y en esa perspectiva, es muy importante que el entrevistador considere en todo momento la edad, experiencia y habilidades cognitivas de este. Para esto, en primer lugar, se debe poner atención en que el testigo se sienta cómodo, relajado y en control de la situación. La entrevista comenzará solicitándole una narración libre de los hechos, con sus propias palabras, a su ritmo y en el orden que elija, evitando interrumpirlo y afectar sus recuerdos. Cuando haya terminado su relato se le debe consultar si hay algo más que quiera agregar, para luego formularle preguntas abiertas acerca de cuestiones más concretas, a fin de requerirle nueva información o de intentar aclarar o complementar sus dichos, cuidando de emplear el vocabulario y la terminología usada por el menor. Todo ello debe realizarse omitiendo toda sugestión o la incorporación de información nueva por medio de las preguntas<sup>925</sup>.

La entrevista deberá ser grabada en audio y video y luego transcrita íntegramente, pues el documento que se elabore se utilizará para el análisis del contenido del relato. Con esto se evita la influencia que puede ejercer el comportamiento no verbal del sujeto, cuidando la objetividad del ejercicio<sup>926</sup>. Por último, para que todo funcione es imprescindible que el entrevistador esté familiarizado con los criterios del CBCA<sup>927</sup>.

2) CBCA. Tal como lo propuso UNDEUTSCH, este análisis parte del supuesto básico que los relatos reales e inventados se diferencian en calidad y contenido, de modo que es de esperar que una declaración verdadera obtenga una puntuación más alta en el CBCA que las falsas<sup>928</sup>. De esta forma, la declaración conseguida a través de la entrevista debe ser analizada a la luz de 19 criterios de realidad establecidos, entre los que se incluyen factores cognitivos y motivacionales. Respecto a los cognitivos (criterios 1 a 13), se estima que la presencia de varios de ellos en la declaración es un

---

<sup>924</sup> GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, cit., p. 384.

<sup>925</sup> GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, cit., p. 385.

<sup>926</sup> IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit. p. 345.

<sup>927</sup> GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo, *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, cit., p. 93.

<sup>928</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine, ROBERT, Kim P. y BULL, Ray, *Detecting deceit via analysis of verbal and nonverbal behavior*, en *Journal of nonverbal behavior*, Vol. 24, N° 4, 2000, p. 243.



indicativo de su veracidad, ya que se considera que resulta muy complejo inventar un relato que cumpla con el encaje contextual, la reproducción de conversaciones, los detalles inusuales o la generación de un relato no estructurado. A su turno, en cuanto a los elementos motivacionales (criterios 14 a 18), se cree que las personas veraces no se preocupan de parecerlo, mientras que los mentirosos estarán más interesados en construir una historia que los demás crean, por lo que se cuidarán de no introducir cierta información que pueda dañar su imagen de sinceridad. Como resultado de ello, es más probable que una declaración verdadera contenga información inconsistente con los estereotipos usuales de veracidad, de modo que a primera vista puede parecer falsa según los estándares tradicionales, parámetros contraintuitivos que son recogidos por los criterios motivacionales, como las correcciones espontáneas, la admisión de carencia de memoria o el levantamiento de dudas acerca del propio testimonio<sup>929</sup>. Finalmente, el criterio 19 se refiere al conocimiento específico del declarante sobre los hechos expuestos<sup>930</sup>.

Los criterios de veracidad son<sup>931</sup>:

a) Características generales. Se vinculan al testimonio completo y analizan la declaración como un todo. Son necesarios para apoyar la credibilidad de la declaración<sup>932</sup>:

1. Estructura lógica. Las declaraciones deben tener consistencia lógica y/o homogeneidad contextual (coherencia contextual), careciendo de contradicciones internas. La estructura lógica estará presente si la declaración es coherente y sus diferentes partes encajan entre ellas, sin inconsistencias ni discrepancias<sup>933</sup>.

2. Elaboración no estructurada. Se propone que en caso de relatos libres, los testimonios inventados normalmente se presentan de manera continua, estructurada y cronológica, con claros intentos del testigo por demostrar las conexiones causales, lo que deja la sensación de un relato aprendido o inducido. Por el contrario, una declaración desorganizada o falta de solidez, siempre que las inconsistencias puedan resolverse en el contexto de la declaración global, contiene una señal de veracidad.

---

<sup>929</sup> VRIJ, Aldert, *Criteria-based content analysis*, cit., p. 5.

<sup>930</sup> MASIP, Jaume y ALONSO, Hernán, *Verdades, mentiras y su detección*, cit., p. 510.

<sup>931</sup> STELLER, Max y KÖHNKEN, Guenter, *Análisis de declaraciones basado en criterios*, en *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994, p. 193. También ver: MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 208; IBAÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 349.

<sup>932</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, cit., p. 136.

<sup>933</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine, ROBERT, Kim P. y BULL, Ray, *Detecting deceit via analysis of verbal and nonverbal behavior*, cit., p. 258.

3. Cantidad suficiente de detalles. El número de detalles iría en relación directa con la credibilidad, lo que se expresa cuando se entregan bastantes pormenores de la locación, personas, objetos y acciones involucradas en los hechos.

b) Contenidos específicos. Su constatación se considera una señal de veracidad de la declaración:

4. Engranaje o encaje contextual. Descripciones que anclan el suceso en el tiempo y espacio. Sin embargo, este criterio no se puede exigir en todos los relatos, especialmente en episodios cortos.

5. Descripción de interacciones. En todos los sucesos se produce una relación entre los participantes, formada por las acciones de unos y las reacciones de los otros.

6. Reproducción de conversaciones. No basta con una relación del contenido del diálogo, sino que además debe indicarse la forma, palabras y emotividad con que fueron expresadas. Debe ser virtualmente una réplica de las declaraciones de al menos una persona.

7. Complicaciones inesperadas. Referencia a dificultades imprevistas que se producen durante el desarrollo de los eventos, las que pueden interrumpir o alterar, aunque sea puntualmente, su evolución, desarrollo o finalización.

c) Peculiaridades del contenido. Se trata de elementos que aumentan la calidad del contenido de la declaración:

8. Detalles inusuales. El señalamiento de elementos extraños o inesperados, cuya probabilidad de ocurrencia es muy baja, se debe considerar como indicativo de verdad, pues no es esperable que aparezcan en relatos inventados.

9. Detalles superfluos. Por la misma razón anterior, cuando en la narración se incluyen elementos que no son esenciales para la correcta descripción y entendimiento de los hechos, se deben estimar signos de validez de una declaración.

10. Incomprensión de detalles relatados con precisión. Dado que el sistema fue pensando para testigos infantiles, esto se cumple si el niño cuenta correctamente acciones o detalles de hechos que no comprende o interpreta en forma errónea.

11. Asociaciones externas relacionadas. Se refiere a conversaciones anteriores y externas a los hechos descritos, pero relacionadas con su contenido.

12. Relatos del estado mental subjetivo del menor. El infante agredido da cuenta de sus pensamientos, sentimientos o emociones experimentados en el momento del incidente.

13. Alusiones al estado mental del agresor. Esto se cumple si el testigo describe sus percepciones acerca de los sentimientos, pensamientos o motivos durante el incidente.

d) Contenidos relacionados con motivación. Como se ha indicado, la presencia de estos criterios en el relato debe considerarse un indicativo de veracidad, pues quién mente se mostrará reacio a llevarlos a cabo:

14. Autocorrecciones espontáneas. Se produce tanto si el declarante se corrige espontáneamente como si agrega nueva información a la que ha entregado previamente, todo ello sin ningún tipo de interferencia por parte del entrevistador.

15. Reconocimiento de falta de memoria. El declarante se muestra preocupado de que algunas partes de su declaración puedan ser incorrectas.

16. Levantar dudas sobre el propio testimonio.

17. Autodesaprobación. Consiste en que el declarante entregue detalles que le son desfavorables o que revelan que ha realizado actos que pudieron haber propiciado los hechos.

18. Perdón del acusado (o al autor del delito). El declarante tiende de alguna manera a favorecer o a excusar al acusado.

e) Elementos específicos de la agresión.

19. Detalles característicos del delito. Señalamiento de detalles del hecho que se oponen a las creencias habituales mantenidas por personas no expertas en el desarrollo de acontecimientos de ese tipo, y al mismo tiempo están en correspondencia con los descubrimientos empíricos.

Para la evaluación de todos estos criterios se han propuesto una serie de pautas que deben ser tenidas en cuenta, a saber:

- Deben ser ponderados de manera cualitativa, no cuantitativa, de modo que la mera repetición en diferentes partes de la declaración no aumentan la valoración de la presencia del criterio;

- Un pasaje de una declaración puede cumplir más de un criterio;

- Solo se considerarán los contenidos que estén relacionados con el incidente, por lo que no todo lo que cuente el testigo se estimara válido para el análisis de credibilidad<sup>934</sup>; y

- Si bien la constatación de los distintos criterios debe ser entendida como una señal indicativa de veracidad, su ausencia no significa necesariamente que la declaración sea falsa<sup>935</sup>.

La presencia de cada uno de los criterios será evaluada de acuerdo con la siguiente escala: 0 punto si está ausente; 1 punto si está presente; y 2 puntos si está considerablemente presente<sup>936</sup>. En consecuencia, la concurrencia de cada indicador fortalece la probabilidad de que el relato sea cierto, pues las declaraciones verdaderas contendrán mayor cantidad de los elementos medidos por el CBCA<sup>937</sup>. En este sentido, VRIJ ha postulado que existen varias razones por las que una persona honesta obtiene un puntaje más alto que un mentiroso: a) cuando se inventa una historia, las personas no tienen suficiente imaginación para introducir complicaciones, reproducir partes de conversaciones o describir su propio estado mental o el de otro; b) aunque tengan la creatividad, no incluyen estos aspectos por considerarlos irrelevantes para el juicio de credibilidad; c) hay criterios que son muy difíciles de incorporar en un relato inventado, como la elaboración no estructurada, ya que es más fácil contar una historia inventada en orden cronológico; d) quienes fabrican una historia se muestran reacios a incluir ciertos aspectos, por estimar que serán negativos para su credibilidad, como admitir falta de memoria o tener dudas sobre su propio testimonio<sup>938</sup>.

3) Lista de Validez (*Validity Checklist*). El análisis de los criterios anteriores podría no ser suficiente para establecer la veracidad de la declaración, por lo que mediante este listado de validez se busca reforzar la evaluación de credibilidad realizada a partir del CBCA. Se combina la información extraída del contenido de la declaración con otros elementos relevantes del caso, considerando factores que pudieron afectar su resultado, como el nivel de desarrollo cognitivo, lingüístico y emocional del

---

<sup>934</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 210.

<sup>935</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, cit., p. 136.

<sup>936</sup> STELLER, Max y KÖHNKEN, GUENTER, *Análisis de declaraciones basado en criterios*, cit., p. 207.

<sup>937</sup> VRIJ, Aldert, AKEHURST, Lucy, SOUKARA, Stavroula y BULL, Ray, *Detecting deceit via analyses of verbal and nonverbal behavior in children and adults*, en *Human communication research*, Vol. 30, N° 1, 2004, p. 12.

<sup>938</sup> VRIJ, Aldert, KNELLER, Wendy y MANN, Samantha, *The effect of informing liars about criteria-based content analysis on their ability to deceive CBCA-raters*, en *Legal and criminological psychology*, Vol. 5, N° 1, 2000, p. 59.

entrevistado o sus motivaciones, las variables de la entrevista, errores en el desarrollo de ella, preguntas sugestivas o cuestiones vinculadas a la investigación de los hechos. Con todo ello, se procede a la valoración de hipótesis explicativas alternativas de los mismos sucesos, teniendo en cuenta toda la información del caso<sup>939</sup>. Se trata de 11 criterios agrupados en cuatro categorías<sup>940</sup>:

#### 1. Características psicológicas

- Adecuación del lenguaje y conocimiento. Busca determinar si el lenguaje utilizado y el conocimiento manifestado por el declarante está dentro de lo considerado normal en relación con su edad y lo que pudo haber aprendido a consecuencia del hecho. Si no, ello puede indicar la influencia de terceras personas o contaminación por reiteración de exploraciones.

- Adecuación del estado afectivo. Se analiza si el estado afectivo manifestado por el menor durante la entrevista, tanto en su comportamiento verbal como no verbal, está en proporción con sus presuntas experiencias.

- Susceptibilidad a la sugestión. Comprobar si demuestra algún síntoma de propensión a la sugestión de otras personas<sup>941</sup>.

#### 2. Características de la entrevista

- Interrogatorio sugestivo, inductivo o coercitivo. Busca analizar la calidad de la entrevista teniendo en consideración el tipo de preguntas formuladas.

- Adecuación general de la entrevista.

#### 3. Motivación

- Motivos para informar. Es necesario considerar si la relación entre los implicados o con otras personas sugiere posibles motivos para una acusación falsa.

- Contexto del informe o la revelación original. Se debe apreciar si existieron elementos cuestionables en el contexto de la revelación original.

- Presiones para declarar falsamente.

#### 4. Cuestiones de investigación

- Consistencia con las leyes de la naturaleza.

- Consistencia con otras declaraciones de la misma persona.

- Consistencia con otras pruebas.

---

<sup>939</sup> VRIJ, Aldert, *Criteria-based content analysis*, cit., p. 7. En el mismo sentido: GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo, *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, cit., p. 93.

<sup>940</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 211. También ver: MASIP, Jaume y ALONSO, Hernán, *Verdades, mentiras y su detección*, cit., p. 513.

<sup>941</sup> IBÁÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal*, cit., p. 352.

En definitiva, y luego de haber llevado a cabo todas las consideraciones anteriores, aplicado el CBCA y la lista de validez, el resultado de la valoración general de la credibilidad de la acusación debe ser clasificado en alguna de las siguientes categorías: creíble, probablemente creíble, indeterminado, probablemente increíble o increíble<sup>942</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de las ventajas que la utilización de este sistema trae consigo, se han apuntado ciertas críticas a la forma en que se determina la ponderación final del CBCA. En este sentido, se echa en falta una precisión acerca de la cantidad de criterios que deben concurrir para poder estimar que una declaración es creíble, entendiendo que a mayor presencia de criterios, más altas serán las probabilidades de que el relato sea verdadero. Además, se ha sostenido que el principal problema del CBCA es que no determina el peso específico de cada uno de los indicadores, pues es perfectamente posible y esperable que algunos de ellos tengan mayor relevancia en la tasación definitiva del testimonio<sup>943</sup>, ya sea por las características del declarante o del acontecimiento relatado, especialmente porque algunos criterios no tendrían aplicación respecto a los adultos, como el criterio N° 10<sup>944</sup>. Por otra parte, se ha demostrado que es factible *engañar* a este sistema, ya que, si los mentirosos conocen previamente los criterios que serán atendidos para valorar su veracidad, pueden poner atención en incluirlos en sus relatos, para así mejorar su credibilidad. Con ello, sus resultados en el CBCA logran ser similares a los obtenidos por quienes dicen la verdad, a la vez que son significativamente más altos que los de sujetos que mienten e ignoran los criterios de evaluación<sup>945</sup>.

Frente a dichas observaciones no cabe sino recordar que ni esta ni ninguna técnica de estimación de credibilidad podrá considerarse -ni aspirar a ser- el método infalible de control de la mentira, pues por el momento dicha conquista escapa a las capacidades humanas. Por lo demás, lo interesante del método es que objetiva los elementos que deben ser considerados por el tribunal para decidir sobre la veracidad de la declaración, pero en caso alguno podemos permitir que el juez se transforme en un simple verificador de la presencia de cada uno de los criterios, pues una situación de

---

<sup>942</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, cit., p. 141.

<sup>943</sup> VRIJ, Aldert, KNELLER, Wendy y MANN, Samantha, *The effect of informing liars about criteria-based content analysis on their ability to deceive CBCA-raters*, cit., p. 60.

<sup>944</sup> GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo, *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, cit., p. 97.

<sup>945</sup> VRIJ, Aldert, KNELLER, Wendy y MANN, Samantha, *The effect of informing liars about criteria-based content analysis on their ability to deceive CBCA-raters*, cit., p. 66.

este tipo constituiría el retorno a un sistema de prueba tasada, con todos los defectos e inconvenientes que ello acarrea. De este modo, deberá ser el buen juicio del sentenciador el que se emplee para establecer el peso específico de cada uno de los criterios, tomando en cuenta los factores que concurren en el caso concreto, como la edad del declarante o la complejidad del asunto<sup>946</sup>.

Querámoslo o no, siempre quedará un espacio para la discrecionalidad en el juicio jurisdiccional, pues él implica una toma de decisión humana, con la presencia de todos los elementos que confluyen en cada una de ellas. Lo importante es limitar el ámbito de subjetividad al mínimo posible, y esto es precisamente lo que puede lograrse con la utilización de los criterios de realidad, que no solo le sirven al juez para adoptar una decisión, sino también lo guían al momento de construir el razonamiento que permita motivarla, justificación que forma parte del núcleo esencial del sistema de la sana crítica.

## **B) Valoración procesal de la declaración de personas**

### **a) Declaración de partes**

Aun cuando las tendencias actuales indican que los legisladores han optado por establecer como regla general que las pruebas incorporadas al proceso deben ser valoradas de acuerdo al libre convencimiento del juez<sup>947</sup>, la determinación del mérito probatorio de la declaración de partes se sigue manteniendo -en la mayoría de los ordenamientos analizados- como un caso de excepción, estando, por tanto, sometido al sistema de valoración legal o tasada. De hecho, solo en Alemania<sup>948</sup> y Colombia<sup>949</sup> es

---

<sup>946</sup> ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 36.

<sup>947</sup> A modo de ejemplo: CPCCN **Apresiasión de la prueba Art. 386** *Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica (...)*; CPC italiano **Art. 116. Valutazione delle prove** *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*; y CFPC **Artículo 197** *El tribunal goza de la más amplia libertad para hacer el análisis de las pruebas rendidas; para determinar el valor de las mismas, unas enfrente de las otras, y para fijar el resultado final de dicha valuación contradictoria; a no ser que la ley fije las reglas para hacer esta valuación, observando, sin embargo, respecto de cada especie de prueba, lo dispuesto en este capítulo.*

<sup>948</sup> **§ 453 Beweiswürdigung bei Parteivernehmung (1)** *Das Gericht hat die Aussage der Partei nach § 286 frei zu würdigen*; y **§ 286 Freie Beweiswürdigung (1)** *Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.*

posible constatar una estimación plenamente libre del resultado de esta evidencia, grupo dentro del que también podemos incluir a España, aunque esta última presenta ciertas particularidades que veremos más adelante.

En cualquier caso, las legislaciones prevén tanto los efectos probatorios de la declaración expresa, entendiendo por aquella la que se produce cuando el litigante concurre y declara ante el juez de la causa, como asimismo las consecuencias procesales de la declaración ficta, vale decir, la que se tiene por realizada en silencio del declarante y que se ha establecido como una sanción para la parte que ha sido llamada a deponer en el proceso y que ha incumplido con los deberes que esto acarrea.

### 1) Expresa

En Argentina<sup>950</sup>, Chile<sup>951</sup>, Francia<sup>952</sup>, Italia<sup>953</sup>, México<sup>954</sup> y Uruguay<sup>955</sup> se dispone que la confesión judicial tiene valor de plena prueba, de modo que los eventos

---

<sup>949</sup> **Artículo 191. Requisitos de la confesión** *La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que sea expresa, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento. 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada. / La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas; y Artículo 197. Infirmación de la confesión* Toda confesión admite prueba en contrario.

<sup>950</sup> **Efectos de la confesión expresa Art. 423** *La confesión judicial expresa constituirá plena prueba, salvo cuando: 1) Dicho medio de prueba estuviere excluido por la ley respecto de los hechos que constituyen el objeto del juicio, o incidiere sobre derechos que el confesante no puede renunciar o transigir válidamente. 2) Recayere sobre hechos cuya investigación prohíba la ley. 3) Se opusiere a las constancias de instrumentos fehacientes de fecha anterior, agregados al expediente; y Alcance de la confesión Art. 424* En caso de duda, la confesión deberá interpretarse en favor de quien la hace.

<sup>951</sup> **Art. 399** *Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial en conformidad a lo que establece el artículo 1713 del Código Civil y demás disposiciones legales. / Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quien representa, producirá también prueba la confesión; y Art. 402* No se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en el juicio. / Podrá, sin embargo, admitirse prueba en este caso y aun abrirse un término especial para ella, si el tribunal lo estima necesario y ha expirado el probatorio de la causa, cuando el confesante alegue, para revocar su confesión, que ha padecido error de hecho y ofrezca justificar esta circunstancia. / Lo dispuesto en el inciso precedente se aplicará también al caso en que los hechos confesados no sean personales del confesante. Código Civil chileno **Art. 1713.** *La confesión que alguno hiciere en juicio por sí, o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1701, inciso 1.º y los demás que las leyes exceptúen. / No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho.*

<sup>952</sup> **Article 1356** *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. / Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. / Il ne peut être divisé contre lui. / Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.*



que se establezcan a partir de ella no pueden ser desvirtuados por el resultado de otras probanzas que se hayan practicado en el proceso. Para que genere dicho efecto se prevén ciertos requisitos: que la confesión haya sido prestada por persona con capacidad suficiente, que no haya sido producto de un error de hecho u obtenida bajo violencia o dolo y que ella verse sobre derechos disponibles.

En este tema, debemos poner de relieve que las legislaciones no establecen un valor tasado para la confesión cualquiera sea su contenido, sino que ello solo tiene lugar cuando lo expresado por el litigante es contrario a las pretensiones e intereses que ha hecho valer en el proceso, esto es, cuando vaya en su propio perjuicio o en beneficio de la parte contraria. Lo anterior se debe a que el sistema estriba en que tradicionalmente se ha sostenido que debe creerse a quien declara algo que va en detrimento de sus intereses, pues normalmente ninguna persona en su sano juicio declara contra sí cuando los hechos que expone no se conforman a la verdad<sup>956</sup>. En consecuencia, se entiende que si una parte reconoce algo que le es desfavorable, hay que creerle<sup>957</sup>, ya que es precisamente la contradicción entre la pretensión manifestada en el proceso y la declaración prestada, lo que lleva a considerar que respecto a esta última existe “*un motivo muy poderoso en favor de su veracidad*”<sup>958</sup>.

Lo anterior sirve de fundamento para imponer el criterio valorativo general del legislador por sobre cualquier apreciación particular que el sentenciador pueda formarse teniendo a la vista el resultado del interrogatorio de una de las partes. Al juez no le es

---

<sup>953</sup> **Art. 2732. Revoca della confessione** *La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza; y Art. 2733. Confessione giudiziale* *È giudiziale la confessione resa in giudizio. / Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili.*

<sup>954</sup> **Artículo 96** *La confesión sólo produce efecto en lo que perjudica al que la hace; pero si la confesión es la única prueba contra el absolvente, debe tomarse íntegramente, tanto en lo que lo favorezca como en lo que lo perjudique; Artículo 123* *Contra la confesión expresa de hechos propios no se admitirá, a la parte que la hubiere hecho, prueba de ninguna clase; a no ser que se trate de demostrar hechos ignorados por ella al producir la confesión, debidamente acreditados, o de hechos posteriores, acreditados en igual forma; y Artículo 199.* *La confesión expresa hará prueba plena cuando concurren, en ella, las circunstancias siguientes: I. Que sea hecha por persona capacitada para obligarse; II. Que sea hecha con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia, y III. Que sea de hecho propio o, en su caso, del representado o del cedente, y concerniente al negocio.*

<sup>955</sup> **153. Confesión** 153.1 *La confesión de parte se realiza por ésta o su representante constituido en forma, si al contestar el interrogatorio, al absolver posiciones o en cualquier otro acto escrito u oral del proceso, admite la veracidad de un hecho personal o de su conocimiento, desfavorable a su interés y favorable a la adversaria.* 153.2 *La confesión judicial hace prueba contra la parte que la realiza, salvo que se tratare de hechos respecto de los cuales la ley exige otro medio de prueba o recayere sobre derechos indisponibles. Cesa de hacer fe cuando constare haber sido determinada por error, violencia o dolo.*

<sup>956</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, cit., p. 156. En el mismo sentido: DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 153.

<sup>957</sup> MARTÍN PASTOR, José, *Derecho procesal civil*, cit., p. 396.

<sup>958</sup> GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, cit., p. 412.

permitido atender al nivel de convicción que haya alcanzado en relación con la deposición de un litigante determinado -en el que concurren ciertas condiciones físicas, psíquicas y mnemónicas junto a la presencia (o no) de concretas intenciones de veracidad en su relato- sino que se soslaya este proceso de convencimiento del tribunal y le impone la verdad de los acontecimientos, o mejor dicho, le obliga a tenerlos por ciertos y a fijarlos como tal en la decisión del asunto.

Sin embargo, lo anterior pasa por alto una serie de aspectos vinculados con el funcionamiento de la memoria y el proceso de obtención de las declaraciones que ponen en jaque a la máxima que sirve de piedra angular a este modelo de valoración. De partida, debemos mencionar que no es posible, sobre bases racionales, adoptar posturas absolutas e inmutables acerca de la interpretación de los resultados de la declaración de los litigantes. Esto por cuanto nada garantiza que cada vez que una parte declara en beneficio de sus pretensiones lo hace mendazmente, y que a la inversa, cuando sostiene algo que le perjudica, siempre dice la verdad. De hecho, es perfectamente posible que en uno y otro caso se dé la situación contraria. Y esta aseveración no es de ninguna manera antojadiza o caprichosa, pues se construye a partir de la simple constatación de cómo funcionan los procesos de memoria y de la identificación del conjunto de elementos que pueden influir en la configuración del recuerdo, durante el período que va desde la formación de la huella hasta la declaración del litigante ante el juez de la causa. Todo ello, como hemos visto, puede redundar en que el sujeto olvide los hechos, mezcle o solape sus recuerdos o simplemente se equivoque en su declaración a raíz del estrés que le genera la situación a la que se ve enfrentado. Es este cúmulo de información el que es desatendido por un sistema judicial que establece una valoración apriorística de la declaración de parte.

En este sentido, el legislador que a rajatabla dispone que los hechos confesados por la parte, ejecutados por ella y que le perjudiquen, deben ser tenidos por ciertos, sin posibilidad de ser sopesados caso a caso y/o de ser desestimados mediante el análisis del resultado de otras evidencias, muestra un desconocimiento o al menos una desconsideración acerca de todos los factores que influyen en la fijación, almacenamiento y rescate de los recuerdos de las personas, que pueden desvirtuar o desfigurar la imagen mental que guardan de los hechos, y que por consiguiente exigen un esfuerzo del tribunal para determinar el grado de indemnidad de las memorias que el litigante ha expuesto en su relato. Por ello, malamente se pueden adoptar posturas

legislativas que impidan al sentenciador apreciar las particularidades de cada declarante y tomarlas en consideración para determinar el peso probatorio de sus dichos.

La crítica que siempre se pone de manifiesto cuando se sostiene que es perentorio dejar de lado el sistema de valoración tasada de este medio de prueba y optar por su *prudente apprezzamento*, es que en un escenario de ese tipo el juez se ve ante la realización de una actividad de máxima importancia sin ninguna orientación ni colaboración por parte del legislador, lo que puede hacerle incurrir en voluntarismos, simplificaciones, equivocaciones o simple desidia. Ante ello, y adelantando desde ya algunas de las consideraciones que exponemos en la parte final de este capítulo, digamos que el trabajo judicial en este aspecto debe estar dirigido a la determinación del nivel de sinceridad del declarante y de la calidad de sus memorias, vale decir, un doble ejercicio que implica analizar la veracidad y la exactitud del deponente, lo que solo puede realizarse correcta y objetivamente a partir del examen del contenido de su declaración. Con esta finalidad, el tribunal debe comenzar por atender a ciertos elementos que pueden ser detectados en el relato, como su nivel de contextualización y su consistencia lógica o armonía, para de esa manera arribar a una decisión acerca de si el sujeto ha proporcionado o no una narración sincera, siempre teniendo presente que cada uno de estos componentes no es suficiente ni concluyente *per se* para emitir un juicio, pero que en conjunto colaboran en la correcta determinación del grado de honestidad de lo expuesto.

Luego de ello, si el juez llega a la convicción de que el litigante ha emitido una declaración que se ajusta al recuerdo que él conserva de los hechos y que por tanto no ha intentado engañarlo, será momento de analizar el grado de exactitud de dicho registro para lo que es necesario concentrarse en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso mnemónico, comenzando por los factores que han estado presentes en el momento de la fijación del recuerdo y como cada uno de ellos ha podido influir en la configuración de la huella de memoria que se ha incorporado al almacén del deponente, elementos que pueden vincularse v. gr. a las capacidades físicas o mentales que presentaba la persona en el momento en que sucedieron los hechos o a las condiciones ambientales en que este tuvo lugar. Además, el juez debe sopesar si el tiempo que ha transcurrido desde que el declarante tomó conocimiento de los eventos pudo menguar el recuerdo, y asimismo, barajar la posibilidad de que este haya sido objeto de influencias propias o externas que hayan modificado su registro. Finalmente deberá estar atento al modo en que se procede a la obtención de la declaración, lo que implica considerar,

entre otros factores, el sistema utilizado o la estructura que adoptan las preguntas planteadas. Empleando todas estas orientaciones, que exceden con mucho al plano estrictamente jurídico, el tribunal podrá valorar acertadamente este medio de prueba, llenando de contenido la sana crítica o el libre convencimiento que debe utilizarse en este caso, mediante máximas de experiencia que gozan de un sustento científico-psicológico suficiente para utilizarlas sin ningún temor y que permiten al juez alejarse de cualquier decisión irracional y arbitraria. De este modo, el tribunal alcanzará una determinación racional del peso probatorio de estas evidencias, lo que por cierto lo acercará a la forma en que efectivamente ocurrieron los hechos, y desde ahí, como sostiene TARUFFO<sup>959</sup>, a una decisión más justa.

Por consiguiente, la valoración del mérito de la declaración de parte realizada de acuerdo a estándares rígidos, casi matemáticos, como los que propone la valoración tasada, obviamente facilita el trabajo jurisdiccional pero, al mismo tiempo, implica dejar de realizar un proceso de determinación del nivel efectivo de exactitud y veracidad de lo expuesto por cada litigante que declara en un proceso concreto, lo que priva al juez de conseguir el valor máximo de aquella verdad relativa y contextualizada que puede ser alcanzada por el proceso judicial.

Ahora bien, si analizamos la forma en que este asunto ha sido regulado en España<sup>960</sup>, nos encontramos con un caso paradigmático, pues de la lectura de la regulación contenida en la LEC es posible sostener, en principio, que la declaración de parte podrá valorarse como prueba legal o bien de acuerdo a la sana crítica del juez, dependiendo del contenido de la declaración y de las condiciones que concurren en la especie. En efecto, quizás por miedo a apartarse completamente de su tradición procesal, el legislador mantiene la posibilidad de que la declaración de los litigantes pueda dar lugar a una fijación formal de ciertos hechos, aun cuando en términos prácticos la tasación del mérito probatorio de esta evidencia usualmente quedará entregada a la libre apreciación del juez, pues los requisitos que se han establecido para que se dé paso a la valoración legal hacen que esta posibilidad tenga claros tintes de excepcionalidad.

---

<sup>959</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 136.

<sup>960</sup> **Artículo 316 Valoración del interrogatorio de las partes** 1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307.

Lo anterior se debe a que además de exigirse que la declaración verse sobre hechos personales del declarante y su fijación le resulte enteramente perjudicial, la legislación española dispone que la fijación formal solo será posible cuando los hechos que han sido reconocidos por la parte no sean contradichos por el resultado de las demás pruebas. Por ende, si de la apreciación del conjunto de las evidencias restantes que se han practicado en el proceso el tribunal llega a la convicción que los hechos no han ocurrido tal como los relata la parte, no procederá su fijación según el tenor de su declaración, sino que ello se realizará mediante el empleo de la sana crítica del juez. Así las cosas, aunque se trate de hechos personales y enteramente perjudiciales para la parte que los reconoce, el juez podrá desoír el resultado del interrogatorio cuando el resto de los medios de prueba le ofrezca una base sólida para llegar a la convicción motivada de que los acontecimientos han sucedido de una forma distinta<sup>961</sup>.

De esta manera, podemos afirmar que es muy difícil que el tribunal deba proceder a la fijación de hechos prevista por el artículo 316.1, a menos que en la especie el interrogatorio de una de las partes sea la única prueba que se haya practicado en el proceso. Esta situación resulta desde ya bastante inusual en los juicios civiles, donde es común contar con algún documento fundante de la pretensión o al menos con testigos que avalen la versión de los acontecimientos. Pero si a pesar de todo, en la única prueba practicada la parte interrogada admite hechos personales que le resultan completamente perjudiciales, el juez deberá tenerlos por ciertos a raíz de una decisión apriorística del legislador, al margen no solo de su nivel de convencimiento, sino también de la posibilidad que el declarante haya cometido un error en la aceptación de la certeza de esos sucesos, fruto de su ignorancia, nerviosismo, confusión u olvido<sup>962</sup>. En efecto, todo lo anterior debe ceder frente a la noción de que nadie miente para perjudicarse, debido a que el legislador no tiene en cuenta que la mentira no es el único inconveniente al que debe hacer frente el juez al valorar esta prueba, pues también tendrá que considerar el nivel de precisión del recuerdo de la persona que intenta proporcionar un relato verídico, aspecto que se ve influenciado por todos los factores que afectan su memoria, y que obviamente son soslayados por una norma que dispone una fijación automática de los hechos.

---

<sup>961</sup> MEDINA CEPERO, Juan, *La valoración judicial del interrogatorio de las partes en el proceso civil*, en Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, N° 7, 2003, p. 315.

<sup>962</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 261. En la misma obra, el autor ha apuntado que si esta fuera la única prueba que se practicase en el proceso y el litigante reconoce todo lo negativo, el resultado sería el mismo que si se aplicaran las normas de carga de la prueba: el litigante perderá el juicio, al no haber aportado ninguna prueba en apoyo de su pretensión, p. 263.

Tal como propone CORTÉS DOMÍNGUEZ, si además del interrogatorio de partes en el proceso se han practicado otras pruebas, la valoración de esta declaración no será en ningún caso legal o tasada, sea que ella concuerde o no con las pruebas restantes. Si no existe coincidencia, la LEC señala que la valoración debe realizarse conforme a las normas de la sana crítica; y si coinciden, la apreciación de la prueba se habrá realizado de la misma forma, pues ese es el método que habrá utilizado el juez para analizar las demás evidencias que armonicen con la declaración<sup>963</sup>, salvo que se trate de la instrumental en los casos en que su valor viene señalado por la ley.

## 2) Tácita o ficta

Como ya adelantábamos, las legislaciones establecen la posibilidad de que pueda tener lugar una declaración tácita o ficta de las partes en el proceso. Ella es una de las sanciones previstas para el caso en que el litigante, cuya declaración ha sido propuesta como medio de prueba, no cumpla con los deberes que de dicho acto le han surgido. De este modo, si la parte no comparece ante el tribunal el día y hora que se ha fijado para la realización del acto, o si compareciendo se niega a prestar juramento, se rehúsa a declarar o solo lo hace mediante respuestas evasivas o inconcluyentes -según las particularidades de cada una de las legislaciones analizadas- en términos generales se ha establecido que se le podrá tener por confesa de los hechos sobre los que debía versar su interrogatorio, los que constarán en el pliego de preguntas que se ha presentado con ocasión del mismo o en los escritos de alegaciones, cuando el procedimiento no disponga la presentación previa de preguntas escritas. Es esta, por consiguiente, una de las maneras por la que se pretende exhortar a los litigantes para que den efectivo cumplimiento a cada uno de sus deberes.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la deposición expresa, la determinación del valor probatorio de la declaración ficta, en casi la totalidad de los ordenamientos estudiados<sup>964</sup>, no consiste en un mandato del legislador que se impone a la voluntad del juez, sino que esto queda entregado a la libre apreciación del tribunal de la causa. Esto porque mientras algunas legislaciones disponen que para dar confeso al

---

<sup>963</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín, *Derecho procesal civil*, cit., p. 230.

<sup>964</sup> Siendo la única excepción, la regulación prevista por el CPC chileno: **Art. 394** *Si el litigante no comparece al segundo llamado, o si, compareciendo, se niega a declarar o da respuestas evasivas, se le dará por confeso, a petición de parte, en todos aquellos hechos que estén categóricamente afirmados en el escrito en que se pidió la declaración; y Art. 400* *La confesión tácita o presunta que establece el artículo 394, producirá los mismos efectos que la confesión expresa.*

declarante el juez debe tener en consideración las circunstancias de la causa y las demás pruebas (Argentina<sup>965</sup>), otras establecen que la declaración ficta solo puede servir de base para una presunción (Colombia<sup>966</sup>, México<sup>967</sup> y Uruguay<sup>968</sup>). Así, es claro que los hechos a los que refiera la declaración ficta pueden ser desvirtuados a partir de las conclusiones que se obtengan del análisis de las pruebas restantes, de modo que el juez debe considerar las demás evidencias que se hayan incorporado al proceso para determinar el mérito del incumplimiento procesal del litigante. De esta manera, el sentenciador, al no verse constreñido por ninguna decisión apriorística del legislador, debe emplear su criterio para adoptar una decisión sobre las consecuencias procesales de la declaración tácita. En España<sup>969</sup> e Italia<sup>970</sup> la norma que regula esta materia tiene

---

<sup>965</sup> **Confesión ficta Art. 417** *Si el citado no compareciere a declarar dentro de la MEDIA (1/2) hora de la fijada para la audiencia, o si habiendo comparecido rehusare responder o respondiere de una manera evasiva, el juez, al sentenciar, lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las demás pruebas producidas. / En caso de incomparecencia del absolvente, aunque no se hubiere extendido acta se aplicará lo establecido en el párrafo anterior, si el ponente hubiere presentado oportunamente el pliego de posiciones y el absolvente estuviere debidamente notificado.*

<sup>966</sup> **Artículo 205. Confesión presunta** *La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. / La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes. / Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.*

<sup>967</sup> **Artículo 124** *La parte legalmente citada a absolver posiciones será tenida por confesa en las preguntas sobre hechos propios que se le formulen: I. Cuando sin justa causa no comparezca; II. Cuando insista en negarse a declarar; III. Cuando, al declarar, insista en no responder afirmativa o negativamente, o en manifestar que ignora los hechos, y IV. Cuando obre en los términos previstos en las dos fracciones que anteceden, respecto a las preguntas que le formule el tribunal, conforme al artículo 113; y **Artículo 201** *La confesión ficta produce el efecto de una presunción, cuando no haya pruebas que la contradigan.**

<sup>968</sup> **149. Interrogatorio** 149.4 *La no comparecencia a la audiencia de declaración, sin causa justificada, así como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, harán presumir ciertos los hechos de la demanda o de la contestación, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión; **150. Posiciones** 150.2 *La convocatoria a audiencia del absolvente con indicación de que se le cita a absolver posiciones implicará el apercibimiento de que si no compareciere, se negare a responder o lo hiciere con evasivas, se le tendrá por confeso; y **153. Confesión** 153.3 *La confesión ficta a que refieren los artículos 149.4 y 150.2 hace prueba, salvo en lo que resultare contradicha por las demás pruebas producidas u otras circunstancias de la causa.***

<sup>969</sup> **Artículo 304 Incomparecencia y admisión tácita de los hechos** *Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley; y **Artículo 307 Negativa a declarar, respuestas evasivas o inconcluyentes y admisión de hechos personales** 1. *Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte. 2. Cuando**

un claro carácter admonitivo, ya que, deja en manos del juez de la causa la decisión acerca de si los hechos deben darse o no por admitidos o reconocidos como consecuencia del silencio de la parte. Es, por tanto, una cuestión que queda entregada al discernimiento del juez. En todo caso, es en Alemania<sup>971</sup> en donde más se pone en evidencia la libertad de apreciación del juez acerca del peso probatorio de esta conducta omisiva de la parte, pues se ha señalado expresamente que el tribunal puede considerar como probados los hechos manifestados de acuerdo con su libre convencimiento.

Por consiguiente, en esta materia se otorga un espacio de discreción para el actuar del tribunal, el que atendiendo a las circunstancias del caso concreto, decidirá si deben o no tenerse por ciertos los hechos a los que se refiere la declaración ficta del litigante, determinación que solo podrá adoptar teniendo en cuenta el mérito probatorio de las demás probanzas, cúmulo al que se sumará, como un dato más, la actitud incumplidora de la parte. Por ello, podríamos considerar que la previsión del legislador en este asunto resulta redundante, siendo suficiente, para estos efectos, que los ordenamientos contengan una norma que prevea que toda la prueba rendida se valorará de acuerdo al libre convencimiento del sentenciador. En este sentido, la decisión acerca de cuáles son los hechos que deben tenerse por acreditados se tomará de acuerdo al nivel de convicción que haya alcanzado el juez de la causa a partir del material probatorio que se le haya provisto, como asimismo de las máximas de la experiencia que este haya estimado pertinente utilizar en el caso concreto. En consecuencia no es posible sostener que la declaración tácita puede servir por sí sola para fijar hechos en el proceso, ya que, en caso que ella se presente y los hechos a los que se refiera queden fijados, esto será consecuencia del análisis de las pruebas que se han incorporado a los autos, no de la omisión del litigante. La única situación en que ello podría ocurrir es que el juez solo cuente con este elemento probatorio para dictar su sentencia. Empero, como lo señalábamos a propósito de la declaración expresa, es bastante improbable que en la sustanciación de un proceso civil los litigantes se valgan solo de este medio para

---

*las respuestas que diere el declarante fuesen evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, le hará el apercibimiento previsto en el apartado anterior.*

<sup>970</sup> **Art. 232. Mancata risposta** *Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio.*

<sup>971</sup> **§ 453 Beweiswürdigung bei Parteivernehmung** (2) *Verweigert die Partei die Aussage oder den Eid, so gilt § 446 entsprechend; § 446 Weigerung des Gegners* *Lehnt der Gegner ab, sich vernehmen zu lassen, oder gibt er auf Verlangen des Gerichts keine Erklärung ab, so hat das Gericht unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage, insbesondere der für die Weigerung vorgebrachten Gründe, nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es die behauptete Tatsache als erwiesen ansehen will.*



acreditar sus pretensiones, y más raro aún sería el caso de que, si efectivamente esta es la única prueba del proceso, la parte que sea llamada a declarar no cumpla con este cometido, sabiendo las consecuencias que podrían derivarse de ello.

De este modo, salvo en Chile -donde el juez está obligado por la ley a tener por confeso al litigante-, la declaración ficta constituye solo uno más de los antecedentes que deben ser tenidos en cuenta para el establecimiento del componente fáctico del litigio, sin que de ninguna manera sea determinante ni se imponga sobre las conclusiones que el juez puede obtener a partir de los restantes medios de prueba incorporados al proceso.

## b) Declaración de testigos

Si en la valoración de la declaración expresa de los litigantes lo que prima es la prueba tasada, el panorama respecto a la prueba testifical es totalmente opuesto. Esto porque la mayoría de los ordenamientos han dispuesto que la operación mental para asignar el valor de convicción del resultado de la declaración de testigos<sup>972</sup> debe realizarse conforme a las reglas de la sana crítica o libre convencimiento del juez<sup>973</sup>, siendo por tanto una tarea que se confía completamente al sentenciador. Esta es una situación, si se quiere, auspiciosa para el éxito del proceso valorativo, pues el legislador se hace a un lado, no solo porque ya han quedado atrás los tiempos en que se desconfiaba por completo de la idoneidad o capacidad de los jueces, sino también porque se ha entendido que son estos los que están situados en la mejor posición para

---

<sup>972</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 238.

<sup>973</sup> ZPO § 286 **Freie Beweiswürdigung** (1) *Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind;* CPCCN **Apreciación de la prueba Art. 386** *Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa;* CGP colombiano **Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. / El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba;* LEC **Artículo 376 Valoración de las declaraciones de testigos** *Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica (...);* CPC italiano **Art. 116. Valutazione delle prove** *Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti;* CGP uruguayo **140. Valoración de la prueba** *Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo texto legal que expresamente disponga una regla de apreciación diversa.*

cumplir esta tarea de forma exitosa. Así, desde la perspectiva de la psicología del testimonio resulta ideal que al tribunal se le deje en libertad de acción para apreciar de acuerdo a los antecedentes que consten en cada proceso el peso probatorio que procede asignar a los dichos de un testigo, o expuesto en términos más precisos, que sea el juez de la causa el que, por medio del análisis del contenido de cada declaración, establezca el nivel de veracidad y exactitud de lo expuesto por el testigo, únicamente limitado por las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. Por esto mismo preocupa que aun en Chile<sup>974</sup> se mantenga un sistema tasado y aritmético de apreciación de las declaraciones testificales que obviamente desatiende todas las orientaciones psicológicas actuales. Por ejemplo, al disponerse que en determinadas situaciones el tribunal debe tener por cierto lo que ha sostenido la mayor cantidad de testigos, implica abiertamente dejar de considerar que el número de personas que entreguen la misma versión de los hechos no es un criterio que sirva por sí solo para proceder con certeza a la reconstrucción del componente fáctico de la causa, pues se puede tratar de una declaración falsa que ha sido perfectamente preparada y ensayada junto al abogado de la parte. Lo conveniente, en este sentido -y así esperamos que se refleje en la reforma al proceso civil chileno que se encuentra en discusión-, es que el tribunal esté en posición de sopesar todos los elementos que concurran en las declaraciones testimoniales, para con ello decidir y justificar libremente por qué ha resuelto tener o no por acreditados ciertos hechos, sin que esa determinación le venga impuesta por el legislador mediante el empleo de supuestos criterios objetivos de verdad.

Ahora bien, dado que los legisladores han optado en su mayoría por una valoración libre de este medio de prueba, la crítica y/o los inconvenientes de esta

---

<sup>974</sup> **Art. 384** *Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes: 1a. La declaración de un testigo imparcial y verídico constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al artículo 426; 2a. La de dos o más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba en contrario; 3a. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que, aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas de proceso; 4a. Cuando los testigos de una y otra parte reúnan iguales condiciones de ciencia, de imparcialidad y de veracidad, tendrán por cierto lo que declare el mayor número; 5a. Cuando los testigos de una y otra parte sean iguales en circunstancias y en número, de tal modo que la sana razón no pueda inclinarse a dar más crédito a los unos que a los otros, tendrán igualmente por no probado el hecho; y 6a. Cuando sean contradictorias las declaraciones de los testigos de una misma parte, las que favorezcan a la parte contraria se considerarán presentadas por ésta, apreciándose el mérito probatorio de todas ellas en conformidad a las reglas precedentes.*

elección son los mismos que se hacen valer para la declaración de partes, esto es, que el legislador deja todo el peso que conlleva el desarrollo de esta empresa sobre los hombros del juez, sin hacer prácticamente ningún esfuerzo por proporcionarle alguna directriz u orientación que le permita llevarlo a cabo con éxito. Por lo tanto, el juez es quien debe escoger en el caso concreto cuáles son los elementos que tendrá en consideración para determinar el mérito probatorio de cada una de las declaraciones, debiendo, en todo caso, dar cuenta razonada de ellos al momento de justificar su decisión en la sentencia definitiva del proceso. No obstante, es posible constatar que algunas legislaciones coinciden al contener dos elementos que deben ser atendidos por el tribunal para modular las reglas de la sana crítica, los que si bien están lejos de abarcar todos los aspectos de la declaración y los factores que pueden influir en su resultado, dejan ver una cierta voluntad del legislador por colaborar con esta tarea. Dichos elementos son, por una parte, la razón de ciencia que deben expresar los testigos respecto a sus dichos, y por otra, si al testigo le afecta alguna situación objetiva que podría menguar su credibilidad.

La razón de ciencia<sup>975</sup> que han proporcionado los testigos supone que el declarante debe indicar la fuente de su saber y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que percibió lo que declara<sup>976</sup>. En relación con esto, algunas legislaciones disponen expresamente que los deponentes deben dar cuenta de todos estos elementos, confiriéndose al juez la facultad de requerírselas cuando no las expongan espontáneamente en su relato. Al demandarse estas explicaciones, se pretende que el testigo entregue una descripción del contexto ambiental en el que han tenido lugar los hechos, y por tanto, de aquel en el que ha dado forma a su huella de memoria, lo que servirá por evaluar la verosimilitud de sus dichos, al mismo tiempo que será útil para

---

<sup>975</sup> CPCCN **Forma de las respuestas Art. 445** inc 2° *Deberá siempre dar la razón de su dicho; si no lo hiciera, el juez la exigirá*; CPC chileno **Art. 367** *Los testigos deben responder de una manera clara y precisa a las preguntas que se les hagan, expresando la causa por qué afirman los hechos aseverados (...)*; CGP colombiano **Artículo 221. Práctica del interrogatorio 3.** *El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance*; LEC **Artículo 370 Examen del testigo sobre las preguntas admitidas 3.** *En cada una de sus respuestas, el testigo expresará la razón de ciencia de lo que diga*; CFPC **Artículo 182** *Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho, respecto de las respuestas que no la lleven ya en sí, y el tribunal deberá exigirla*; CGP uruguayo **161. Audiencia de declaración 2)** *el tribunal exigirá al testigo que exponga la razón de conocimiento de sus dichos, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma cómo llegó a su conocimiento.*

<sup>976</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 80.

verificar que el evento verdaderamente ha acontecido<sup>977</sup>. En efecto, la versión de los hechos que se ha proporcionado al juez de la causa se verá fortalecida si el testigo da una explicación razonable y lógica de la forma en que ha tomado conocimiento de los sucesos litigiosos y a la vez es capaz de entregar ciertos detalles de los elementos concurrentes que solo podría conocer quien efectivamente ha estado presente en la escena. Se estima, por ende, que si el declarante ha conocido los hechos porque los ha presenciado directamente -o los ha sabido de una fuente altamente confiable- y es capaz de brindar pormenores ambientales de ellos, aumentan las probabilidades de que efectivamente haya presenciado el acontecimiento y de que esté diciendo la verdad, más aún si dichos detalles pueden ser corroborados mediante el resultado de otras pruebas.

Por su parte, también se indica que al momento de la valoración, el juez -para tasar la credibilidad del testigo- debe tener presente si se han formulado tachas en contra del declarante, y en caso de que así haya sido, considerar el nivel de corroboración que ellas han adquirido mediante los antecedentes del proceso o los resultados de las pruebas que se hayan practicado para estos efectos<sup>978</sup>. Recordemos que las tachas constituyen una advertencia que se pone en conocimiento del juzgador, en el sentido de que respecto a un testigo concurre una circunstancia que podría poner en jaque su imparcialidad, sin que esta situación impida que preste declaración en el proceso. En algunos ordenamientos dicho llamado de atención se hace valer necesariamente antes de que el testigo preste su declaración, situación respecto a la que oportunamente ya hemos manifestado nuestros reparos.

---

<sup>977</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de testigos*, cit., p. 106. En el mismo sentido: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 114; PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 399.

<sup>978</sup> CPCCN **Idoneidad de los testigos Art. 456** *Dentro del plazo de prueba las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones; CGP colombiano Artículo 211. Imparcialidad del testigo Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. / La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso; LEC Artículo 376 Valoración de las declaraciones de testigos (...) en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado; CFPC Artículo 187 Al valorar la prueba testimonial, el tribunal apreciará las justificaciones relativas a las circunstancias a que se refiere el artículo anterior [que en concepto de alguna de las partes afecte su credibilidad], ya sea que éstas hayan sido alegadas, o que aparezcan en autos; CGP uruguayo 158. Pruebas de las circunstancias de sospecha Las circunstancias que afectan la credibilidad e imparcialidad de testigos, serán acreditadas por las partes por cualquier medio idóneo en la etapa de producción de la prueba y serán apreciadas por el tribunal en la sentencia.*

Sea como fuere, mediante la tacha se pretende que el juez tenga presente la posible parcialidad del deponente en el momento en que proceda a apreciar su testimonio, debiendo evaluar, en primer lugar, si efectivamente concurre en la especie la causal de tacha prevista por la ley, lo que hará a la luz de las probanzas que se hayan practicado respecto a ella, para una vez convencido de su existencia, determinar si posee la entidad suficiente para restarle credibilidad a los dichos del testigo<sup>979</sup>.

Obviamente los elementos indicados dejan de lado una serie de aspectos que deben ser estimados para tomar una decisión objetiva y fundada sobre la veracidad y exactitud del declarante. De partida, ambos se concentran solo en la credibilidad de los dichos del testigo, pues la razón de ciencia y la comprobación de la concurrencia o no de causales de tacha únicamente buscan alertar al juez sobre la honestidad del relato, que es por cierto el único aspecto al que históricamente se le ha prestado atención en el desarrollo de los procesos, por ejemplo, al restarle todo crédito a las deposiciones de ciertos sujetos, como un intento por eliminar toda posibilidad de mendacidad en las declaraciones judiciales<sup>980</sup>. En todo caso, incluso en este sentido las orientaciones del legislador terminan siendo insuficientes, ya que, como se verá en las páginas siguientes, además de estas consideraciones, es menester que el juez tenga en cuenta la coherencia lógica de su relato -vale decir, que no incurra en contradicciones groseras en las distintas fases o respuestas que proporciona en su declaración, particularmente en los aspectos esenciales de los hechos<sup>981</sup> y si éste se ve corroborado por el resultado de las demás pruebas, sea por las declaraciones de otros testigos o por otro tipo de evidencias, cuidando, al mismo tiempo, de no interpretar ciertos componentes de la declaración como señales de falta de veracidad, pues desde la psicología del testimonio se ha apuntado que ellos deben ser entendidos en un sentido completamente inverso, vale decir, como reforzadores de la honestidad del testigo, lo que ocurre, por ejemplo con las correcciones espontáneas que este manifiesta durante la exposición de su relato o el hecho de que evidencie dudas acerca de su propia memoria.

Por otra parte, en las legislaciones no encontramos ninguna disposición en que se aluda a elementos que se orienten a constatar el nivel de precisión del recuerdo que almacena el testigo, vale decir, que sirvan al juez para verificar el grado en que la

---

<sup>979</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 267.

<sup>980</sup> Ver *supra* p. 244.

<sup>981</sup> Aspecto que sí es considerado en México, donde, entre los factores que el juez debe tener en consideración al momento de valorar la prueba de acuerdo con su prudente arbitrio, se incluye “VI. *Que la declaración sea clara, precisa, sin dudas ni reticencias, sobre la substancia del hecho y sus circunstancias esenciales*” (artículo 215).

memoria original se corresponde con los eventos que efectivamente sucedieron, y al mismo tiempo, para determinar en qué medida ella se ha visto modificada durante el intervalo que transcurre entre el registro y la declaración. De esta forma, se omite cualquier referencia a la memoria del declarante y a todos los factores que intervienen en cada una de sus fases, aspectos a los que nos hemos referido en otros pasajes de este trabajo, pero que volvemos a detallar en el epígrafe siguiente.

### **C) Propuesta de criterios de valoración**

Si algo tenemos claro luego del desarrollo de todo este capítulo, es que la tarea que debe realizar el juez al momento de enfrentarse a la asignación del mérito probatorio de las declaraciones que se han practicado en el proceso, no es una labor para nada sencilla.

De partida, la ley -salvo las menciones que contiene respecto a los testigos- deja recaer todo el peso de esta operación sobre los hombros del juez, quien, por qué no decirlo, tiene el derecho a sentirse abrumado con una empresa de tal magnitud. De hecho, el resultado de la tramitación de todo el proceso radica en la eficacia de este ejercicio, de manera que la justicia de la decisión final depende de la convicción que el juzgador se haya forjado a partir de las deposiciones de los diferentes declarantes que han comparecido a estrados<sup>982</sup>.

De ahí que teniendo en consideración a la persona del juez resulte entendible que, ante la soledad en la que se le ha situado y la importancia de la función que debe llevar a cabo, recurra a lo primero que tiene a mano para valorar la prueba, esto es, las impresiones que le causa la conducta de los declarantes. Es decir, que haciendo un ejercicio que la mayoría de las personas desarrollan diariamente en sus relaciones humanas, intenta formarse una idea de la veracidad de los demás a partir de cómo se comportan mientras relatan un acontecimiento. Sin embargo, el nivel de dificultad de la tarea a desarrollar no puede servir para justificar una renuncia a la lógica y la racionalidad. Por ello, el sistema judicial, que nunca debe desistir de la búsqueda de la verdad y la justicia en las decisiones que adopten sus órganos, malamente puede entender cumplidos estos objetivos si la sentencia del juez termina sustentándose en las meras impresiones que le ha producido una persona durante el acto de su declaración.

---

<sup>982</sup> GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 62.

Así las cosas, es de capital importancia que este juzgador cuente con unos lineamientos mínimos para emprender el camino que lo lleve a una decisión lógica, racional, sustentada y defendible, requisitos que no pueden cumplirse si todo se reduce al titubeo, sonrojo o nerviosismo evidente de los deponentes. De hecho, tal como lo expresábamos en relación con el principio de la inmediación, la utilidad de él no es que el contacto cara a cara del juez y el declarante produzca una vinculación mágica que permita al sentenciador develar las reales intenciones de este último, pretendiéndose que con observarlo puede saber si dice o no la verdad. Muy lejos de eso. La inmediación debe entenderse como un mecanismo para aportar información al proceso, no para valorarla, pues de lo contrario restaríamos toda racionalidad al juicio jurisdiccional<sup>983</sup>.

En este sentido, aun cuando todavía se aboga por la posibilidad de descubrir las mentiras de las personas a través del análisis de las microexpresiones de su rostro, su comportamiento, sus señales paraverbales o alteraciones fisiológicas, todos estos intentos fallan al tratar de precisar las razones que producen los diferentes cambios, pues la mentira es solo una de muchas, convirtiendo la decisión en una cuestión puramente azarosa, lo que la priva de la certeza científica mínima para superar los estándares probatorios y sustentar suficientemente un fallo judicial, por lo que no es posible permitir que el juez sentencie atendiendo a estas consideraciones, que si bien pueden ser enormemente tentadoras por su fácil manejo y verificación, terminan siendo por completo intuitivas e infundadas<sup>984</sup>.

A lo anterior debemos agregar un inconveniente adicional para la aplicación de los métodos de análisis fisiológicos y no verbales en el terreno jurisdiccional. Este tiene relación con el deber del tribunal de dictar sentencias motivadas, producto de un ejercicio racional y lógico, que permita a las partes conocer y aceptar las razones que han llevado a adoptar la decisión en una u otra dirección. Esto es precisamente lo que no se consigue si el juez valora las declaraciones solo a partir del comportamiento exhibido por las partes y testigos, pues dicha actuación no le permite construir bases suficientes para concluir con la mayor certeza humana posible si el declarante miente o dice la verdad. Es este sentido, si el tribunal indicara que ha arribado a la convicción que un testigo ha mentado en su declaración y que por ende no puede tener por ciertos los

---

<sup>983</sup> IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 151. Aunque, obviamente, no todos están de acuerdo con esta apreciación: DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 199; DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 345.

<sup>984</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 220.

hechos que ha expuesto, debido v. gr. a que durante el interrogatorio ha evitado el contacto visual con su interrogador, presentado una voz temblorosa y entregado respuestas vacilantes, dicha motivación no puede ser considerada, de ninguna forma, idónea desde un punto de vista científico ni menos racional, sino un mero ejercicio de adivinación, causa más que suficiente para desechar estos métodos y avanzar hacia lo que la psicología del testimonio considera hoy más acertado: el análisis de la declaración, no de la persona del testigo<sup>985</sup>.

En consecuencia, es perentorio que el derecho probatorio se apropie de las nuevas técnicas que le proporciona la psicología, siendo deber de los juristas que esto efectivamente ocurra<sup>986</sup>. De hecho, los estándares que hoy se manejan por la psicología del testimonio no solo servirán de orientación para que el tribunal tase la prueba, sino que al mismo tiempo para que justifique racionalmente su decisión, de modo que sus postulados no pueden ser soslayados para el éxito de la tarea. Por ello, a pesar de la enorme dificultad que implica conseguir una decisión totalmente certera acerca de la credibilidad de los deponentes, en nuestra opinión, la utilización del mecanismo de análisis del contenido de las declaraciones es el más óptimo para el trabajo jurisdiccional, toda vez que asegura mayor objetividad y entrega mejores herramientas de fundamentación y control de la decisión, dejando de lado todos los elementos irreflexivos que trae consigo el análisis conductual<sup>987</sup>.

De todos los postulados que se han propuesto con el correr de estas páginas hay una serie de aristas a las que el tribunal debería prestar atención, dentro de las cuales algunas pueden parecer obvias, pero hay otras que desafían el saber popular acerca de la mentira, y aunque en principio parezcan un indicativo de ella, terminan reforzando la sinceridad del relato. En cualquier caso, hay una cuestión general que no puede olvidarse: todo ejercicio de valoración de las declaraciones exige analizar acuciosamente la veracidad y la precisión del relato. Por ello, aun cuando casi siempre el acento se ha puesto en la búsqueda de señales de la mentira, el juez no puede obviar que también es imprescindible atender a aquellos aspectos que garanticen que el

---

<sup>985</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 177. Sobre las ventajas de esta concepción para el proceso, NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, cit., p. 154.

<sup>986</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 320.

<sup>987</sup> Aunque se haya sostenido que el mejor sistema debe ser mixto, pues una combinación de métodos verbales y no verbales de detección de la mentira resultó en una clasificación más correcta de mentirosos y honestos en comparación con los mismos métodos considerados individualmente, llegando al 88% de certeza, lo que se obtuvo estudiando tanto a adultos como a niños, VRIJ, Aldert, AKEHURST, Lucy, SOUKARA, Stavroula y BULL, Ray, *Detecting deceit via analyses of verbal and nonverbal behavior in children and adults*, cit., p. 8.



recuerdo que se expone en el juicio es una expresión suficientemente exacta de lo que sucedió. De esta manera, una vez que se haya formado el juicio de veracidad deberá hacer lo propio respecto a la precisión de la declaración, siendo ambos igualmente necesarios para baremarlo acertadamente<sup>988</sup>. De ahí que todo juicio de credibilidad que se establezca atendiendo a las alteraciones fisiológicas o conductuales resulte -además de las carencias apuntadas- completamente insuficiente, pues se centra exclusivamente en la búsqueda de señales de mentira, descuidando todos los factores que influyen en la exactitud.

### **a) De veracidad**

La mentira, aun cuando cuenta con el respaldo de la intención positiva del declarante para engañar al juez, puede ser desvelada atendiendo a algunos elementos que se manifiesten en la declaración prestada, como su consistencia o la presencia de cierto tipo de detalles:

1.- Uno de los factores que el juez debe tener presente es la capacidad para contextualizar el relato. En efecto, aun cuando la recontextualización se ha mencionado como una pieza central para mejorar la calidad y el contenido del recuerdo -de modo que para ayudar al sujeto en su proceso de recuperación debe pedírsele que se resitúe mentalmente en el entorno cognitivo en que se sucedieron los hechos-, se ha considerado también que un indicador de veracidad es que el declarante pueda describir cumplidamente todo el cúmulo de elementos espacio-temporales que rodearon el hecho, como asimismo el estado emocional y psicológico en que se encontraba al momento de presenciarlo<sup>989</sup>. Por consiguiente, será importante que el testigo o la parte sean capaces de reconstruir, a través de sus dichos, tanto el lugar de los hechos como las personas y objetos que estaban presentes en la escena, a la vez que den cuenta de lo que sintieron y pensaron al observarla. Más aún, la aparición de detalles inusuales o superfluos en su descripción servirá para reforzar la credibilidad de su versión, ya que como se ha apuntado a propósito del CBCA, es muy difícil que elementos de este tipo formen parte de relatos inventados. Con ello se fortalecerá la convicción no solo de la ocurrencia del

---

<sup>988</sup> MANZANERO, Antono y DIGES, Margarita, *Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones*, cit., p. 7.

<sup>989</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 226.

hecho mismo, sino también de que el declarante efectivamente ha observado los eventos que relata.

En esta misma perspectiva, la teoría del control de la realidad considera al contexto como uno de los instrumentos centrales para identificar los recuerdos que provengan de hechos efectivamente percibidos, argumentándose que respecto a ellos los declarantes serán capaces de señalar mayor cantidad de detalles contextuales y sensoriales que para las memorias internas. De hecho, este mismo razonamiento ha sido empleado para distinguir relatos reales e inventados, lo que refuerza la noción acerca de que la capacidad de la parte o el testigo para describir el entorno es un elemento clave para formarse una convicción sobre la fuente de su conocimiento sobre los hechos, pues al tratarse de una declaración verídica, la descripción del contexto será más rica en calidad y contenido.

Si el declarante solo es capaz de dar cuenta de los componentes generales del entorno, describiéndolo en forma vaga o imprecisa, o peor aún, limitándose a los aspectos que se han expuesto en la demanda o contestación, según sea el caso, habrá razones suficientes para estimar que se trata de un relato falso, preparado o aprendido con el objetivo de embaucar al tribunal. Por ello, es importante que los abogados de las partes, o el tribunal en subsidio, requieran siempre que el litigante contextualice los sucesos que integran su relato, pues del análisis de este aspecto se podrán extraer bases sólidas para su valoración.

2.- Se ha mencionado también que el nivel de consistencia o armonía de la declaración puede considerarse un indicador de su veracidad o falsedad<sup>990</sup>. Esto porque se estima que todo relato verdadero mostrará una coherencia lógica entre sus distintas partes<sup>991</sup>. En el fondo se trata de apreciar si el litigante o el testigo se han o no contradicho a lo largo de su declaración, lo que quedará en evidencia al comparar las respuestas que vaya proporcionando. En cualquier caso, tampoco se trata de exigir a todo declarante honesto una deposición totalmente coherente de principio a fin, sino que al menos se espera que no se detecten inconsistencias sobre los aspectos centrales del suceso, que son precisamente aquellos que no deben ni pueden ser olvidados<sup>992</sup>. En

---

<sup>990</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 120.

<sup>991</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 224.

<sup>992</sup> En efecto, se ha sostenido que más preocupante que las contradicciones sobre aspectos secundarios es que exista coincidencia plena en todos los puntos de la declaración, MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, cit., p. 364.

efecto, estos elementos medulares deben permanecer esencialmente inmutables, si es el caso, en las distintas declaraciones que el sujeto realice sobre los mismos hechos.

Así, es esperable que, aun cuando sea coherente, toda declaración verídica evidencie espontaneidad, lo que vendrá en apoyo de su credibilidad, pues se piensa que el exceso de armonía en el relato debe llevar a considerar que se trata de un relato aprendido o ensayado<sup>993</sup>. Vinculado a ello, también se ha apuntado que es menester atender a la ordenación con la que se va exponiendo el desarrollo de los acontecimientos, pues una relación demasiada estructurada y entregada en un estricto orden cronológico puede ser indicativo de su falsedad, dado que será más fácil aprender o memorizar un relato inventado siguiendo un hilo temporal de los sucesos.

En relación con este punto será conveniente solicitar al deponente que realice su declaración en distintos órdenes secuenciales, pues esta técnica -contemplada dentro del desarrollo de la entrevista cognitiva- puede servir para dejar en evidencia las inconsistencias del relato. De esta forma, si el declarante mentiroso debe realizar una deposición en orden inverso a aquel en que supuestamente ocurrieron los hechos o se le pide partir desde un punto intermedio, se verá ante el desafío de hacer calzar las distintas partes de su exposición o a tener que inventar sobre la marcha aspectos de los hechos que no había considerado. Ello hará aumentar el tamaño de la mentira hasta un nivel que le sea inmanejable dados los distintos flancos que se abrirán, lo que tarde o temprano terminará por dejar a la vista su intento de engaño. Esto no le sucederá a un declarante honesto, ya que su observación real de los hechos le habilitará para ir saltando temporalmente en la declaración, volviendo sobre cualquier aspecto en el orden que se le solicite.

3.- También será una señal de veracidad de la declaración que ella se vea reforzada por el resultado de otras evidencias que se hayan practicado en el proceso, sea que se trate de las declaraciones de otras personas o de otro tipo de pruebas<sup>994</sup>. En todo caso, cuando esto implique el análisis comparativo del resultado del interrogatorio de distintos testigos, la honestidad de los relatos debe ser analizada con mucho cuidado, pues tampoco se trata de volver a los tiempos de la prueba tasada en que se tenía por cierto lo que decía el mayor número de testigos. De hecho, todos los declarantes que sean aportados por la misma parte pueden entregar una versión análoga de los hechos

---

<sup>993</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 124.

<sup>994</sup> Esto es lo que NIEVA denomina “*corroboraciones periféricas*”, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 226.

porque han sido preparados de la misma manera por el abogado del litigante, por lo no es dable concluir la veracidad de las deposiciones exclusivamente a partir de la simple coincidencia entre distintas declaraciones<sup>995</sup>.

4.- Por último, es posible que en la declaración se detecten ciertos elementos que las personas, incluyendo por cierto al juez, intuitivamente tienden a considerar a primera vista como señales de mendacidad, pues se ha generalizado la estimación que ellos siempre forman parte de relatos falsos. Con esto me refiero a que si en el contenido de la declaración se aprecia que el deponente ha reconocido expresamente no tener conocimiento respecto a algunos aspectos fácticos sobre los que se le ha preguntado, manifiesta ciertas dudas acerca de su memoria o la calidad de sus recuerdos, o habiendo expuesto ciertas particularidades de un hecho a renglón seguido se corrige espontáneamente, sin mediar un requerimiento de parte del entrevistador, la inclinación usual es a estimar que todos estos son indicios de una carencia de veracidad en los dichos del declarante, ya que, por ejemplo, se considera que si este manifiesta no recordar los hechos es porque no los ha presenciado o si se corrige es porque ha dicho algo que se aparta de un relato aprendido, de modo que rápidamente lo enmienda para seguir con el guión que ha ensayado. Sin embargo, gracias al aporte del CBCA debemos señalar que todas estas actitudes del declarante deben leerse precisamente en la dirección opuesta, vale decir, que el sentido correcto de entenderlas es en beneficio de su honestidad. Así, se ha llegado a la convicción de que cada uno de estos elementos deben ser juzgados como soportes de la veracidad de la parte o testigo, pues lo más normal es esperar que quién proporcione una declaración judicial falsa se cuidará de no incluirlos en ella, precisamente para no engendrar dudas sobre su carencia de rectitud. De esta manera, el deponente sincero, que no tiene nada que ocultar ni cuida cada una de sus palabras con el objetivo dar una apariencia de veracidad, no tendrá inconvenientes en dejar de manifiesto sus fallos de memoria o de expresar que en una respuesta se ha equivocado, por lo que debe corregir sus dichos. Todo ello, por consiguiente, debe aumentar los índices de credibilidad del declarante.

---

<sup>995</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 180. También ver: MIRA, José Joaquín y DIGES JUNCO, Margarita, *Teorías intuitivas sobre memoria de testigos*, cit., p. 50.

## **b) De precisión**

Tal como sucede con la mentira, del contenido de la deposición es posible rescatar ciertos aspectos que serán indicadores de la calidad del registro y el almacenamiento de los sucesos, aunque, para completar el ciclo de memoria, también es importante que el juez esté atento a las condiciones en las que se entrega la declaración. Por consiguiente, para tarifar adecuadamente la precisión del recuerdo:

1.- Debe descartarse cualquier evaluación de la exactitud del relato solo teniendo en consideración la confianza mostrada por el declarante, pues como se ha indicado oportunamente, cada uno de estos elementos corre por carriles separados, pudiendo mejorar uno sin que lo haga el otro, o peor, que se vea fortalecida la confianza y al mismo tiempo se genere un deterioro en la calidad del recuerdo. Por ello, aunque resulte contraintuitivo, y por consiguiente contrario al comportamiento usual de los seres humanos, realizar una evaluación de la certeza del recuerdo relatado exclusivamente a partir de la confianza que el deponente exhibe o señala tener sobre su exactitud, no solo sería un análisis erróneo y simplista de este aspecto, sino también implicaría soslayar todo el conocimiento científico que hasta la fecha existe respecto al funcionamiento de los procesos de memoria, siendo este funcionamiento el elemento central para analizar la calidad del recuerdo que el declarante expone ante el juez.

2.- Para el control de la certeza del relato es imprescindible que el juez atienda a todas las etapas del proceso de memoria, teniendo en cuenta lo que ha sucedido en el período que va entre la observación del hecho y la deposición judicial, pues solo de esa manera podrá formarse una convicción correcta de la calidad del recuerdo que se ha registrado y almacenado. De ahí que como punto de partida sea necesario que el tribunal cuente con la información acerca de cómo se ha llevado a cabo la codificación y la retención del recuerdo, operaciones que se habrán desarrollado en forma previa a la comparecencia del declarante y que escapan a todo control por parte del juez. En consecuencia, será tarea de los abogados de las partes proporcionar al sentenciador el conocimiento de la forma en que se han transcurrido dichas etapas del proceso de memoria, valiéndose para ello de las preguntas que formulen a los declarantes, pues ante la carencia de esta información, difícilmente el juez podrá evaluar la precisión del relato.

3.- El juez debe comenzar analizando las condiciones subjetivas de observación y recuerdo, verificando que en la especie el declarante tiene las capacidades para tomar

conocimiento y dar cuenta de aquello que expone<sup>996</sup>. En este sentido, se debe conocer las circunstancias físicas, mentales y psíquicas que concurren en el deponente, verificando que posee las habilidades sensoriales suficientes para haber constatado los hechos y almacenar su recuerdo durante el lapso que ha transcurrido entre este y la declaración. En relación con este aspecto, también será menester atender a las condiciones particulares del evento, como la duración e iluminación de la escena o la distancia a que se encontraba el declarante del lugar en que se produjo, ya que todo ello puede impedir un registro óptimo de sus componentes, aun cuando la persona esté dotada de inmejorables capacidades. A la vez, si el evento ha provocado una situación emocional límite en el declarante habrá que analizar de qué forma esto puede haber afectado su recuerdo, para lo que necesariamente el juez deberá contar con la asistencia experta pertinente.

4.- El tribunal no debe perder de vista que todo relato de un hecho viene moldeado por la interpretación personal que el declarante haya efectuado de él, por lo que es necesario conocer y atender a las condiciones subjetivas que pueden haber influido en su forma de comprender y analizar los acontecimientos, tales como su nivel educacional, profesión, situación familiar, social y/o cultural. No se entienda que con esto se quiere proponer la preeminencia de unas declaraciones sobre otras, a la usanza de las regulaciones medievales. De ninguna manera. Toda esta información es relevante porque a partir de ella el juez podrá entender mejor el contenido del relato, v. gr. comprendiendo correctamente la utilización o el sentido de ciertas palabras o expresiones que son propias de determinados grupos sociales o culturales. Al mismo tiempo, al tener en consideración la edad o el sexo de los declarantes se podrán justificar algunos comentarios o apreciaciones que aparezcan en él, como asimismo la razón de por qué ellos le han prestado mayor o menor atención a ciertos aspectos de los sucesos.

5.- El juez también debe poner atención a la vinculación de los declarantes con los hechos litigiosos, pues es esperable que aquellos que han tenido una participación directa en los acontecimientos y/o que se verán afectados por el resultado del juicio - como las partes y ciertos testigos- interpreten y, por consiguiente, relaten los hechos de una forma que tienda a beneficiar sus pretensiones, lo que perfectamente puede suceder

---

<sup>996</sup> LOIS ESTÉVEZ, José, *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídicoprocesal*, cit., p. 15.

sin la intención de engañar al tribunal<sup>997</sup>. Así, teniendo conocimiento de su relación con el asunto, el juez puede tamizar las declaraciones y rescatar los aspectos más objetivos, ajenos al sentimiento que puede haber formado y nublado el recuerdo.

6.- Habiéndose tomado conocimiento de las condiciones en que el sujeto percibió sensorialmente el hecho y de los elementos que han determinado la forma en que lo ha interpretado, será ahora el momento de considerar los factores que han podido afectar al recuerdo mientras ha permanecido alojado en la memoria. Con esto se hace referencia al olvido y a la reconstrucción de la huella por efecto del repaso de los hechos y/o de la nueva información que se ha recibido. El desafío más problemático para el juez será decidir acerca de la indemnidad del recuerdo durante esta fase, ya que no contará con ninguna estimación objetiva que le indique acerca de cómo estos factores han impactado el registro de los hechos.

7.- El olvido no será una cuestión que dependa solo del tiempo, pues en él también intervienen factores que tienen que ver con la participación concreta que el declarante haya tenido en el evento, la importancia que éste le atribuya o el número de ocasiones en que lo haya revivido mentalmente o mediante la interacción con otras personas, razones por las que será más esperable que las partes litigantes sean las que menos vean afectado su recuerdo debido al tiempo transcurrido. No obstante, el hecho de que el registro sea repasado una y otra vez por la persona, así como el intercambio de opiniones e impresiones sobre él puede provocar la alteración de la huella y su consecuente deformación. En esta perspectiva, la generación de falsos recuerdos como resultado de la actividad mental del sujeto o de las influencias de terceros puede terminar siendo más problemático para la decisión sobre el valor de esta prueba.

Si el olvido distorsiona algún aspecto del recuerdo del declarante, es razonable suponer que así lo comunique durante su declaración judicial, lo que provocará que el tribunal no tenga por acreditados los hechos en base a este medio y, si es el caso, aplique las normas sobre carga de la prueba. Empero, si el juez se enfrenta a un falso recuerdo acompañado de una enorme confianza del deponente, se genera un escenario peor a que si la parte o el testigo intentaran deliberadamente embaucarlo, pues esta vez concurre la total ignorancia del sujeto acerca de la imprecisión de su versión. Lo anterior es motivo más que suficiente para echar por tierra cualquier intento por tasar el relato mediante el análisis del comportamiento no verbal o paraverbal del declarante, ya

---

<sup>997</sup> Esto puede ser vinculado con lo que NIEVA ha denominado como la presencia de “*detalles oportunistas*” en el relato, NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 228.

que, a pesar de la inexactitud, toda la carga cognitiva o las emociones que supuestamente provocan los cambios observables estarán totalmente ausentes. Por ello, la posibilidad de que se presente una situación de este tipo demanda el esfuerzo por verificar si en la especie se pudo dar lugar a la generación de falsas memorias, lo que no resulta para nada fácil, pues difícilmente podrá el tribunal verificar si la propia mente del sujeto le está jugando una mala pasada producto de haber revivenciado los hechos en reiteradas ocasiones.

8.- Relacionado con el punto anterior, será importante detectar si el declarante ha recibido la influencia de otra persona en la reconfiguración de su recuerdo o en el contenido de su deposición, aspecto que ineludiblemente debe ser explorado por los abogados de las partes, ya sea para reforzar la credibilidad de la declaración o para dejar en evidencia su debilidad. Esto también puede ser analizado comparando el contenido del relato con el registro que se tenga de una declaración anterior sobre los mismos hechos, como sería el caso en que se contara con un atestado policial en que se haya recogido la versión del mismo deponente, ya que si bien es perfectamente razonable que se produzcan diferencias entre ellas -debido a las alteraciones propias de la memoria-, solo es posible justificar modificaciones en aspectos secundarios o accesorios, no en los componentes centrales del hecho, pues si así ocurriera se presentaría un problema de falta de indemnidad en el recuerdo o de mendacidad, lo que en ambos casos generaría la pérdida de mérito de la declaración.

Además, la intervención de terceros durante la etapa de retención puede quedar de manifiesto si se observa que el deponente emplea términos o conceptos propios de alguna profesión, ciencia o arte que le es ajena, especialmente si ellos coinciden con los que han sido utilizados en los escritos de postulación presentados por sus propios abogados, en el caso de las partes, o del litigante que ha propuesto su declaración, cuando se trate de testigos. Esta presunción puede verse fortalecida si el declarante, requerido por los letrados o el tribunal para explicar el significado de dichos términos o conceptos, así como para exponer la fuente de su conocimiento, no es capaz de hacerlo satisfactoriamente, dejando entrever que ellos han sido incrustados mañosamente en el contenido de su deposición.

9.- En esta etapa del proceso de memoria tiene una importancia trascendental que el testigo sea requerido a exponer los detalles del contexto en el que se produjeron los hechos que relata, ya que puede serle útil para recuperar algunos elementos que crea olvidados como asimismo para *limpiar* el recuerdo de las influencias posteriores propias



y ajenas. A su vez, si no es capaz de contextualizar coherentemente los hechos, el tribunal podrá sospechar que el declarante ha sido influenciado sobre el contenido de su relato o suponer que está en presencia de una declaración que ha sido preparada o ensayada.

10.- Es menester recordar que la calidad del recuerdo dependerá también de las condiciones en que se lleve a cabo la recuperación, por lo que es muy importante que el sentenciador no olvide que el registro de los hechos puede verse afectado por las preguntas que realicen los abogados de las partes, las que pueden ser empleadas como vehículos para la entrega de información. De ahí que la presencia del juez en el acto de la declaración debe servir para evitar la formulación de preguntas sugestivas o inductivas, como también para velar que ellas se planteen de forma clara y precisa, impidiendo la formación de falsos recuerdos a través de esta vía.

Además, la inmediación del juez en este acto debe aprovecharse para impedir cualquier actuación de los abogados de las partes destinadas a presionar, hostigar o amenazar indebidamente al declarante, situaciones que usualmente provocarán una afectación en la calidad del relato y que se oponen a todas las directivas entregadas por la psicología del testimonio para la obtención de declaraciones de alta calidad.

Al mismo tiempo, en pro de la completitud y claridad de la deposición, el sentenciador debe emplear su presencia para requerir información complementaria al declarante, teniendo en cuenta las deficiencias que vaya detectando, lo que facilitará la valoración de este medio de prueba al momento de dictar sentencia, lo que por cierto demanda un juez atento y participativo durante todo el período en que se extienda la declaración, siempre con pleno respeto al principio de aportación de parte que orienta el proceso civil.

### CAPÍTULO III

## DOBLE GRADO, INMEDIACIÓN Y PRUEBAS DE DECLARACIÓN DE PERSONAS

#### 1. LA DOBLE INSTANCIA Y EL CONTROL DEL JUICIO JURISDICCIONAL

El sistema procesal civil contempla la posibilidad de revisar las decisiones judiciales. En efecto, toda la regulación que se prevé en materia de mecanismos de impugnación solo puede ser entendida desde la perspectiva de un legislador que acertadamente comprende que los jueces cometen equivocaciones al momento de adoptar sus resoluciones, sea en la apreciación del componente fáctico de la *litis*, sea en el jurídico. Así, se concibe que dentro de un sistema en el que las certezas no están a la orden del día, lo que sí es seguro es que los tribunales erran en su trabajo diario. Por supuesto, esto no ocurrirá en todos los procesos judiciales ni en cada una de las decisiones que se tomen, pero sí en algunas de ellas. Esta es una situación que el propio modelo de enjuiciamiento reconoce y trata de remediar, pues asume que solo podrá conservar su legitimidad si consigue mantener a raya la comisión de errores en cada uno de sus engranajes, pero como esta no es una realidad asequible para un método que depende en su totalidad del desempeño humano, la garantía de subsistencia y funcionamiento del sistema judicial radica en que se contemple la forma de enmendar los desaciertos que se puedan suscitar. Para eso existen los recursos judiciales<sup>998</sup>. De hecho, si hacemos referencia a la apelación -como instrumento que motiva el desarrollo de este capítulo-, el origen de su existencia respondió a la necesidad de que el asunto se revisara por un funcionario dotado de mayor autoridad que aquel que había enjuiciado el conflicto en un primer momento, manifestándose de forma embrionaria ya en las

---

<sup>998</sup> Así, DE VICENTE Y CARAVANTES señalaba que las leyes han establecido los recursos con “*el fin de asegurar mayormente la recta administracion de justicia, revisando de nuevo los procesos y reparando los perjuicios que á veces ocasionan los jueces con providencias improcedentes, por ignorancia, error, descuido ó malicia, ó por falta de pruebas que no fue posible practicar á los litigantes, ó que descuidaron presentar en apoyo de sus derechos, en el primer exámen de la cuestion controvertida*”, DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Madrid, 1858, p. 5.

civilizaciones egipcias y hebreas<sup>999</sup>, aunque la institución como la conocemos hoy comienza a adquirir su fisonomía a partir de la vigencia del derecho romano post-clásico<sup>1000</sup>.

Comprendiblemente, los justiciables operan bajo el entendido de que cuentan con el derecho a que su proceso sea revisado por un ente superior, lo que de cierta manera los ayuda a asumir con mayor tranquilidad el golpe anímico y jurídico que representa una primera decisión que no se ajusta a los intereses que han manifestado en el proceso. O bien, visto desde otra perspectiva, el hecho de que el ordenamiento procesal disponga la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía examine lo que se ha llevado a cabo por el juez del fondo, lleva a que los litigantes -en particular los que resulten vencidos- difícilmente se conformen con una solución inicial del conflicto que sea contraria a sus pretensiones, por lo que solo se sentirán más tranquilos, si cabe, o al menos más resignados, cuando dicha decisión ha sido objeto de revisión y ratificación por un tribunal de más alto nivel, pues se tiende a considerar, en teoría, que este constituye prenda de garantía de una decisión acertada. En esta perspectiva, se ha destacado que la apelación viene a dar respuesta a la reacción natural y obvia de la parte que se siente agraviada con la decisión del juez de primera instancia, de modo que la interposición del recurso satisface la necesidad de realizar una actividad procesal suficiente para conseguir que la sentencia sea modificada y termine adoptando una configuración que vaya en beneficio del litigante que se ha alzado en contra de ella<sup>1001</sup>.

Ahora bien, la posibilidad de que el superior jerárquico revise la resolución del caso va de la mano con que esta dé cuenta de los motivos que el tribunal de primer grado sopesó para dictaminar de la forma en que lo hizo. De hecho, dicha información será la que permita pronunciarse acerca de la corrección del juicio inicial, pues únicamente conociendo los fundamentos del fallo se podrá estar en condiciones de examinar su adecuación con los materiales que obran en el proceso. En este sentido, no

---

<sup>999</sup> DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Madrid, 1856, pp. 19 y ss.

<sup>1000</sup> AIKIN ARALUCE, Susana, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, 1982, p. 50.

<sup>1001</sup> BECEÑA, Francisco, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 234, 1933, p. 67. En el mismo sentido, se ha sostenido que la primera sentencia del caso no será aceptada con resignación como la solución última por quien ha sido derrotado, sino que este siempre se preguntará: ¿No hay alguien que pueda revisar la respuesta que me causa un daño?, ALLORIO, Enrico, *Sul doppio grado del processo civile*, en AA. VV., *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Vol. III, Milán, 1979, p. 1803.

solo la ausencia de motivaciones en el texto de la sentencia puede dar pie a que el tribunal de alzada determine proceder a su revocación, sino que se llegará al mismo resultado si de las explicaciones entregadas por el juez *a quo* se logra establecer que este ha seguido un razonamiento erróneo, debido, por ejemplo, a que ha construido sus inferencias a partir de postulados falsos o inválidos. Por ende, en este escenario cobra especial trascendencia que el juez del fondo sea capaz de exponer de manera precisa, clara y ordenada cómo ha formado su convicción sobre los hechos de la causa, donde adquieren relevancia los criterios objetivos que se han propuesto en el capítulo anterior, particularmente en lo que se refiere a las pruebas de declaración de personas, y que servirán de herramienta de trabajo y medida de control para el desarrollo de la labor del tribunal *ad quem*.

### **A) El recurso de apelación y el doble grado**

Como ya hemos indicado, el recurso de apelación constituye uno de los mecanismos de impugnación con que el ordenamiento jurídico dota a los litigantes, permitiéndoles que soliciten la reconsideración de ciertas decisiones que se hayan adoptado en el proceso. En sede civil, actualmente este recurso se consagra en los artículos 455 y siguientes de la LEC, disposiciones que permiten impugnar por esta vía las sentencias y autos definitivos que se dicten en el proceso y pongan fin a la primera instancia<sup>1002</sup>, para lo cual bastará con que el recurrente entienda que dicha resolución le ha causado un gravamen<sup>1003</sup>.

La doctrina está conteste en estimar que la apelación constituye un recurso devolutivo y ordinario que permite que la o las partes que se sientan agraviadas o perjudicadas por la sentencia o auto definitivo que se haya dictado en la primera instancia, soliciten que dicha resolución sea sometida al examen y revisión del tribunal superior que corresponda e insten a su modificación en un sentido que resulte favorable a sus pretensiones. Dicho alto tribunal, analizando el mérito de los antecedentes del proceso, podrá confirmar, revocar o anular la resolución en todo o en parte,

---

<sup>1002</sup> Además de las resoluciones mencionadas, también se podrán apelar los autos no definitivos que la ley señale, y a la inversa, no será procedente este recurso en contra de las sentencias dictadas en juicios verbales que no superen una cuantía de 3000 euros (art. 455.1 LEC).

<sup>1003</sup> Por tal, la doctrina ha entendido a “*cualquier diferencia en menos entre lo pretendido, o reconocido por la parte, y lo concedido en la resolución, aunque afecte a cuestiones accesorias, como las costas*”, MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, 2014, p. 55.

dependiendo de las peticiones concretas que se hayan sometido a su consideración a través de este medio de impugnación, siendo facultad de los litigantes fijar los límites en que se desarrollará el control a que da lugar la apelación<sup>1004</sup>.

Cumplidas las formalidades legales de interposición, cuando este recurso se haga valer contra resoluciones que se pronuncien sobre el fondo del asunto planteado, dará paso al segundo grado de jurisdicción, poniendo en marcha una serie de actuaciones procesales que permitirán al tribunal de alzada emitir una nueva decisión acerca del litigio, ratificando o revocando el fallo inicial, para lo cual podrá valerse de todos los antecedentes que existan en el proceso así como del material probatorio que excepcionalmente pueda practicarse ante él<sup>1005</sup>.

De este modo, la interposición del recurso de apelación y el desarrollo de la segunda instancia permite otorgarle plena vigencia al principio de doble grado de jurisdicción, que ha sido estimado como una garantía para los ciudadanos<sup>1006</sup>, ya que sostiene que todo juicio, salvo las excepciones previstas en la ley, debe tener la posibilidad de pasar por el conocimiento sucesivo de dos tribunales que se pronuncien sobre el mismo material, alegaciones y pruebas<sup>1007</sup>. Ahora bien, aunque en términos absolutos y abstractos no existe un derecho fundamental a la segunda instancia civil, pues este queda entregado a la configuración que el legislador realice -quien no tiene la obligación de establecer ningún medio de impugnación específico<sup>1008</sup>-, es claro que el

---

<sup>1004</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, Tomo II, Barcelona, 2008, p. 1458. También ver: COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 286; MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, 2002, pp. 30 y 78; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona, 1998, p. 40; SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona, 1993, p. 33.

<sup>1005</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., pp. 261 y ss.

<sup>1006</sup> CHIOVENDA expresa que su carácter de garantía se manifiesta en tres aspectos: a) como juicio reiterado hace posible la corrección de errores; b) los dos juicios están confiados a jueces diferentes; y c) el segundo juez se presenta más autorizado que el primero, CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 519. El mismo autor agrega que siguiendo este principio, y con el objetivo de obtener un mejor fallo, usualmente toda demanda debe poder ser objeto de dos exámenes igualmente plenos por parte de dos jueces dotados de paridad de poderes, CHIOVENDA, Giuseppe, *El juicio de reenvío y su perención*, en *Ensayos de derecho procesal civil*, Vol. III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949, p. 146.

<sup>1007</sup> SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 21.

<sup>1008</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., 2012, p. 263. En el mismo sentido: ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *La instancia de apelación civil: estudio comparativo entre España y Alemania (dos modelos para el siglo XXI)*, Valencia, 2007, p. 20; MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 8. A su turno, el Tribunal Constitucional ha señalado expresa y reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, de modo que en lo que tiene relación con los medios de impugnación no existe un derecho fundamental a la segunda instancia, salvo respecto a sentencias condenatorias en materia penal. Así puede constatarse, solo por mencionar algunas, en las SSTC 3/1983, de 25 de enero de 1983 (FJ 4); 37/1995, de 7 de febrero de 1995 (FJ 5); 55/1999, de 12 de abril de 1999 (FJ 2); 270/2005, de 24 de octubre de 2005 (FJ 3); 120/2009, de 18 de mayo de 2009 (FJ2).

ordenamiento español ha optado por continuar con la tradición del recurso de apelación, permitiendo que las partes puedan instar a la revisión amplia de todos los aspectos del fallo dictado por el juez del fondo o, al menos, de los elementos que estimen pertinentes y que decidan someterle a través del recurso. En efecto, esta no es más que la constatación de que en el proceso civil se encuentra profundamente arraigada la existencia de la doble instancia, que incluso ha llegado a ser considerada como “*un ulterior desarrollo de la acción y de la jurisdicción*”<sup>1009</sup>. De esta misma forma, se ha sostenido que no es posible considerar que los derechos de los justiciables estén suficientemente tutelados sin la existencia de una segunda instancia, estimándose que dicha posibilidad debe entenderse como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>1010</sup>.

#### **a) Carácter ordinario del recurso de apelación**

El control que se pretende llevar a cabo mediante el recurso de apelación se ha concebido como una revisión global de las decisiones relevantes por medio de un tribunal distinto y superior, objetivo que solo puede ser alcanzado a través de un recurso que no establezca un *numerus clausus* de causales de impugnación y que al mismo tiempo no ate de manos al tribunal revisor en cuanto a los aspectos del proceso que puede examinar. En todo caso, no debemos olvidar que esto debe ser entendido desde la perspectiva del diseño teórico del modelo recursivo, en el sentido que el legislador no ha estimado procedente la limitación abstracta de las causales de procedencia ni de las facultades de control a que da lugar el recurso de apelación. No obstante, debido a la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, se ha dejado al arbitrio de las partes la fijación de la porción del conflicto que se somete al examen del tribunal superior en cada caso concreto, de modo que este órgano no podrá conocer de todos los aspectos fácticos y jurídicos del proceso a menos que así se le solicite por intermedio del recurso o de los escritos de oposición o impugnación, todo lo se encuentra en perfecta armonía con la máxima latina “*tantum appellatum quantum devolutum*”. Por ende, la apelación no permite *per se* que el tribunal de alzada conozca y se pronuncie sobre todas las alegaciones que fueron planteadas en primera instancia en cada uno de

---

<sup>1009</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1458.

<sup>1010</sup> ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 15.

los procesos que alcancen el segundo grado de jurisdicción, sino que el actuar del órgano revisor estará limitado a los puntos y cuestiones que le sean encomendados por los litigantes, que bien pueden referirse a la totalidad del conflicto o solo a una fracción del mismo.

Pero más allá de las consideraciones sobre la aplicación concreta de la apelación, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en asignarle desde antiguo la categoría de recurso ordinario<sup>1011</sup>, ya que posibilita el examen de todos los hechos y fundamentaciones jurídicas alegadas por las partes en la primera instancia. De este modo, permite denunciar cualquier tipo de vicio de la resolución, sin que la legislación procesal prevea motivos determinados para su interposición y admisión, pudiendo tratarse de infracciones formales vinculadas a la inobservancia de preceptos o garantías procesales o bien de alegaciones que tengan relación con el fondo de la cuestión debatida, originadas por un error en la aplicación del derecho sustantivo o en la reconstrucción de los hechos<sup>1012</sup>. En este último aspecto, el recurso abre la puerta para que el tribunal *ad quem* pueda entrar al examen del proceso de valoración de la prueba que ha seguido el juez del fondo, analizando cómo este ha interpretado el resultado de los distintos medios de prueba y cómo ha llevado a cabo el proceso inferencial que le ha permitido alcanzar las conclusiones fácticas acerca del litigio que expone en su dictamen. Por consiguiente, la parte que considere que el tribunal *a quo* ha apreciado desacertadamente el componente fáctico de la *litis* puede servirse de dicha cuestión para argumentar un recurso de apelación que vaya en defensa de sus pretensiones, no estando constreñida ella ni los jueces de alzada por la versión de los hechos que se ha estimado correcta en la sentencia de primer grado.

En consecuencia, independientemente de la forma concreta del examen que se lleva a cabo en segunda instancia -el que ha evolucionado desde la reiteración total del

---

<sup>1011</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y proceso*, cit., p. 273. En el mismo sentido: BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000, pp. 30 y 108; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 36; OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Barcelona 2002, p. 37; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 287; SOLÉ RIERA, JAUME, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 34; SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, Barcelona, 2011, p. 80. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la apelación es un recurso ordinario, de modo que el órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia y para resolver todas las cuestiones que se le planteen, sean referentes a los hechos como a las cuestiones jurídicas deducidas por las partes, con las limitaciones impuestas por la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer los aspectos no impugnados (*tantum appellatum quantum devolutum*). Así, entre otras, SSTC 102/1994, de 11 de abril de 1994 (FJ 3); 3/1996, de 15 de enero de 1996 (FJ 2); 9/1998, de 13 de enero de 1998 (FJ 5); 6/2002, de 14 de enero de 2002 (FJ 2).

<sup>1012</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., p. 266.

juicio ante el tribunal de alzada, pasando por una mera revisión de lo realizado en el primer grado y terminando en versiones mixtas o intermedias<sup>1013</sup>-, para todos los casos se estima que el órgano de apelación se ubica en la misma posición jurídica que el juez *a quo*. Esto significa que posee idénticas facultades, deberes y poderes a los que en su momento tuvo el tribunal de primera instancia para enjuiciar el asunto, por lo que puede determinar, interpretar y aplicar el derecho, fijar los hechos y valorar nuevamente la prueba<sup>1014</sup>. Así, se ha destacado que el juicio que pone término a la segunda instancia se pronuncia directamente sobre los derechos y pretensiones deducidos por los litigantes<sup>1015</sup>, no estando limitado a dictaminar solo sobre el contenido de la sentencia y los razonamientos que en ella expresa el tribunal del fondo, sino que además de ello, el tribunal de alzada puede revisar personal y directamente todos los materiales de que se ha valido el juez de primer grado para dictar una sentencia totalmente nueva<sup>1016</sup>.

La posición en que el recurso de apelación sitúa al tribunal *ad quem* permite que este examine y valore de acuerdo con su propia razón, lógica y criterio jurídico cada una de las alegaciones y materiales que dan forma al proceso<sup>1017</sup>, siendo libre para concebir todos los escenarios que le parezcan adecuados y razonables para explicar la ocurrencia de los hechos que motivan el conflicto, sin que se vea limitado por los modelos mentales del asunto con los que haya trabajado el juez de primer grado ni por la falta de inmediación respecto a las pruebas personales, asunto que trataremos más adelante en este capítulo. En atención a ello, como resultado de la segunda instancia es posible que el tribunal elabore una hipótesis fáctica que haya sido descartada por el sentenciador del

---

<sup>1013</sup> Sobre los sistemas de apelación plena (*novum iudicium*) y limitada (*revisio prioris instanteeae*), así como la variante intermedia española, ver: ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo, *La apelación civil plena y la apelación limitada en los derechos histórico y comparado y en el vigente ordenamiento procesal español*, La Ley, N° 4, 1984, pp. 1163 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., pp. 262 y ss.; ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *La instancia de apelación civil*, cit., pp. 168 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, 1994, pp. 27 y ss.; IGLESIAS MACHADO, Salvador, *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*, Madrid, 2011, pp. 51 y ss.; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., pp. 289 y ss.; PASCUAL SERRATS, Rosa, *El recurso de apelación civil (facultades de las partes y poderes del tribunal "ad quem")*, Valencia, 2001, pp. 121 y ss.; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., pp. 91 y ss.; SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., pp. 39 y ss.

<sup>1014</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Vol. III, cit., 1940, p. 382. En el mismo sentido: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 472; MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 361; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 287; SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 14.

<sup>1015</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 472.

<sup>1016</sup> En este punto, ROSENBERG indica que la apelación no solo busca rectificar los errores fácticos y jurídicos, sino que al mismo tiempo conseguir una resolución totalmente nueva para la controversia, ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 351.

<sup>1017</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 297.



fondo o que incluso este no se haya planteado, todo esto mediante una nueva valoración del mismo material probatorio a partir de los criterios racionales y objetivos que le parezcan pertinentes<sup>1018</sup>, criterios que, sin duda, también podrán diferir de los utilizados en la instancia anterior. Como consecuencia de dicho ejercicio, es factible que el tribunal revisor considere que las normas jurídicas que se han estimado aplicables para la resolución del conflicto deben ser interpretadas en un sentido diverso o, lisa y llanamente, que dada la nueva realidad fáctica que ha sido reconstruida, decida que son otros los preceptos normativos que deben ser tenidos en cuenta para fundar el pronunciamiento de la sentencia.

De esta forma, el tribunal de apelación está facultado para llevar a cabo un juicio jurisdiccional en toda regla<sup>1019</sup>, salvo por dos limitaciones: la prohibición de *reformatio in peius* y los límites que las partes le hayan fijado a la actuación revisora<sup>1020</sup>. Empero, más allá de dichas restricciones, es perfectamente posible que el órgano revisor se enfrente directamente a los materiales que obran en autos en la búsqueda de proponer su solución para el conflicto, haciendo caso omiso del contenido de la sentencia impugnada y de las conclusiones que se comprenden en ella. De hecho, estimamos que para los fines que se persiguen con este recurso es más beneficioso que el juez de alzada analice los elementos del proceso evitando la realización de un análisis previo, detenido y detallado de las argumentaciones que fundan la decisión impugnada, pues con ello se sorteja todo sesgo y también, por qué no decirlo, cualquier atisbo de desidia en la forma en que se desarrolla el control de la corrección de la sentencia. Si el tribunal conoce de entrada la decisión y sus motivos puede verse tentado a aceptar de buenas a primeras la hipótesis de trabajo del juez del fondo y la solución del caso que ha emanado desde la primera instancia, decretando la confirmación de la decisión examinada sin mayores cuestionamientos acerca de su adecuación al ordenamiento jurídico y al material fáctico que se ha recopilado en el proceso. De hecho, aun asumiendo que los jueces de alzada necesariamente conocerán la parte dispositiva de la decisión impugnada -con lo que tendrán conocimiento, al menos, de cuál de los litigantes ha salido victorioso-, la posibilidad de enfrentarse a la tarea de resolver el conflicto prescindiendo de las limitaciones provenientes de la labor jurisdiccional previa, les permitirá elaborar todo

---

<sup>1018</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1460.

<sup>1019</sup> Por eso se ha destacado que el juez *ad quem* no está limitado a realizar funciones negativas de control, sino que está plenamente facultado para realizar su propio juicio acerca de las cuestiones apeladas, MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 62.

<sup>1020</sup> En relación con esta limitación, recordemos que, como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil, el tribunal solo puede analizar los hechos que le someten las partes.

un entramado propio de razonamientos, diferente del que se concibió por parte del juez de primera instancia, a partir de las mismas alegaciones y material probatorio. En cualquier caso, nada de ello impedirá que la segunda sentencia que se dicte en el proceso alcance la misma solución que ha sido impugnada por los litigantes, aunque sea mediante caminos inferenciales diferentes a los expresados en la etapa previa, que pueden servir para fortalecer los motivos ya expresados por el juez del fondo o para reforzar la aceptación de la misma por la parte que resultó vencida. Además, no debemos olvidar que el tribunal de apelación se compone de una pluralidad de jueces, por lo que existe también la posibilidad de que cada uno de ellos conciba una solución del conflicto que luego sea sometida a la consideración de los demás miembros con miras a la unificación de criterios, ejercicio que se verá aún más enriquecido si los magistrados analizan los elementos del proceso libres de cualquier influencia que pueda ejercer sobre ellos la sentencia de primer grado y solo verifican su corrección una vez que hayan concebido su solución particular para el caso.

Fuera de las consideraciones anteriores, que pueden ser tachadas de idealistas dado que requieren de un tiempo y recursos que escasean ante la enorme carga de trabajo que afrontan los distintos órganos jurisdiccionales, es claro que la apelación sitúa al tribunal que conoce y resuelve el recurso en la misma posición que aquel que entra a resolverlo por vez primera, con las mismas facultades y derechos, pero sobre todo con los mismos deberes de actuación en pro de la obtención de la mejor decisión posible, de modo que el tribunal examinador está llamado a desplegar toda su razón, experiencia y sabiduría jurídica con miras a la consecución de una sentencia justa.

## **b) Justificación del recurso**

Recordando lo que nos enseñaba BECEÑA<sup>1021</sup> hace ya más de 80 años, es dable sostener que la existencia del recurso de apelación responde a una determinada condición de la sociedad, y por cierto, del sistema jurídico y de la Administración de Justicia. Son sus características y circunstancias particulares las que hacen necesario contar con esta herramienta de revisión amplia de la decisión del conflicto. Dicho autor sostenía que como todas las instituciones judiciales, esta tampoco tiene el carácter de perpetua e inevitable, sino que ella carecerá de toda razón de ser cuando la

---

<sup>1021</sup> BECEÑA, Francisco, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, cit., p. 73.

sustanciación de los procesos en primera instancia se realicen con los más altos estándares, situación para lo que será necesario, entre otras condiciones, que los jueces sean elegidos de entre las personas más brillantes de la sociedad y que a la vez estén libres de toda sospecha moral. Empero, aun compartiendo el diagnóstico general, no estamos tan convencidos de que pueda alcanzarse en un plazo más o menos razonable un estadio evolutivo que haga innecesario el control de las resoluciones judiciales en la forma prevista por el recurso de apelación. De hecho, ya es un problema en sí mismo poder contar con miembros altamente calificados para el desempeño de los distintos cargos judiciales -más aun los que sirven en los tribunales de primera instancia-, no solo porque resulta difícil cautivar a los mejores para que sigan la carrera judicial, sino también porque el aumento de la población y la necesidad de contar con un mayor número de jueces trae como consecuencia un cierto relajamiento en las exigencias para ingresar al cargo. A ello se suma que la detección de quiénes sean esos “mejores” tampoco es tarea fácil, ya que el ejercicio del cargo demanda capacidades que van mucho más allá del manejo y la aplicación de conocimientos jurídicos. En efecto, también es menester poseer habilidades suficientes para tratar con personas enfrentadas en conflictos jurídicos de las más variadas especies, que muchas veces no están dispuestas a ceder un ápice en sus pretensiones y que proporcionan versiones totalmente contrapuestas de los hechos. Es preciso además que el sentenciador sepa manejar y evitar la afectación que pueden generarle las presiones e influencias indebidas y/o externas al proceso que se suscitan en algunos casos, en la forma de juzgamientos públicos o juicios paralelos. En este mismo sentido, otro tanto se podría decir de las sospechas morales que se ciñen sobre los jueces y de las dificultades para alegar y demostrar cómo el efecto que ellas producen puede nublar su raciocinio y viciar su juicio. De hecho, aunque la ley haya previsto ciertas causales que permitan alegar la posible falta de parcialidad del juzgador para pronunciarse en un proceso determinado, ciertamente es factible conjeturar escenarios que escapan de los supuestos legales y que no pueden ser invocados para dejar de manifiesto en el proceso la afectación moral del juzgador<sup>1022</sup>.

En todo caso, debemos apuntar que aunque se cumplieran las exigencias antes planteadas en relación con el órgano juzgador, el sistema jurisdiccional estaría lejos de alcanzar decisiones en primera instancia que por su perfección tornaran inútil la

---

<sup>1022</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid, 2014, p. 131.

existencia del recurso de apelación, básicamente debido a la dependencia del elemento humano en el desarrollo del proceso judicial. De ahí que reiteradamente se afirme que todos los medios de impugnación, y particularmente el recurso de apelación, se justifican debido a la constatación de la presencia de la falibilidad humana en la administración de justicia, por lo que estas herramientas tienen por objetivo la detección y la enmienda de los errores en que se ha incurrido en el desempeño de la labor jurisdiccional, sea en la valoración de las pruebas que conducen al establecimiento de los hechos o en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que se estima adecuada para la solución del asunto discutido<sup>1023</sup>. De esa manera el sistema se hace cargo de la posibilidad de que el sentenciador, como ser humano al fin y al cabo, pueda incurrir en equivocaciones al momento de desarrollar su trabajo<sup>1024</sup>, por lo que si no existiera ninguna probabilidad de que los entes jurisdiccionales erraran al momento de impartir justicia, no habría razón para haber establecido o seguir manteniendo el sistema de recursos<sup>1025</sup>. Por eso, y dada la importancia de la labor que se encarga a los sentenciadores, se estima que en garantía de los justiciables el resultado de ese trabajo debe ser sometido a la consideración de otro tribunal, lo que de ninguna manera está fundado exclusivamente en el interés individual del litigante vencido en que se corrija la sentencia y se ponga fin al agravio que ésta le causa, sino que ello coexiste con un deseo público y colectivo que persigue el perfeccionamiento jurisdiccional y que considera a la apelación como una herramienta adecuada para conseguir la subsanación de los errores de la decisión mediante la intervención de un tribunal más calificado<sup>1026</sup>. Irremediamente este órgano también estará compuesto de seres humanos, que al igual que los primeros tampoco son infalibles y por consiguiente pueden incurrir en errores<sup>1027</sup>, pero el sistema estima que las probabilidades de acierto aumentan por el solo hecho de que el asunto sea sometido a la consideración de varias personas, y más aún si algunas de ellas gozan de mayor preparación y experiencia. Sin embargo, es necesario aceptar que en no todos los casos se conseguirá corregir el error que alguna de las partes

---

<sup>1023</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 79. También ver: GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 469; HOYA COROMINA, José, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2002, p. 8; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 287; OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil*, cit., p. 33; PASCUAL SERRATS, Rosa, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 26; ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 352; SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 21.

<sup>1024</sup> SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 2.

<sup>1025</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 28.

<sup>1026</sup> RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, cit., p. 30.

<sup>1027</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1457.

estime que se ha cometido en el proceso, pues, como se sabe, la perfección no es algo que esté al alcance de ninguno de los niveles del sistema de justicia ni menos de las personas que lo componen. Por ello, reconociendo las limitaciones propias de los seres humanos a cargo de la administración de justicia, no queda más que tolerar un cierto margen de desaciertos en la realización de la labor jurisdiccional.

Por consiguiente, a pesar de que el sistema no está en condiciones de otorgar certezas absolutas de estar exento de la generación de errores o defectos, como tampoco de poseer la capacidad de corregir todos los que se produzcan, el recurso de apelación procura la eliminación de cada una de las deficiencias que puedan presentarse en la decisión última del litigio, de modo que ella cumpla con las condiciones para alcanzar un mayor grado de acierto y justicia<sup>1028</sup>.

### **c) Finalidad de la apelación**

Tal como se expuso, el recurso de apelación constituye un mecanismo que coopera en la obtención de decisiones judiciales de mejor calidad, es decir, se trata de un medio de impugnación que colabora para alcanzar soluciones más justas para los casos resueltos por los tribunales de justicia. En este sentido, la estrecha vinculación entre la posibilidad de que un ente superior revise y eventualmente corrija la sentencia emitida por el juez del fondo y la consecución de la justicia en el caso concreto ha sido destacada por varios autores<sup>1029</sup>.

---

<sup>1028</sup> MORENO CATENA, Víctor, *El recurso de apelación y la doble instancia penal*, en AA. VV., Estudio de los nuevos recursos en el orden penal, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), Estudios de derecho judicial, N°149, Madrid, 2007, p. 14. De ahí que se haya destacado que aun cuando se carezca de certidumbres, sí existen probabilidades racionales de que la sentencia de segunda instancia será más justa que la primera, debido a la mayor ilustración, sensatez, experiencia y número de los jueces de apelación, DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, cit., p. 8.

<sup>1029</sup> NAVARRO MASSIP, Jorge, *El recurso de apelación y la segunda instancia: diez años de la doctrina iniciada mediante la STC 167/02*, en Revista Aranzadi doctrinal, N° 11, 2012, p. 35. En este sentido, ALLORIO defiende la existencia de la apelación, pues en su opinión este instituto es beneficioso para la justicia de la decisión, ALLORIO, Enrico, *Sul doppio grado del processo civile*, cit., p. 1790. De la misma forma, se ha afirmado que “*nada es tan propio para asegurar á los litigantes de la justicia y equidad de las sentencias como la institucion de la apelacion*”, DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, cit., p. 9. A su turno, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene: “*Es absolutamente necesario que la jurisdicción se estructure en doble grado, pues de esa manera se conseguirán sentencias más justas, más adecuadas al ordenamiento jurídico y se producirá la certeza y la seguridad jurídicas que conlleva el hecho de tener una organización en donde claramente se posibilitan el conseguimiento de estos fines*”, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La prueba en segunda*

Así las cosas, las facultades que el recurso de apelación le confiere al tribunal revisor son perfectamente compatibles con la búsqueda de la justicia en el proceso particular. En efecto, siguiendo a TARUFFO<sup>1030</sup>, solo podremos considerar que una decisión es justa cuando carezca de errores, lo que demanda una corrección que debe darse tanto en la tramitación del proceso como en la aplicación e interpretación de las normas sustantivas y en la determinación de los hechos de la *litis*, tres ámbitos que perfectamente pueden ser cubiertos por el examen que permite llevar a cabo el recurso de apelación. De hecho, dado su carácter de recurso ordinario, habilita al tribunal de alzada para que conozca y examine aspectos procesales, jurídicos y fácticos de la sentencia objeto de análisis, de modo que si en la especie se estima necesario proceder a su revocación, esta decisión puede fundarse en uno o más de dichos aspectos, y a la inversa, toda ratificación de la sentencia de primer grado exige que el órgano revisor muestre su conformidad con todo el trabajo que ha realizado el juez inferior.

En relación con la rectificación de errores judiciales, se ha destacado que todos los medios de impugnación constituyen una garantía de acierto que hace que la decisión del litigio sea considerada más fiable, no solo por los justiciables directamente afectados por ella, sino también por toda la sociedad en su conjunto, que al fin de cuentas termina realizando un control difuso y general sobre el ejercicio del poder jurisdiccional. Evidentemente los tribunales también tendrán en cuenta este control eventual respecto de sus fallos al momento de realizar su trabajo, lo que en cierta medida los alentará a llevarlo a cabo de la mejor manera posible para dar una respuesta óptima a los ciudadanos que han sometido a su consideración la resolución de su conflicto y, al mismo tiempo, para que la solución que han estimado adecuada supere el examen de sus superiores y termine siendo compartida por ellos. En esta línea, se ha remarcado que el recurso de apelación constituye una protección que “*opera como una suerte de mecanismo legislativo de prevención general del voluntarismo, la desidia o la arbitrariedad judicial*”<sup>1031</sup>. Así, la simple amenaza del control por el superior jerárquico constituirá un elemento psicológico que colaborará en la consecución de una sentencia de mejor calidad, fruto de un trabajo serio y ajustado a los planteamientos del Derecho, la razón y la lógica por parte del tribunal del fondo, en que de forma adecuada se

---

*instancia*, en AA. VV., La prueba en el proceso civil, Cuadernos de derecho judicial, XXXIV, Madrid, 1993, p. 244.

<sup>1030</sup> TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, cit., p. 136.

<sup>1031</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Apuntes para la urgente reforma de la segunda de la segunda instancia penal*, Actualidad jurídica Aranzadi, N° 647, 2004, p. 9.

analicen las probanzas rendidas y se califique jurídicamente el asunto. Este será el único escenario en que existirán reales posibilidades de que la decisión del pleito sea confirmada por el tribunal de alzada.

Ahora bien, es importante subrayar que siempre se ha entendido que el recurso de apelación permite una revisión de los aspectos procesales, fácticos y jurídicos del asunto y es trascendental que se mantenga de esta forma, principalmente en lo que se refiere a los hechos, pues es el único recurso que habilita a un órgano superior para controlar el razonamiento fáctico que fundamenta la decisión del caso. En efecto, esta es la característica principal de este mecanismo de impugnación, la que justifica por sí sola su vigencia y conservación dentro del ordenamiento procesal. De esta manera, al permitirse que el tribunal de segundo grado rectifique las conclusiones de hecho se generan mayores posibilidades de que la calificación jurídica sea también más acertada, ya que malamente podemos pretender conseguir una decisión correcta y justa cuando el Derecho es interpretado y aplicado sobre una versión de los sucesos que no se condice a lo que efectivamente ha sucedido. Por ello, uno de los defensores del doble grado y de este examen amplio por parte del tribunal *ad quem* ha sostenido que ningún legislador puede desdeñar las mayores probabilidades de justicia que este trae consigo<sup>1032</sup>.

Dicho lo anterior, el punto está en determinar qué razones son las que sustentan el carácter de garantía de mayor acierto y justicia que se le asigna a la apelación y a la doble instancia. De hecho, esta no es una cuestión para nada pacífica, pues hay autores que no logran vislumbrar cómo un sistema basado en la reiteración de juicios sobre un mismo material permite asegurar que la segunda de las decisiones va a estar dotada de un halo de corrección que la transforme *per se* en mejor que la primera<sup>1033</sup>.

Sea como fuere, los beneficios que acarrea el recurso de apelación provienen tanto de la mera realización de un nuevo análisis de la *litis* como de los atributos del órgano que lo lleva a cabo. Así, se ha afirmado que la sola posibilidad de que la controversia se examine en su integridad por dos órganos judiciales distintos constituye un aumento de las garantías de justicia de la resolución final<sup>1034</sup>. Además, se ha destacado que la probabilidad de la obtención de una segunda sentencia más justa se debe a que “*el nuevo juicio se llevará a cabo por un órgano diverso y superior,*

---

<sup>1032</sup> BECEÑA, Francisco, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, cit., p. 68.

<sup>1033</sup> Además de ello, se critica al doble grado por resultar inconciliable con los principios de oralidad y concentración así como por generar lentitud en la sustanciación de los procesos, todo lo que llevaría a dudar de la oportunidad de conservar el recurso de apelación, PIZZORUSSO, Alessandro, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, en Rivista di diritto processuale, N° 1, 1978, p. 46.

<sup>1034</sup> PASCUAL SERRATS, Rosa, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 82.

*compuesto por jueces seleccionados, que se suponen más expertos y más autorizados*”<sup>1035</sup>. De este modo, la calidad del tribunal examinador y de sus integrantes es visto como un aval de la obtención de mejores sentencias<sup>1036</sup>. Recordemos que la estructura orgánica actual de conocimiento y resolución del recurso de apelación conlleva a que la segunda decisión sea emitida por un tribunal colegiado y de rango superior, de forma tal que el desarrollo del proceso no solo será sometido al enjuiciamiento de un nuevo tribunal, sino que la decisión original será puesta bajo el escrutinio de tres jueces, lo que asegura el arribo a una solución que concilie el análisis de la cuestión desde la aproximación singular de cada uno de ellos y el posterior contraste de sus opiniones<sup>1037</sup>. Además, los componentes de este tribunal de alzada necesariamente serán magistrados de mayor preparación y experiencia que aquellos que han analizado la cuestión en un primer momento, pues han desempeñado previamente la función de jueces de primera instancia, de manera que contarán con la práctica suficiente para evaluar el trabajo realizado en el proceso hasta el momento en que este llega a su conocimiento.

Desde la vereda opuesta, se han alzado voces para manifestar sus aprensiones respecto a la correlación entre el control a que da lugar la apelación y el aumento de las perspectivas de corrección y justicia del fallo. Se ha indicado que, aun aceptando que la reiteración del enjuiciamiento ofrece mayores posibilidades de conseguir la solución más justa del caso, nada asegura que esto se alcance precisamente con el último de los dictámenes que se emita en un proceso, pues toda sentencia puede ser mejor o peor que la que se haya pronunciado con anterioridad en la misma causa<sup>1038</sup>. Igualmente se señala que si la revisión de la decisión va de la mano con las probabilidades de justicia, ellas deberían verse incrementadas a medida que aumente la cantidad de exámenes sobre las mismas alegaciones, antecedentes y pruebas, pero a pesar de ello, se han fijado solo dos instancias para que el asunto sea juzgado en su integridad. Así, si esta reiteración es tan provechosa como se pretende, deberían establecerse más instancias de control de la decisión judicial, de modo que al no hacerlo, el legislador ha tomado una decisión arbitraria en la configuración del sistema procesal que requiere ser enmendada, o, lisa y

---

<sup>1035</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 440.

<sup>1036</sup> En efecto, se ha aseverado que el Estado apoya el recurso porque “*el examen mediante el tribunal superior otorga mayor seguridad a la justicia de la resolución y aumenta la confianza del pueblo en la jurisdicción estatal*”, ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., p. 352.

<sup>1037</sup> ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo, *La apelación civil plena y la apelación limitada en los derechos histórico y comparado y en el vigente ordenamiento procesal español*, cit., p. 1167.

<sup>1038</sup> PIZZORUSSO, Alessandro, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, cit., p. 45.



llanamente, el reexamen de los autos no produce todos los beneficios que se le atribuyen. Finalmente, y esta vez en relación con la calidad del tribunal de segunda instancia, se estima que si dicho ente otorga mayores garantías de certeza y justicia a la decisión debería encargársele de entrada la resolución de los asuntos, suprimiendo su paso por los tribunales del fondo<sup>1039</sup>, o al menos tomarse todas las medidas pertinentes para conceder a estos la autoridad, ilustración y circunstancias que se consideren necesarias para que puedan alcanzar los mismos resultados que aquellos<sup>1040</sup>.

En cuanto a la crítica fundada en la posibilidad de revisar solo dos veces el asunto, los defensores de la apelación han remarcado que si bien la solución justa del conflicto es sin duda uno de los objetivos principales del proceso, este no puede ser alcanzado a cualquier precio, pues asimismo hay otros valores y principios jurídicos que forman parte de la realidad jurisdiccional y que requieren ser atendidos por el legislador en la configuración de cada uno de los modelos de enjuiciamiento. En este sentido, la seguridad jurídica y la celeridad en la obtención del fallo es algo a lo que también debe propender el proceso y que no permiten esperar la respuesta del conflicto por todo el tiempo que supondría la sustanciación de múltiples instancias<sup>1041</sup>. De hecho, un dictamen que se manifieste de forma tardía y que no otorgue estabilidad y certeza jurídica a la solución que se ha estimado adecuada para el conflicto, malamente podrá ser considerado justo. A ello se agrega que la tramitación del proceso en las diferentes instancias genera gastos que deben ser satisfechos por las partes y la administración de justicia, quienes carecen de los recursos económicos para costear procesos que en teoría se extenderían por décadas, teniendo en cuenta su duración actual y la escasez de recursos materiales y humanos que se evidencia en los distintos tribunales. Por esto, conociendo las ventajas que trae consigo la revisión de las decisiones judiciales, es necesario encontrar el punto de equilibrio entre la consecución de la sentencia justa y la adecuación a los bienes jurídicos y económicos antes mencionados, lo que depende de una decisión de política legislativa que, en vista del contenido de la actual regulación procesal, ha estimado que un doble análisis del conflicto es adecuado para conciliar la

---

<sup>1039</sup> RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1457.

<sup>1040</sup> DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, cit., p. 7.

<sup>1041</sup> De esta forma, se ha afirmado que el sistema de recursos no puede ocasionar una excesiva dilación del proceso, pues eso lesionaría la exigencia de tutela efectiva y las garantías básicas de un proceso eficaz, SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, cit., p. 2. En el mismo sentido, se advierte que la “*posibilidad de someter a ulteriores revisiones un mismo asunto, sobre ser conveniente, no debe ser, sin embargo, ilimitada, pues ello supondría un gravísimo quebranto para la seguridad jurídica*”, MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 287.

tradición jurídica y social de la revisión de las decisiones jurisdiccionales -manteniendo la confianza de los justiciables y del resto de los ciudadanos en su corrección- con la obtención de la respuesta más justa y oportuna que permitan los medios disponibles<sup>1042</sup>.

Ahora, respecto a la inutilidad de entregar el enjuiciamiento en primera instancia a órganos menos calificados, podemos señalar que con este argumento se desatiende un dato de realidad insoslayable, que consiste en que en una organización jerárquica y piramidal -como es el Poder Judicial- resulta imposible que todos los tribunales puedan ser tenidos por pares situados en el mismo grado, por lo que necesariamente existirán entes superiores e inferiores, siendo estos los que tienen la misión de proveer de jueces a los de rango más alto. En este sentido, no es posible pretender que todos los tribunales estén dotados de jueces de gran experiencia y calidad, pues ello solo se obtiene mediante el desempeño del cargo, precisamente oficiando como sentenciador del fondo<sup>1043</sup>. Por ende, si se quiere que la primera instancia sea encargada a estos tribunales de mayor grado, los inferiores carecerían de funciones y de razón de existir, por lo que deberían desaparecer. Así, los órganos de alzada pasarían a ser los jueces del fondo y a ser integrados por juzgadores sin experiencia, pues se verían en la necesidad de tener que iniciar su carrera desempeñando un cargo en estos altos tribunales. A mayor abundamiento, si en un arranque de innovación un modelo de estas características fuese adoptado por el legislador, se vería en la necesidad de crear nuevos tribunales que revisaran las decisiones de la recién creada primera instancia, lo que dejaría las cosas de vuelta a su punto de inicio, a menos, claro está, que también se optara por suprimir toda posibilidad de revisión amplia de la sentencia, algo que, en atención a todo lo antes señalado, no estimamos deseable ni adecuado para el correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional.

A lo anterior debemos agregar que un argumento que apunte a la mayor categoría o calidad del órgano revisor como la única razón que justifica la segunda instancia deja de considerar que el fundamento del doble grado no está solo en que la revisión y el nuevo pronunciamiento provienen de un tribunal de mayor rango poseedor, en teoría, de una sabiduría jurídica superior, sino del hecho mismo de que se lleve

---

<sup>1042</sup> Por ello, acertadamente GÓMEZ ORBANEJA ha argumentado a favor del equilibrio que representa el modelo vigente, en el sentido de que si las instancias fueran ilimitadas nadie pleitearía porque el incremento de los gastos y costas lo haría impracticable, mientras que si la decisión dependiera de un solo juez, muchos tendrían miedo de litigar y someterse al azar de su decisión, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 470.

<sup>1043</sup> GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 471.

adelante un segundo examen del asunto<sup>1044</sup>. Por ello, hacemos propias las reflexiones de BECEÑA, quien explicaba que lo esencial no está en la naturaleza del ente que realiza el control, sino en que el conflicto sea analizado dos veces y por personas distintas, sin perjuicio de lo cual se procura que el reexamen se lleve a cabo por un tribunal que otorgue las mayores garantías de acierto, dado el número de personas que lo componen y su mayor calidad y experiencia en relación con el juez que ha emitido el primer juicio<sup>1045</sup>.

Por otra parte, en lo que respecta a la fijación del mérito de las evidencias, es importante traer a colación que para muchos el tribunal de primer grado está situado en una posición óptima para valorar las pruebas, dada la inmediación que tiene lugar entre estas y aquel, ya que se sostiene que dicha relación produce cierta información disponible solo para el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas, particularmente las personales, lo que por consecuencia impediría su correcta apreciación por el tribunal de alzada, opinión que por cierto no compartimos por las razones que se explicarán *infra*. No obstante, desde otro punto de vista se ha indicado que el intervalo que separa al tribunal de apelación de la sustanciación del asunto le genera ciertas ventajas al momento de analizar los datos del proceso. Esto porque el órgano superior se encuentra en una posición mucho más ajena y aséptica respecto al litigio que el juez de primera instancia, dado que ante este último se ha desarrollado todo el debate y se han practicado las pruebas. Así, es sabido que el sentenciador puede incurrir en el heurístico de anclaje y ajuste -y por consiguiente en el sesgo de confirmación- al analizar los materiales que han sido incorporados al proceso, buscando destacar aquellos que sustentan la versión del conflicto que ha creído cierta desde el primer momento en que ha tomado conocimiento de él, y que al mismo tiempo le llevan a restar valor a los indicios que no van en la línea de sus conclusiones o bien a interpretarlos en un sentido que respalde su noción primigenia. De hecho, la concepción del litigio que el juez de primera instancia busque salvaguardar puede haberse generado desde que él tuvo contacto directo con las partes y escuchó sus alegaciones durante la

---

<sup>1044</sup> OROMÍ I VALL-LLOVERA, SUSANA, *El recurso de apelación en el proceso civil*, cit., p. 33. En este sentido, se ha remarcado que lo sustancial de la apelación es que “*se trata de un examen reiterado, esto es, de una revisión de todo cuanto se hizo la primera vez, y esa reiteración permite evitar los errores y suplir las lagunas en que eventualmente se incurrió en el examen anterior*”, CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Sentís Melendo, Vol. II, Buenos Aires, 1959, p. 227.

<sup>1045</sup> La revisión del asunto “[*n*]o se les confía [a los tribunales superiores] porque sean más competentes, sino que debiéndose de encomendar el nuevo examen a personas diferentes de las que han hecho el primero, es natural que se busquen las que representen mayores garantías de acierto”, BECEÑA, Francisco, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, cit., p. 73.

audiencia preliminar, de modo que las pruebas que reciba en el juicio oral solo sean usadas para confirmar la preconcepción que se ha formado de los hechos, muchas veces como consecuencia de impresiones y apreciaciones subjetivas que en nada responden a criterios racionales para la toma de decisiones. A diferencia de ello, al tribunal de alzada solo se le suministra la información fría y objetiva que obra en el proceso, lo que le permite desarrollar un análisis más sereno, libre del influjo de las pasiones y emociones que han podido quedar en evidencia en la audiencia preliminar y en el juicio oral, siendo posible que esa ajenidad le permita conseguir una reconstrucción de los hechos que se ajuste de mejor forma a la realidad de lo sucedido y, a partir de ello, sea capaz de lograr una aplicación del derecho material apta para concebir una solución más justa para el caso concreto<sup>1046</sup>. En el fondo, lo que se quiere destacar es que al tener una mayor distancia con la sustanciación del proceso, el tribunal *ad quem* podrá tener una visión más completa y clara de sus elementos, ganando en objetividad y racionalidad para analizar el mérito del conflicto y sus posibles soluciones.

Finalmente, en la práctica el tribunal de segunda instancia tiene la ventaja de poder juzgar teniendo en cuenta todo el trabajo que se ha llevado a cabo por el tribunal del fondo, a partir del cual puede ejercer las facultades que le permiten valorar cada uno de los aspectos del proceso, labor que en la mayor parte de los casos resulta mucho más sencilla que la tarea original de investigación y depuración que conduce a la fijación correcta de la versión de los hechos. Por lo tanto, los juzgadores de alzada podrán recorrer el camino trazado por el juez de primera instancia analizando cada uno de sus pasos inferenciales y conclusiones. Vale decir, la información que se tiene a la vista para la realización del segundo examen corresponde a todos los antecedentes del caso que se han incorporado al expediente más la sentencia de primera instancia. Dicho esto, no hay que olvidar que hemos advertido que la solución del problema que ya consta en el proceso puede ir en contra del correcto desempeño de la labor de control, pues es posible que el tribunal de alzada se vea tentado a confirmar la primera sentencia sin realizar mayores análisis acerca de su adecuación con el material del proceso, aceptando de entrada como correcto el valor de convicción que se ha otorgado a ciertas pruebas concretas o a la versión de los hechos que se ha reputado por verdadera -sin darse siquiera el tiempo para construir otros modelos mentales del suceso que también podrían resultar concordantes con la información con que se cuenta-. Empero, todo el

---

<sup>1046</sup> ALLORIO, Enrico, *Sul doppio grado del processo civile*, cit., p. 1803.

razonamiento judicial puede jugar a favor de los juzgadores del segundo grado si ellos examinan la sentencia del fondo habiendo realizado su propio ejercicio resolutorio, teniendo presente todas las opciones e hipótesis que estimen ajustadas a los hechos analizados, de forma tal que, si bien nada impide que la revisión de la decisión pueda terminar con su confirmación, ello debe ser el fruto de un ejercicio racional y motivado que quede plasmado en el texto de la sentencia de segunda instancia.

### **B) La motivación de la sentencia como objeto de control**

Como se ha indicado, a petición de las partes el tribunal *ad quem* puede ser llamado a controlar la corrección del procedimiento y/o de la decisión que ha puesto fin a la instancia anterior. De esa manera, por un lado debe verificar que la solución del conflicto se ha obtenido con el respeto de las garantías procesales y siguiendo los cauces establecidos, y por otro, que la sentencia responde a un análisis adecuado de los datos que obran en autos así como a una aplicación correcta del derecho material. De este modo, si las partes lo solicitan, el órgano de apelación tendrá que desarrollar un examen completo y complejo de la decisión de primera instancia, debiendo fiscalizar el asunto desde tres ángulos distintos: procedimental, sustantivo y fáctico.

Ahora bien, ciñéndonos a la exploración de la decisión que versa sobre el fondo del negocio, el tribunal de segundo grado examinará su mérito fáctico y jurídico, el cual deberá estar necesariamente contenido en el texto de la sentencia que haya sido dictada por el juez *a quo*. Por ello, es dable esperar -y a la vez exigir- que dicha decisión venga sustentada por un sólido entramado de razonamientos, obra de la labor intelectual del sentenciador del fondo. A partir de eso, el ente revisor se aprestará al análisis de los motivos que se expresan en la sentencia para determinar si tienen la corrección lógica, jurídica y fáctica suficiente para respaldar la solución que pretende resolver el conflicto. En este sentido, es esencial que todas las resoluciones judiciales, y particularmente la sentencia del caso, den debida cuenta de las razones que el sentenciador ha tenido a la vista para fallar de la forma en que lo ha hecho, las que se convierten en el objeto central del escrutinio que se lleva a cabo en la segunda instancia. De hecho, la calidad de la motivación cumple un rol fundamental para la pervivencia de la sentencia de primer grado, pues de ordinario ella tendrá directa relación con la calidad de la decisión, lo que demanda que la justificación del dictamen sea el resultado de un trabajo consciente, razonado y objetivo de parte del juez *a quo*, pues en caso contrario, si el

examinador realiza a cabalidad el trabajo que se le ha encomendado, deberá necesariamente revocar la decisión inicial.

Vista esta cuestión bajo el prisma de los hechos del juicio e inmersos en un sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, la obligación de motivar las decisiones aparece como contrapartida de las facultades de actuación que se le han conferido al tribunal. Esto constituye una prenda de garantía para que el sistema de valoración no transforme a la sana crítica en un concepto vacío usado solo para encubrir una realidad procesal donde sea el mero capricho del juez el que conduzca la toma de cada una de sus decisiones. De ahí que la motivación viene a fortalecer la legitimidad de las decisiones judiciales y del ejercicio del poder jurisdiccional.

### **a) Contenido del deber de motivación**

El deber de motivación de las decisiones judiciales constituye una de las contrapartidas nucleares del derecho al debido proceso que ampara a cada uno de los ciudadanos que comparecen ante los tribunales de justicia<sup>1047</sup>, particularmente en lo relacionado con el derecho de defensa<sup>1048</sup>, de modo que su cumplimiento efectivo constituye una de las exigencias ineludibles para el ejercicio legítimo del poder jurisdiccional.

Este deber implica que el juez se encuentra en la necesidad de exponer en su sentencia las razones, causas o justificaciones que lo han impulsado a adoptarla, vale decir, a expresar los motivos que lo han conducido “*a elegir una entre distintas alternativas posibles*”<sup>1049</sup>. En este mismo sentido, el Diccionario de la RAE señala que motivar es “[d]ar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo” o, más propiamente desde una óptica jurídica, “[e]xpresar las razones que en derecho justifican una decisión judicial (...)”. Lo importante, como resalta TARUFFO, está no solo en que la motivación sea un discurso justificativo de la decisión judicial que ha sido dictada, sino además, que dicho discurso sea idóneo para fundarla

---

<sup>1047</sup> Aunque también se ha visto como una garantía constitucional originada a partir de que el Estado se reserva el ejercicio de la jurisdicción y prohíbe a los individuos todo acto de autotutela, ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, p. 138.

<sup>1048</sup> De acuerdo con la original trilogía básica de derechos fundamentales propuesta por NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 156.

<sup>1049</sup> RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, 2003, p. 30.

racionalmente<sup>1050</sup>. A raíz de lo anterior, es posible sostener encarecidamente que el empleo correcto de la razón humana se erige como el elemento central para la construcción de una motivación que al final del ejercicio jurisdiccional tenga reales posibilidades de ser considerada acertada y justa<sup>1051</sup>. Dicho de otra forma, solo una sentencia sobre el fondo que haya sido motivada racionalmente por el juez de primera instancia estará en condiciones de superar el control que eventualmente desarrolle el tribunal *ad quem*.

Debemos remarcar que no es posible entender que el juez ha dado cabal cumplimiento a su deber de motivación por el solo hecho de que en el texto de la resolución se constate la exposición de las razones que le han llevado a dictarla, cuando ellas sean la expresión de una explicación totalmente vana, ilógica o caprichosa, y por consiguiente, parte de un dictamen que se opone a la lógica o a la razón. En todos los casos el cumplimiento de los objetivos de la prueba y del proceso pasan por la concurrencia de un ejercicio intelectual correcto en el desarrollo del juicio jurisdiccional. Por ende, para llegar a buen puerto, es necesario que la conclusión sea acertada y congruente con los antecedentes que obren en autos, y al mismo tiempo, que las razones que se hayan proporcionado para su sustento permitan confirmar el empleo del raciocinio en su configuración. Así, siendo innegable la enorme trascendencia de la parte dispositiva de la sentencia, a lo menos debemos asignarle un grado igual de importancia al razonamiento que se ha empleado para arribar a ella, más aún cuando la decisión y su motivación han sido emitidas o compartidas, expresa o tácitamente, por un tribunal de alto rango, pues como se sabe, sus pronunciamientos orientarán de una u otra forma las actuaciones de los jueces inferiores así como el sentido de las decisiones que estos adopten en los procesos que les corresponda conocer.

La doctrina ha aclarado que al exigirse al juez que motive sus decisiones no se le está pidiendo que deje de manifiesto el *iter* lógico o psicológico que ha seguido para formularlas, de modo que no es posible entender que este deber demanda que el tribunal exponga descriptivamente toda la senda mental que ha recorrido para alcanzar la solución del conflicto. De hecho, este camino puede tener una serie de desvíos, atajos, idas y venidas, subjetivas y personales que nada aportarán al sustento del fallo. Más

---

<sup>1050</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdoba Vianello, Madrid, 2011, p. 250.

<sup>1051</sup> Por ello, CALAMANDREI calificaba a la motivación como “la «razionalizzazione» del senso di giustizia”, CALAMANDREI, Piero, *La crisi della motivazione*, en *Opera Giuridique*, Vol. I, Nápoles, 1965, p. 668.

bien, esta obligación significa que el cuerpo de la sentencia debe contener la exposición del conjunto de inferencias lógicas y correctas que permitan discurrir desde las premisas a la conclusión, o sea, en la enunciación de un “*cuerpo argumentativo, compuesto por un razonamiento de tipo deductivo, inductivo o hipotético, que conduce a la decisión judicial*”<sup>1052</sup>. Dicho cuerpo argumentativo será el que permita evidenciar que el dictamen jurisdiccional se sostiene sobre bases racionales idóneas, por lo que será empleado como instrumento de control por todos quienes deseen verificar el empleo de la razón en el desarrollo del trabajo judicial<sup>1053</sup>. Desde esa perspectiva, se ha indicado que la motivación servirá para dejar de manifiesto que la sentencia obedece a una serie de razones que responden a una racionalidad jurídica<sup>1054</sup> y que de paso constituyen un antídoto en contra de cualquier sospecha de arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales<sup>1055</sup>. En consecuencia, una motivación que cumpla con las exigencias planteadas permite mostrar que la solución que se ha estimado idónea para el conflicto no corresponde al fruto de la improvisación o el mero arbitrio del sentenciador, sino a un ejercicio intelectual razonado y coherente con los postulados de la lógica, el derecho, la ciencia y el material del proceso.

En síntesis, más que saber *cómo* se ha tomado la decisión, interesa conocer el *porqué* de la misma, o sea, no resulta importante que el tribunal detalle todo el proceso o camino seguido, sino más bien la justificación de las inferencias que le han permitido transitar racionalmente desde las premisas a la conclusión<sup>1056</sup>. Ello generará un cúmulo de conexiones deductivas o inductivas que, al contar con el sustento de la lógica y la razón, tendrán la entidad suficiente para justificar eficazmente la solución definitiva del caso que ha sido elegida por el sentenciador de entre las diversas opciones e hipótesis que logró configurar acerca del conflicto, todo ello teniendo como base las alegaciones de los litigantes, el material probatorio aportado y la porción del ordenamiento jurídico que se ha estimado pertinente. En relación con este punto, debemos recordar que en virtud del principio de justicia rogada, los razonamientos del tribunal orientados a explicar por qué ha decidido acoger o rechazar las pretensiones de las partes deben limitarse, en lo referente al componente fáctico de la *litis*, a las aportaciones de hechos,

---

<sup>1052</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., pp. 156 y 241.

<sup>1053</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 435.

<sup>1054</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003, p. 37.

<sup>1055</sup> IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, 1998, p. 77.

<sup>1056</sup> CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, cit., p. 248.



pruebas y alegaciones planteadas por ellas, teniendo el juez el deber de emitir un fallo que sea congruente con estos elementos<sup>1057</sup>. En efecto, esto ha sido vinculado con el derecho de defensa de los litigantes, el que quedaría vacío de contenido si por un lado se autoriza a las partes a presentar sus medios de defensa, mientras por otro se le otorga al juez la facultad de sentenciar prescindiendo por completo de dichos elementos<sup>1058</sup>.

## b) Funciones de la motivación

En términos generales se ha destacado que la motivación cumple tanto funciones dentro del proceso -en relación con los litigantes, el órgano emisor de la resolución y el eventual tribunal *ad quem*-, como también más allá de sus fronteras inmediatas, al posibilitar el desarrollo de un control generalizado, público y difuso de lo decidido<sup>1059</sup>.

Tal como lo proponía CALAMANDREI, se entiende que la motivación cumple un rol pedagógico en relación con las decisiones jurisdiccionales, pues en vista de este deber el sentenciador no solo está llamado a resolver el conflicto y a ordenar el cumplimiento del fallo, sino también a llevar a cabo una labor destinada a explicar al justiciable la racionalidad del mismo<sup>1060</sup>. Así las cosas, según exponía el maestro italiano, el juzgador debe descender al nivel del litigante con el objetivo de comunicarle la resolución del caso y las razones en que ella se sustenta<sup>1061</sup>. Con esto, de paso, buscará convencerlo de la corrección del dictamen y persuadirlo de no impugnarlo, en tanto su fundamento aparezca “*racional y evidente*”<sup>1062</sup>.

Con dicho afán, será necesario darle publicidad a la decisión y a sus motivos, de forma que la explicación que está llamado a proveer quede plasmada expresamente en el texto de la sentencia definitiva, al menos en la que se pronuncie en primera instancia, ya que tal como no es posible pretender que el juez escudriñe en elementos conductuales y paraverbales a fin de valorar una declaración testifical, tampoco es dable

---

<sup>1057</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 156.

<sup>1058</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 357.

<sup>1059</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 156. En el mismo sentido: COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, cit., p. 118; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 31, 1991, p. 149; RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales*, cit., p. 177; TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., pp. 336 y 361.

<sup>1060</sup> CALAMANDREI, Piero, *La crisi della motivazione*, cit., p. 664. Asimismo: MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *La crisis de motivación de las resoluciones judiciales*, en *Revista jurídica de Cataluña*, N° 2, 1973, p. 283.

<sup>1061</sup> De ahí que se haya calificado a la motivación como “*un saber compartible y comunicable*”, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., p. 42.

<sup>1062</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 336.

exigir que las partes tengan que explorar la mente del juez con miras a detectar cuáles fueron los verdaderos motivos que le llevaron a tomar la decisión del caso. En este mismo sentido, se ha señalado que al órgano juzgador no le basta con poner de manifiesto las razones que permiten fundamentar la decisión, sino que debe hacerlo de forma inteligible<sup>1063</sup>, de manera que ella sea suficiente por sí sola para que las partes y el público interesado puedan adquirir un conocimiento efectivo del razonamiento que le ha servido al tribunal para resolver<sup>1064</sup>. Por ello, no puede considerarse que una sentencia satisface la exigencia de publicidad de la motivación cuando esté dotada de una redacción farragosa o incomprensible<sup>1065</sup>, ya que es menester que el texto de la resolución esté expresado en un lenguaje claro y una exposición fácilmente entendible. Además, no es suficiente con que el juez lleve a efecto solo formalmente este deber mediante la inclusión de frases tipo o referencias generales a los elementos que constan en el proceso, sino que para entenderlo cumplido, la simple lectura de la sentencia debe permitir a cualquier persona acceder a las razones precisas que han llevado a la toma de decisión. Por ello, se ha manifestado que la publicidad de la motivación debe incluir necesariamente la expresión de las reglas generales de razonamiento que se han utilizado para el enjuiciamiento de los materiales del proceso<sup>1066</sup>, de modo que la corrección de estas también esté sometida al escrutinio público.

Por consiguiente, dentro de una perspectiva de comunicación de la motivación racional no encuentran asidero explicaciones tautológicas, oscuras, alambicadas ni meramente fundadas en la autoridad del juzgador, o más comúnmente, justificaciones de la decisión en que el juez lisa y llanamente se asila en percepciones o impresiones subjetivas que no resultan expresables ni menos controlables, pues muchas veces ellas terminan siendo maniobras con las que se pretende ocultar la ausencia de un ejercicio lógico-racional<sup>1067</sup>.

Ahora bien, así como la motivación se emplea para convencer a las partes de la corrección de la decisión, en especial a la que ha resultado vencida en el proceso, el conocimiento de las razones que ha tenido a la vista el sentenciador también resultará útil en caso de que, no conformándose con el resultado del proceso, los litigantes estimen necesario recurrir en contra del fallo. El cúmulo de argumentos justificativos de

---

<sup>1063</sup> DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, 2005, p. 75.

<sup>1064</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, cit., p. 135.

<sup>1065</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 157.

<sup>1066</sup> DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 76.

<sup>1067</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *“Inmediación” y valoración de la prueba*, cit., p. 5.

una sentencia de primer grado no compartida por la parte, provee a esta los elementos propicios para elaborar su recurso de apelación y sustentar su procedencia ante el tribunal *ad quem*<sup>1068</sup>, pues la motivación le servirá para identificar los vicios en que incurre la sentencia así como los puntos en los que disiente y/o no se ajustan a los materiales obrantes en autos<sup>1069</sup>. Esta situación puede producirse tanto en el caso de que el juez del fondo no haya proporcionado ninguna razón que justifique su decisión como también cuando los motivos entregados resulten insuficientes, dado que no alcanzan a cubrir todos los aspectos del fallo emitido. Asimismo, y creo que esta será la situación más frecuente, la parte puede servirse de las razones efectivamente puestas a disposición por el juzgador para atacar el sustento de cada una de ellas, de forma tal que es posible que el recurrente estime que en la construcción de dichos argumentos el tribunal ha actuado en contraposición a la razón, a la lógica, a la ciencia, a la experiencia o al ordenamiento jurídico, lo que ha redundado en una incorrecta apreciación de los materiales que ha aportado al proceso en apoyo de sus alegaciones. Por lo tanto, será usual que la parte que ha interpuesto el recurso señale que se ha desatendido el valor de las pruebas practicadas, otorgándole un peso mayor o menor que el que en su concepto le corresponde, lo que ha provocado una incorrecta reconstrucción de los hechos de la causa -y el consecuente yerro jurídico- debido al desarrollo de un ejercicio inferencial erróneo, todo lo cual se hace ostensible a través de la motivación del fallo.

Por otra parte, dentro de la misma vertiente endoprocesal de la motivación, se ha expresado que este deber del juzgador cumple a su respecto un rol de autocontrol y limitación de sus facultades decisoras, pues le pone de manifiesto la prohibición de incurrir en actuaciones arbitrarias. En efecto, el juez sabe de antemano que se verá en la necesidad de proporcionar la justificación suficiente de cada una de las decisiones que emita, para así defenderlas ante todos aquellos que se propongan llevar a cabo un ejercicio de control<sup>1070</sup>. En este sentido, recordemos que en el proceso civil nos encontramos con una preponderancia del sistema de valoración de la prueba conforme a la sana crítica, respecto al cual se ha destacado que el primer llamado a controlar la corrección del razonamiento inferencial y de las motivaciones del fallo es el propio juez

---

<sup>1068</sup> Se ha apuntado que conocer las razones del sentenciador puede servir incluso para que las partes evalúen las reales probabilidades de que prospere dicho recurso, RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales*, cit., p. 177.

<sup>1069</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 336.

<sup>1070</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, cit., p. 135.

de la causa, a fin de eliminar cualquier fundamento que responda a impulsos irracionales, ilógicos o meramente subjetivos, que por ello carezcan de las condiciones para ser comunicados a otros sujetos y, en consecuencia, no puedan ser examinados ni compartidos por ellos<sup>1071</sup>. Esta cuestión conlleva, además de que el juzgador despliegue toda su labor y conocimiento para obtener desde la primera sentencia la mejor solución posible para el caso concreto, que este no debe perder de vista que quedará al arbitrio de los litigantes el sometimiento de esta decisión al control de su superior jerárquico, el que, como lo hemos visto en apartados previos, estará dotado de plenas facultades para analizar todos los elementos del proceso. De este modo, si el juez del fondo pretende emitir un dictamen que resuelva el conflicto y salga airoso de la revisión del tribunal *ad quem*, debe cumplir con altos estándares de calidad y racionalidad. Por lo anterior, está llamado a poner más atención en construir argumentaciones que puedan ser comprendidas y compartidas por todos aquellos que se ven afectados de una u otra forma por la decisión<sup>1072</sup>.

Lo dicho empalma con el papel que cumple la motivación respecto al tribunal de segundo grado, que como lo hemos destacado, está investido de las competencias para controlar la decisión del juez del fondo, tanto en su aspecto fáctico como en el jurídico, pudiendo analizar todos los antecedentes, alegaciones y pruebas que constan en el proceso, como asimismo pronunciar una nueva sentencia sobre el caso. De ahí que aunque el tribunal de segunda instancia no es el destinatario principal ni necesario del ejercicio justificativo del juez *a quo* -que en primer término debe intentar convencer al vencido de que las razones para dictaminar en su contra son válidas a la luz de la razón y el Derecho, lo que obviamente no siempre conseguirá hacerlo renunciar a su intención de impugnar la sentencia-, sí está dotado de todo el poder para dejar sin efecto el trabajo resolutivo realizado en la primera instancia, si es que el apelante así se lo ha solicitado y con ello no contraviene la prohibición de la *reformatio in peius*. El texto de la motivación permite a las partes fundar su recurso y al mismo tiempo le sirve al juez revisor para juzgar mejor la concurrencia del gravamen que alega el recurrente, pues mediante la motivación adquieren existencia verificable los vicios que afectan la decisión. Por ende, la motivación permite que el tribunal *ad quem* analice tanto el

---

<sup>1071</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación*, cit., p. 86.

<sup>1072</sup> RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales*, cit., p. 176.

contenido de la sentencia como el grado de fundamentación de la impugnación, con miras a determinar la confirmación o revocación del fallo de primer grado<sup>1073</sup>.

Por último, se ha indicado que la motivación también está dotada de una dimensión extraprocesal, pues entre sus destinatarios debe entenderse incluido al conjunto de los ciudadanos, quienes, así como los órganos y personas directamente involucrados en el proceso, también tienen la posibilidad de desarrollar una labor de control sobre la forma en que los órganos jurisdiccionales realizan su trabajo y los resultados que se obtienen del mismo. Este control, que se ha calificado por TARUFFO como “*generalizado y difuso*”<sup>1074</sup>, implica el reconocimiento de una vertiente política de la forma en que la Administración de Justicia ejerce el poder que se le ha conferido.

Así las cosas, el hecho de darle publicidad a las razones que ha tenido el tribunal para resolver de una forma determinada permite que ellas sean conocidas por las partes y por la sociedad en general, dando paso al control democrático de la actuación del poder estatal, respecto a lo cual se prohíbe todo atisbo de abuso y arbitrariedad. En efecto, en un sentido más general se ha destacado que la motivación constituye la manifestación específica de un *principio de controlabilidad* sobre el actuar de todos los órganos estatales, el que debe ser considerado como un elemento esencial dentro de la noción moderna de Estado de Derecho<sup>1075</sup>. Pues bien, la motivación permite mostrar que el propio órgano jurisdiccional se ha sometido a la observancia de ordenamiento jurídico tanto en el desarrollo de su actividad como en la toma de decisión acerca del conflicto<sup>1076</sup>.

### **c) La motivación racional de los hechos**

En relación con la *quaestio facti* del juicio jurisdiccional, el sentenciador debe ser capaz de exponer en su fallo cómo ha empleado la razón para arribar a un convencimiento acerca de los hechos de la causa, sabiendo que necesariamente las inferencias inductivas o deductivas que haya construido serán objeto de análisis y crítica intersubjetiva<sup>1077</sup>. En este sentido, el relato de hechos probados será el que se utilizará para controlar la racionalidad del resultado del juicio, pues en él el juez debe explicar

---

<sup>1073</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 341.

<sup>1074</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 361.

<sup>1075</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 360.

<sup>1076</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, cit., p. 29. En el mismo sentido, ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 138.

<sup>1077</sup> ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y motivación*, cit., p. 83.

por qué han quedado o no acreditadas las alegaciones fácticas de los litigantes, para lo cual solo puede recurrir al cúmulo de elementos probatorios que ha sido incorporado. De esta manera, la limitación de fuentes materiales de las que el tribunal debe extraer sus conclusiones fácticas constituye la primera instancia de control de razonabilidad de la decisión emitida, tanto para el propio ente decisor como para el resto de los órganos e individuos. En efecto, entre los beneficios de la motivación racional se cuenta que ella permite que las razones del fallo sean conocidas y fiscalizadas por sujetos diferentes al sentenciador, pero para que ello sea efectivo se hace necesario que los antecedentes materiales utilizados por el juez estén al alcance de todos quienes pretendan llevar a cabo el control de la sentencia, vale decir, que estos datos formen parte del expediente judicial cuya decisión se examina. Por ende, más allá de que al juzgador no le está permitido adoptar su decisión acudiendo a elementos ajenos al proceso debido a la vigencia del principio de justicia rogada, si de igual forma se sirviera de medios de convicción extraños a la causa, malamente se podría controlar la corrección de la decisión, pues se carecería de una constancia cierta acerca del contenido de los antecedentes que efectivamente fueron empleados, razón más que suficiente para que una sentencia de este tipo no tenga cabida.

Así las cosas, el dictamen debe dar cuenta de un vínculo efectivo entre los medios de prueba que han sido válidamente practicados en el juicio oral -además de aquellos recibidos fuera de él, de acuerdo con la ley- y las conclusiones fácticas a las que ha llegado el sentenciador, por lo que la motivación del fallo debe dejar en evidencia los razonamientos que conectan a unos y otros<sup>1078</sup>. Con esto no solo se impide que el juicio jurisdiccional sea el producto de la labor de un juez que extrae sus decisiones desde sus impulsos subjetivos, sus conocimientos personales o su prolífica imaginación<sup>1079</sup>, sino que se ayuda a garantizar la existencia de un tribunal que se atiene al material del proceso y que es capaz de establecer conexiones entre sus distintos componentes, lo que le permite reconstruir el desarrollo de los hechos en un nivel aceptable para el resto de los sujetos.

En cualquier caso, las condiciones antedichas son necesarias mas no suficientes para que el discurso argumentativo de los hechos pueda ser calificado de racional, pues aunque el juez se limite al material obrante en el proceso y a partir de este elabore conclusiones para justificar los hechos probados, perfectamente es posible concebir un

---

<sup>1078</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, Cizur Menor, 2012, p. 617.

<sup>1079</sup> GORPHE, François, *Apreciación judicial de las pruebas*, cit., p. 19.

escenario en que dichos resultados atenten contra la razón, la lógica o los saberes científicos consolidados. En consecuencia, es claro que la consecución de conclusiones fácticas racionales -y por consiguiente de un fallo con las mismas características- solo será posible como resultado de un ejercicio intelectual que respete las reglas universales para la construcción del conocimiento válido y la resolución de problemas, que en todos los casos resulten objetivas y controlables.

Desde luego, una actividad con tales características solo puede ser desarrollada siguiendo protocolos básicos de actuación que gocen de un reconocimiento de la comunidad debido a su validez lógica, científica, técnica y/o social, de modo que su empleo sirva para alcanzar conclusiones fácticas que cuenten con la densidad suficiente para superar cualquier control de racionalidad que se pueda desplegar en torno a ellas. De ahí que es necesario e imprescindible contar con criterios generales de racionalidad que siendo empleados por el juez colaboren en la minimización del peligro de que la valoración de las pruebas sea expresión de la arbitrariedad y el abuso del poder jurisdiccional<sup>1080</sup>. Si bien esto a primera vista puede parecer extremadamente difícil, cuando no impracticable, más aún para un juez que en general carece de conocimientos científicos o técnicos ajenos al campo jurídico -situación que más que ser entendida como un obstáculo para el cumplimiento de los estándares planteados, debe ser leída como una deficiencia del sistema que requiere ser superada con urgencia-, el hecho de contar con parámetros serios, objetivos y contrastados terminará por facilitar el trabajo judicial, pues ellos proveerán de puntos de apoyo sólidos para elaborar todo el entramado de razonamientos y conclusiones respecto a los hechos de la causa.

Con esto de ninguna manera se pretende abogar por un modelo que siga las lógicas del sistema legal de valoración probatoria, en que el tribunal debe asignarle un valor determinado a las evidencias que cumplan con ciertas condiciones, pues los criterios que se tienen en mente no obligan al juez a otorgarle ningún mérito preciso y determinado a cada una de las pruebas, sino que únicamente se trata de lineamientos generales que sirven para asegurar el respeto de la racionalidad en la emisión de la sentencia. Más aún, ellos no poseen la capacidad para determinar de antemano el resultado del pleito ni permiten concebir solo una conclusión posible acerca de los hechos, pues los parámetros no obstan a que el sentenciador esté dotado de plena libertad tanto para establecer relaciones e interconexiones entre los diferentes elementos

---

<sup>1080</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 422.

del proceso como para arribar a su solución particular del caso. De modo que más que asegurar un valor concreto de la prueba o un cierto resultado del asunto, el empleo de sólidos criterios objetivos viene a garantizar la presencia de la razón en la emisión del juicio jurisdiccional.

De esta forma, para conseguir la justificación racional de un dictamen no basta con que el juez exteriorice cada uno de los motivos que ha tenido en consideración, agregándoles, por ejemplo, la simple aseveración que ellos se han construido siguiendo los dictados de la lógica y la razón, sino que además será perentorio exponer los pautas de las que se ha servido para establecer la *quaestio facti*, ya que ellas serán los instrumentos que permitirán fiscalizar si el fallo cumple o no con las exigencias que se han relatado. Obviamente, esto también trae a colación el requerimiento de que los parámetros que sirvan de base para la construcción de las inferencias cuenten con la consistencia que les habilite para superar el umbral de racionalidad y objetividad, ya que si no fuera de este modo, todo el ejercicio justificativo posterior, así como la decisión misma, cederían fácilmente ante los embates de las partes y del tribunal superior que eventualmente conozca de la causa<sup>1081</sup>.

En suma, solo podemos entender cumplido el deber judicial de motivación, en relación con el componente fáctico del proceso, cuando el sentenciador expone de forma expresa, clara y precisa el ejercicio intelectual que le ha permitido extraer las conclusiones que sustentan su decisión, actividad que debe consistir en la concepción -a partir del material probatorio incorporado al proceso- de inferencias lógicas y racionales fundadas en elementos de juicio válidos y objetivos que debe explicitar. Lo trascendental de esto, para ir desde ya avanzando algunos resultados generales de esta investigación, radica en que todo fallo que sea motivado de acuerdo con estos estándares podrá ser sometido perfectamente al control del tribunal *ad quem*, que puede servirse de los mismos criterios generales expuestos por el juez del fondo para volver a enjuiciar todo el material obrante en autos.

Aplicando estas proposiciones en el terreno de la valoración de las pruebas de declaración de personas, es evidente la necesidad de identificar los criterios que permitirán al juez obtener un resultado que cumpla con las exigencias de racionalidad, objetividad y controlabilidad, para lo cual es imperioso volver la mirada hacia la psicología del testimonio, pues, como se sabe, esta es una ciencia que en las últimas

---

<sup>1081</sup> IACOVIELLO, Francesco M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 8.



décadas nos ha provisto de una serie de conocimientos objetivos y verificables que permiten llevar a cabo una correcta apreciación de las declaraciones y que descartan de plano toda referencia o utilización que en esta tarea se pueda hacer de cuestiones meramente intuitivas o subjetivas, carentes de bases científicas sólidas. Por ende, no puede el tribunal pretender -y los litigantes y ciudadanos aceptar- que una sentencia justa, racional y lógicamente admisible pueda fundarse en elementos fisiológicos, actitudinales o paraverbales de los declarantes, pues ellos no cuentan con el sustento de las conclusiones de los modernos estudios sobre el testimonio. De hecho, en el capítulo segundo de este trabajo se han analizado en extenso las razones que llevan a negar todo valor a los resultados de declaraciones que se han conseguido siguiendo las orientaciones de teorías fisiológicas o conductistas.

Solo será posible dotar de racionalidad al aspecto fáctico de la sentencia cuando el mérito de las pruebas personales se establezca desde el análisis del contenido verbal de las declaraciones, dejando de lado toda consideración por la persona del declarante. Desde luego, como se expuso *supra*, el examen del contenido de la declaración deberá realizarse siguiendo una serie de parámetros de racionalidad que fueron detallados en su oportunidad y que permiten al sentenciador justificar los niveles de veracidad y exactitud que le ha asignado a los dichos de cada uno de los deponentes, todo lo cual evita que sus conclusiones puedan ser tachadas de caprichosas, espurias o fruto de su voluntarismo.

### **C) La inmediación y las pruebas personales en segunda instancia**

Teniendo presente todo lo recogido en las páginas precedentes, es dable afirmar, sin miedo a equivocarnos, que el principal acto resolutorio de la primera instancia solo tendrá opciones de superar de forma satisfactoria el examen que supone el recurso de apelación si el juez del fondo justifica debidamente la solución que ha estimado ajustada a las condiciones del conflicto, para lo cual es menester que haya arribado a un resultado razonado y razonable fundado en los materiales del proceso y en los criterios objetivos a los que nos hemos referido. Empero, como lo veremos, no existe consenso en que la motivación del fallo pueda dar cuenta efectiva de todos los elementos que han sido considerados por el tribunal *a quo* al momento de tomar su decisión, particularmente porque existiría un cúmulo de antecedentes y datos útiles para la reconstrucción de los hechos y, en particular, para fijar correctamente el mérito de las

declaraciones de personas, que únicamente estaría disponible para el juez que ha tenido contacto directo con los declarantes. Vale decir, únicamente el sentenciador que ha visto, oído e interactuado con las partes, testigos y peritos podría conseguir cierta información que le permitiría fijar acertadamente el mérito de las deposiciones.

Esta postura defiende la idea que la inmediación que se produce en primera instancia entre el juez, los litigantes y las pruebas es fuente de un conocimiento privativo para quienes han intervenido en el juicio oral, pues su participación personal y directa en este acto procesal permite proveerlos no solo de los componentes objetivos del declarante y su testimonio, sino que al mismo tiempo de una serie de impresiones, sensaciones e intuiciones subjetivas que cumplen un papel necesario e insustituible para determinar de forma correcta el nivel de convicción de lo relatado, pero que, dada su naturaleza, no admiten ser exteriorizadas por escrito en el texto de la sentencia<sup>1082</sup>.

Planteadas así las cosas, el sentenciador de segunda instancia no contaría con todas las herramientas para determinar el valor de las declaraciones que se han practicado en el primer grado, pues siempre se tratará de un tribunal que carece de una relación inmediata con las pruebas personales, lo que acarrearía como consecuencia que:

a) Si bien en abstracto el recurso de apelación dota al tribunal *ad quem* de plenas competencias para valorar la prueba, pues lo sitúa ante los materiales del proceso en una posición idéntica a la que ocupó el juez de primer grado, en la práctica solo cuenta con una porción de los datos necesarios para llevar a cabo la empresa con un alto grado de fiabilidad, lo que impediría otorgarle plenas garantías de certeza a los resultados que obtenga respecto a las declaraciones de personas;

b) Derivado de lo anterior, difícilmente el tribunal de segundo grado puede pretender ejercer funciones de control acerca de las conclusiones fácticas que se han adoptado en primera instancia. Si no cuenta con las herramientas para valorar las evidencias, tampoco las tiene para criticar la apreciación que ha realizado el tribunal del fondo, que a diferencia suya sí gozó de inmediación, gracias a lo cual tuvo a su disposición la totalidad de los antecedentes objetivos y subjetivos para llevar a cabo dicha labor. Menos aún el tribunal *ad quem* puede dictaminar la revocación de la sentencia de primera instancia debido a su disconformidad con el ejercicio valorativo que en este aspecto realizó el juez del fondo.

---

<sup>1082</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos, *El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de inmediación*, en Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, N° 16, 2005, p. 149.

Así, todo lo antes expuesto puede sintetizarse señalando que a raíz de la inmediación que se produce en primera instancia, la valoración de las pruebas personales sería inobjetable por parte del tribunal de apelación, lo que necesariamente traería como consecuencia que el ámbito de control de este medio de impugnación se vería reducido a las pruebas documentales, pues el órgano revisor no podría pronunciarse acerca de evidencias cuya práctica no ha presenciado<sup>1083</sup>. Por lo tanto, de acuerdo con esta perspectiva, el conflicto procesal generado entre el control pleno a que puede dar lugar el recurso de apelación y el respeto efectivo del principio de inmediación debe resolverse a favor de este último, y de hecho, así se ha sostenido expresamente, aunque en sede penal, por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 167/2002, en la que se estableció que no se reconocen iguales facultades de valoración para los órganos de primera y segunda instancia cuando se trate de pruebas que requieren inmediación y contradicción, lo que se fundamenta en el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>1084</sup>.

Sin lugar a dudas, la vigencia del principio de inmediación es deseable en todos los procesos judiciales, pues cumple un papel esencial para su adecuada sustanciación y el pronunciamiento de una sentencia óptima, de modo que nadie podría cuestionar la necesidad de asegurarle un rol efectivo. Más bien, el *quid* del asunto radica en la concepción que se defiende acerca de los efectos o, si se quiere, de los beneficios que la inmediación acarrea. Como se sabe, la doctrina y la jurisprudencia han optado

---

<sup>1083</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, 2005, p. 54.

<sup>1084</sup> En concreto, la línea jurisprudencial que se inicia con la STC 167/2002 se aplica a procesos penales en los que el tribunal *ad quem* resuelve transformar en condena una sentencia absolutoria de primer grado, decisión fundada en una nueva apreciación de las pruebas personales practicadas ante el juez del fondo. A partir de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional se hace eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quiebra la tendencia existente y decide que una acción de ese tipo por parte del órgano revisor vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues las pruebas personales requieren inmediación y contradicción para su apreciación, de modo que solo pueden valorarse con las debidas garantías por el juez o tribunal que ha presenciado directamente su práctica. Sobre esta materia ver, entre otros: ALHAMBRA PÉREZ, PILAR, *¿Es posible la revocación de sentencias absolutorias a través del recurso de apelación en el orden penal?*, en AA. VV., *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), *Estudios de derecho judicial*, N° 149, Madrid, 2007, p. 133; CLIMENT DURÁN, Carlos, *El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de inmediación*, cit., p. 135; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, *El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal*, en AAVV., *Constitución y garantías penales*, Miguel Menéndez de Luarca (Director), Cuadernos de derecho judicial, XV, Madrid, 2003, p. 15; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, *El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002*, en AAVV., *Constitución y garantías penales*, Miguel Menéndez de Luarca (Director), Cuadernos de derecho judicial, XV, Madrid, 2003, p. 291; VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Contradicción e inmediación en la práctica de las pruebas y su valoración en segunda instancia*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 563, 2003, p. 6.

mayoritariamente por afirmar que ella constituye un elemento insustituible para la valoración correcta de las declaraciones debido a toda la información conductual que pone a disposición del juzgador<sup>1085</sup>, lo que impediría de plano cualquier control que el tribunal *ad quem* pretenda realizar respecto a la valoración de las declaraciones que se efectuaron en el primer grado. Sin embargo, algunos autores sostienen que es posible dotar de inmediación al órgano de segunda instancia mediante la grabación y la posterior reproducción del acto de declaración, lo que permitiría llevar adelante el examen completo de apelación, aunque esta idea también cuenta con detractores, que no consideran asimilable la efectiva presencia en el acto de declaración con el visionado de un registro del mismo, lo que se analizará en las páginas siguientes.

### a) (In)compatibilidad entre inmediación y recurso de apelación

Como ya hemos apuntado en el capítulo primero, la inmediación constituye una de las herramientas esenciales para que el juez adquiera un conocimiento cabal sobre el contenido del proceso, especialmente de las pruebas<sup>1086</sup>, por lo que se ha calificado como una de las garantías básicas para el ejercicio de la jurisdicción<sup>1087</sup>. En este sentido, se ha remarcado que la relación e interacción que se produce entre el tribunal, las partes y los medios de prueba genera un escenario en que el juez puede acceder a todos los elementos necesarios para el pronunciamiento de la sentencia. De ahí que se haya recalcado que la inmediación constituye “*una de las vías principales por las que se alimenta la decisión del órgano jurisdiccional*”<sup>1088</sup>.

En términos generales se ha destacado que es la propia configuración del sistema la que establece la necesidad de que se genere una vinculación directa entre todos los

---

<sup>1085</sup> Entre otros: BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 158; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal*, cit., p. 319; CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 91; HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, cit., p. 52; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la intermediación entre las pruebas personales y el órgano jurisdiccional “*permite apreciar no sólo lo esencial de una secuencia verbal trasladado a un escrito por un tercero sino la totalidad de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron: permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho*” (SSTC 16/2009, de 26 de enero de 2009 (FJ5); 120/2009, de 18 de mayo de 2009 (FJ 6); 135/2011, de 12 de septiembre de 2011 (FJ 2); 144/2012, de 2 de julio de 2012 (FJ 4).

<sup>1086</sup> Ver *supra* p. 68.

<sup>1087</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 111.

<sup>1088</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, cit., p. 91.

intervinientes del proceso, por ser esta la única forma de asegurar una solución correcta del litigio. Así, se ha considerado que el recurso de apelación, con sus actuales características y ámbito de control, no tiene cabida en un proceso civil que, v. gr., se sustenta en la vigencia del principio de oralidad y en la valoración de la prueba conforme a la sana crítica, aspectos que no pueden satisfacerse en una segunda instancia carente de inmediación<sup>1089</sup>. De ahí que la posibilidad de que el tribunal de apelación dicte una sentencia revocatoria teniendo como fundamento una prueba que no ha recibido personalmente, ha sido calificada como una *quiebra* de la inmediación<sup>1090</sup>.

En esta perspectiva, en primer lugar se ha estimado que todo proceso judicial en que se vulnere el principio de inmediación constituye una transgresión al debido proceso, toda vez que este dispone que el juez predeterminado por la ley es el único habilitado para dictar la sentencia del caso, lo que solo puede hacer si se ha vinculado de forma directa e inmediata con la prueba del proceso. Por consiguiente, no es compatible con la observancia al debido proceso ni con el respeto al principio de inmediación un recurso de apelación que abre una segunda instancia en la que se permite que la sentencia provenga de un tribunal que no ha presenciado la práctica de las pruebas, ya que se trata de una situación en que se desconoce el contenido esencial de ambos elementos<sup>1091</sup>. Resulta imprescindible que el juzgador forme su convicción acerca de los hechos litigiosos a partir de lo visto y oído en la diligencia<sup>1092</sup>, lo que impediría cualquier modificación que el tribunal de apelación quisiera realizar respecto a la valoración de pruebas personales<sup>1093</sup>.

Por su parte, la vigencia del principio de oralidad en el proceso civil también se ha visto como un obstáculo para la apelación. Quienes así lo afirman, apuntan que esto se debe a que la oralidad necesariamente trae consigo al principio de inmediación, pues en la práctica no es posible que se desarrolle un proceso oral sin que se produzca una

---

<sup>1089</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea*, en Homenaje a don Eduardo Font Serra, Madrid, 2004, p. 835.

<sup>1090</sup> DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil*, en Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Valencia, 2008, p. 239.

<sup>1091</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la "doble instancia")*, en Actualidad Penal, N° 12, 2002, p. 283. En este sentido, se ha aseverado que el principio de inmediación significa que "sólo quien ha presenciado la totalidad del procedimiento, oído las alegaciones de las partes y quien ha asistido a la práctica de las pruebas está legitimado para pronunciar la sentencia", GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1981, p. 227.

<sup>1092</sup> SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, cit., p. 40.

<sup>1093</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *El derecho a la doble instancia penal presente y futuro*, cit., pp. 27 y ss.

vinculación directa de todos los intervinientes, razón por la que la inmediación constituye una de las garantías necesarias para la plena vigencia de la oralidad<sup>1094</sup>. Así, la configuración de la primera instancia civil hace que esta se desarrolle con total respeto de la oralidad y la inmediación, situación absolutamente diferente de lo que puede observarse de la sustanciación de la segunda instancia, donde el juez solo se enfrenta a la constancia escrita que se ha levantado del desarrollo de los actos del proceso. Todo ello provoca que actualmente no sea posible sostener que ambos tribunales se encuentran en igual pie para pronunciarse sobre el proceso, pues mientras uno se ha vinculado directamente con las partes y las pruebas, el otro solo ha conocido de ellas mediante la lectura de las actas, diferencia que no se genera en un proceso tramitado por escrito<sup>1095</sup>. Esta situación encuentra un matiz cuando el proceso debe resolverse únicamente a partir de prueba documental, pues en este caso sí es posible asimilar la posición de ambos tribunales frente a la labor de reconstrucción de los hechos, lo que claramente no es procedente si se han practicado pruebas personales durante el primer grado<sup>1096</sup>.

En otro aspecto, hay quien sostiene que la inmediación aparece ligada estrechamente con el modelo vigente de valoración de la prueba. De este modo, en el sistema de la prueba legal, el sentenciador no tiene la necesidad ineludible de relacionarse sin intermediarios con las pruebas para poder apreciarlas de forma correcta, pues su tarea se limita a la aplicación de los criterios de valoración establecidos apriorísticamente por el legislador y a la posterior cuantificación de las pruebas practicadas. A diferencia de ello, dentro de un sistema de sana crítica, en que el juez no recibe ninguna orientación por parte del ordenamiento procesal, este solo puede llevar a cabo su tarea percibiendo por sí mismo el acto de la declaración, ya que únicamente así estará en posición de tasar el mérito probatorio de los dichos, exigencia que imposibilita cualquier ejercicio valorativo que pretenda realizar un tribunal que ha carecido de inmediación<sup>1097</sup>.

Desde otro enfoque, se ha apuntado que la inmediación constituye una garantía para la consecución de un mayor acierto en la valoración de la prueba y, por consiguiente, para el logro de un mejor fallo, de manera tal que la ausencia del tribunal

---

<sup>1094</sup> Por cierto, no todos están de acuerdo en la inevitabilidad del binomio. Ver *supra* p. 62.

<sup>1095</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 633.

<sup>1096</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *El proceso civil y su estructuración en dos instancias*, cit., p. 836.

<sup>1097</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Doble instancia y principio de inmediación*, cit., p. 279.

de apelación en la práctica de la prueba lleva a que las probabilidades de acierto de su decisión sobre el conflicto sean menores que las que pueden asignársele al juez del fondo que sí ha estado presente, más aún si en segunda instancia se modifica la decisión del primer grado debido a una valoración distinta de la prueba personal<sup>1098</sup>. Todo ello justificaría plenamente la limitación de las facultades que se le confieren al tribunal que conoce del recurso de apelación, no permitiéndose que pudiera revisar la valoración de las declaraciones. De lo contrario, se aceptaría abiertamente que en la segunda instancia se puede desatender el deber judicial de fijar de forma correcta los hechos litigiosos, o al menos se permitiría llevarlo a cabo de manera parcial, pues se consentiría en que el juez realizara su labor en ausencia de una salvaguardia esencial para la justicia y el acierto<sup>1099</sup>.

Esto debe entenderse dentro de un esquema en que se pretende que la Administración de Justicia cuente con todas las herramientas pertinentes para alcanzar un resultado óptimo en cada uno de los casos, objetivo que necesariamente requiere que todas las decisiones que se adopten dentro del proceso puedan ser igualmente atendibles y estén dotadas de la mismas garantías de certeza y justicia, lo que precisamente no ocurre dada la disparidad de condiciones en que se desarrollan las dos instancias. Más aún, el escenario actual empeoraría todas las probabilidades de obtener una sentencia final de alta calidad, ya que el órgano que carece de inmediación puede echar por tierra la decisión anterior. Vale decir, el que cuenta con el poder de revocación no goza de todos los elementos que resultan forzosos para llevar a cabo una tasación de la prueba libre de errores, lo que resta aceptabilidad a la decisión de este último y, por tanto, debilita el funcionamiento general del sistema. Por ende, la segunda sentencia no puede ser menos plausible que la primera, algo que solo se consigue si en la apelación el juez también tiene contacto con la prueba, o sea, si en el procedimiento que se sigue en ambas instancias se ha respetado, o ha tenido igual vigencia, el principio de inmediación<sup>1100</sup>.

En consecuencia, se postula derechamente que no es posible que el tribunal de apelación se dedique a la tarea de valorar pruebas que no ha presenciado directamente, sino que solo ha conocido a través de la labor del tribunal del fondo. Así, no podría decretar la revocación de la sentencia argumentando que existe un error en la

---

<sup>1098</sup> MORENO CATENA, Víctor, *El recurso de apelación y la doble instancia penal*, cit., p. 52.

<sup>1099</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal*, cit., p. 60.

<sup>1100</sup> RICCI, Edoardo, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, N° 1, 1978, p. 81.

apreciación del material probatorio, pues una situación de ese tipo merma las posibilidades de conseguir una valoración correcta de las pruebas y una sentencia acertada y justa<sup>1101</sup>. La inmediación no garantiza el acierto, pero es claro que mejora las perspectivas de éxito<sup>1102</sup>.

Ahora bien, el fundamento último de todas las objeciones para la compatibilidad inmediación/apelación a las que se ha hecho mención, tiene directa relación con la determinación exacta de cuán sinceros han sido los distintos declarantes que han comparecido ante el tribunal. En efecto, como ya se ha señalado en reiteradas ocasiones, los defensores de esta perspectiva alegan que la inmediación cumple un rol esencial para la fijación de la veracidad de las declaraciones, por lo que su ausencia provoca que los órganos jurisdiccionales a los que se le ha encargado el conocimiento de los recursos de apelación se vean limitados a la hora de actuar en esta materia. Se afirma que esta labor requiere atender a una serie de datos que se extraen desde la percepción visual y acústica de la declaración, pues ello permite constatar el comportamiento, el lenguaje no verbal y el estado emocional que el deponente evidencia mientras se efectúa la diligencia probatoria<sup>1103</sup>. Así, la inmediación serviría para acceder a un conjunto de aspectos que deben ser empleados para determinar el nivel de credibilidad de lo expuesto por el declarante, información de la que se ve privado el juez que no ha recibido personalmente los testimonios: gestos, actitud, seguridad, titubeos, tono de voz, pausas, palidez, sonrojo, nerviosismo, dirección de la mirada, etcétera<sup>1104</sup>. Se indica que el juez debe estar atento a todas estas señales externas del deponente, pues ellas le resultarán decisivas para formarse la convicción acerca de su veracidad o mendacidad y, por consiguiente, para asignar correctamente el mérito probatorio del testimonio respectivo. Indefectiblemente esta información no estará disponible para quien conozca

---

<sup>1101</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil*, cit., p. 114. También: MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 174.

<sup>1102</sup> CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, cit., p. 94.

<sup>1103</sup> BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Doble instancia y principio de inmediación*, cit., p. 287.

<sup>1104</sup> HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 50. En el mismo sentido: BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 158; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, cit., p. 94; CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 91; DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 199; EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 43; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368; VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, cit., p. 899.



el resultado de las diligencias probatorias a partir de la lectura de las actas, lo que le impide llevar a cabo un juicio de credibilidad acertado<sup>1105</sup>.

Como corolario de todo lo anterior, se postula que en la práctica debe prevalecer la valoración de las pruebas personales que se ha efectuado por el tribunal de primer grado, pues este ha realizado dicho ejercicio con pleno respeto de la oralidad e inmediación, o sea, con una percepción directa de lo actuado, algo de lo que el tribunal *ad quem* claramente carece. De este modo, se ha afirmado que la revisión que el recurso de apelación permite en esta materia debe circunscribirse a verificar que en la especie no se haya efectuado una valoración ilógica, absurda o arbitraria<sup>1106</sup>, sin que sea posible que el órgano fiscalizador discuta el mérito de convicción que se ha asignado a las pruebas personales ni el relato de los hechos que se ha tenido por probado teniendo en consideración estas evidencias.

Todo lo relatado en este apartado atiende básicamente a una concepción que le otorga a la inmediación juez/pruebas personales, más ventajas o “poderes” que las que en nuestra opinión se generan. En efecto, como ya lo hemos expuesto<sup>1107</sup>, optamos por considerar que la inmediación no puede ser empleada como un elemento para valorar la prueba, sino como una herramienta que sirve al juez para obtener toda la información que las declaraciones personales puedan dar de sí, para luego, a partir de dicha información tasar el mérito de convicción de sus resultados. Vale decir, la presencia del juez en el acto de las declaraciones únicamente le permite requerir de los deponentes, si así lo estima procedente, todos los datos complementarios, aclaratorios y/o rectificatorios que se desprendan de los hechos declarados, no para observar el comportamiento del declarante particular y desde ahí tasar la credibilidad de sus dichos.

Por cierto, los argumentos a favor de esta concepción parten de la necesidad de asegurar la presencia y el respeto de la racionalidad a lo largo del desarrollo de todo el juicio jurisdiccional, cuestión a la que hicimos mención a raíz de la motivación de la decisión. Esto exige depurar el proceso de todo tipo de cuestiones meramente intuitivas o sensoriales y a la vez conseguir que el sentenciador se apoye en elementos objetivos y controlables para elaborar su sentencia, propósito en el que claramente no encuentra

---

<sup>1105</sup> GIMENO SENDRA, Vicente, *La inmediación en la 2ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, en Diario La Ley N° 6876, 5 de febrero de 2008, p. 3.

<sup>1106</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 637. Asimismo: CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*, cit., p. 266; PÉREZ ASENJO, Ana, *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil, Joan Picó i Junoy y Xavier Lluch (directores), Barcelona, 2008, p. 153.

<sup>1107</sup> Ver *supra* p. 74.

cabida un ejercicio que pretenda identificar señales externas que pueden ser leídas como indicadores de mendacidad, pues ellas no responderán siempre y en todos los casos a una intención deliberada del declarante de engañar a su interlocutor. Por el contrario, entendida la inmediación como un instrumento para proveer de información acerca de los hechos litigiosos, no de las intenciones del deponente, encuentran pleno asidero los criterios objetivos de valoración que se han propuesto al final del capítulo anterior, todo lo cual configura una perspectiva que permite conciliar inmediación y apelación. Más adelante volveremos sobre este punto.

## **b) El visionado del juicio oral**

Entre aquellos que optan por el empleo de teorías psicológicas conductistas para valorar debidamente las declaraciones personales, se ha defendido la posibilidad de servirse del visionado de la grabación del juicio oral durante la tramitación de la segunda instancia. De esta manera, al percibir el registro audiovisual, el tribunal *ad quem* podría observar el comportamiento del declarante durante el desarrollo de la diligencia probatoria, lo que le habilitaría para valorar acertadamente esta prueba y de paso permitir que se lleve a cabo en toda regla el control amplio que se propone mediante el recurso de apelación. Se considera que esta sería una forma válida para dotar al órgano revisor de la inmediación que no posee, como asimismo para respetar y darle plena vigencia a este principio<sup>1108</sup> o, al menos, para garantizar que no se le provoque un quebranto excesivo<sup>1109</sup>.

Conocida la imposibilidad de reiterar la práctica de las pruebas ante el tribunal de apelación, se afirma que la grabación informática de las declaraciones resultaría suficiente para colocar al juez de segundo grado en una situación igual, o al menos muy similar, a la que tuvo el sentenciador del fondo respecto a la percepción de las pruebas, salvo por la imposibilidad obvia de interactuar con los intervinientes<sup>1110</sup>. Por ende, aun cuando se discutiera que en la especie se genera una situación de verdadera inmediación, en el peor de los casos el resultado obtenido sería bastante mejor que el

---

<sup>1108</sup> SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, cit., p. 86.

<sup>1109</sup> CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*, cit., p. 266. También ver: HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, cit., p. 70.

<sup>1110</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador*, en *Jueces para la democracia*, 2003, N° 48, p. 87. En el mismo sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos, *El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de inmediación*, cit., p. 142; GIMENO SENDRA, Vicente, *La inmediación en la 2ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, cit., p. 3.

que se logra con la mera lectura de las actas escritas<sup>1111</sup>, pues en este supuesto, el tribunal de apelación, cumpliéndose las condiciones técnicas adecuadas, puede adquirir de forma indirecta toda la información que le es necesaria para examinar la labor del juez *a quo*, valorar nuevamente las pruebas personales y arribar a una solución original del litigio<sup>1112</sup>. En síntesis, se afirma que el visionado permitirá que “*las posibilidades valorativas del tribunal ad quem no sean muy inferiores cualitativamente a las disfrutadas en su momento por el juez a quo*”<sup>1113</sup>.

Así las cosas, se ha postulado que esta es una posibilidad cierta y viable para salvar el problema de ausencia de intermediación de que adolece el tribunal de segunda instancia, ya que a pesar de las limitaciones evidentes, permite que el juez aprecie todo el conjunto de información no verbal y paraverbal que acompaña a las distintas declaraciones, lo cual mejorará de forma notable las probabilidades de acierto en la decisión del conflicto<sup>1114</sup>. Para ello, será necesario contar con los mecanismos e instrumentos técnicos óptimos para producir un registro fiel de todo lo que ha ocurrido en la audiencia durante la declaración de las personas. En concreto, se requiere captar un audio de buena calidad y una imagen clara y nítida del declarante, que a su vez haya sido obtenida desde una distancia adecuada para conseguir una grabación suficientemente detallada de su rostro y sus cambios de expresión<sup>1115</sup>, ya que el objetivo es que el sentenciador de segunda instancia pueda ser capaz de observar el lenguaje corporal del declarante, sus muestras de nerviosismo, sonrojo, ademanes, titubeos, firmeza de la voz, inflexiones, silencios, dirección de la mirada, etcétera<sup>1116</sup>. Así, aun cuando la percepción no será exactamente igual a la que obtendría gracias a la presencia directa en las declaraciones, cuando la grabación se realice a través de los medios apropiados, ella será suficiente para advertir al menos los aspectos esenciales de los gestos, actitud y desenvoltura de las personas en el momento de la deposición, como

---

<sup>1111</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos, *La oralidad y la segunda instancia civil*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008, p. 468.

<sup>1112</sup> PÉREZ ASENJO, Ana, *La valoración de la prueba en segunda instancia*, cit., p. 152.

<sup>1113</sup> MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 365.

<sup>1114</sup> SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, cit., p. 145.

<sup>1115</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos, *El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de intermediación*, cit., p. 146.

<sup>1116</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol. 108, N° 3, 2009, p. 58. De hecho, se ha remarcado que el visionado es igual de inmediato, pues permite percibir la totalidad de lo dicho, su modo y contexto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la garantía de intermediación no es lo mismo el cine que le teatro (STC 120/2009)*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 9, 2010, p. 101.

también la integridad de sus palabras y la forma en que las han emitido<sup>1117</sup>. De esta manera, el tribunal *ad quem* puede nutrirse de todos aquellos elementos que anteriormente quedaban por completo fuera de su alcance, pues no siendo el acta escrita capaz de dar debida cuenta de ellos, permanecían en el fuero interno del juez del fondo, único que podía conocerlos gracias a la inmediación. El tribunal de segunda instancia puede usar los mismos recursos que utilizó el juez del fondo al momento de valorar la prueba, incluyendo al cúmulo de aspectos que acompañan a las palabras que conforman la declaración<sup>1118</sup>.

Por tanto, siendo suficiente el registro audiovisual para dotar de inmediación al tribunal *ad quem*, se ha indicado que los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha emitido en sede penal en relación con este asunto -que en términos muy simples sostiene que el visionado no basta *per se* para que el órgano de segunda instancia realice una nueva valoración de las pruebas personales<sup>1119</sup>- solo debe ser aplicada cuando la grabación y/o la reproducción de ella no existen, no pudieron llevarse a cabo o cuando ellas no sean de una mínima calidad para permitir que el tribunal revisor pueda percibir todos los aspectos que se han mencionado<sup>1120</sup>.

Sin embargo, no todos están de acuerdo en que el visionado de la grabación del juicio da paso a un escenario que puede ser considerado como un equivalente de la relación inmediata que se produce entre el juez de primera instancia y las pruebas, y por tanto, idóneo para colocar al tribunal *ad quem* en una situación de igual naturaleza a la que disfrutaba el sentenciador del fondo<sup>1121</sup>. De hecho, aun aceptando que la utilización de imagen y sonido es mejor que la lectura de actas escritas para que el tribunal revisor tome conocimiento de las pruebas practicadas, se afirma que esto no consigue sustituir a la verdadera inmediación<sup>1122</sup>. Esto se deberá tanto a que el juez no podrá intervenir en el

---

<sup>1117</sup> JORGE BARREIRO, Alberto, *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)*, en *Jueces para la democracia*, 2003, N° 48, p. 79.

<sup>1118</sup> GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles*, cit., p. 82.

<sup>1119</sup> En relación con este punto el Tribunal Constitucional ha afirmado que el visionado de la grabación audiovisual solo facultará al tribunal de apelación para realizar una nueva valoración de las pruebas personales, cuando convoque a una audiencia pública y contradictoria con el fin de oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral (SSTC 120/2009, de 18 de mayo de 2009 (FJ 6); 2/2010, de 11 de enero de 2010 (FJ 3)).

<sup>1120</sup> PICÓ I JUNOY, Joan, *Valoración de la prueba y segunda instancia civil*, cit., p. 61.

<sup>1121</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 636. En igual sentido: MORENO CATENA, Víctor, *El recurso de apelación y la doble instancia penal*, cit., p. 54.

<sup>1122</sup> Algo que no solo se refleja en cuanto a la inmediación, pues se ha sostenido que la documentación audiovisual tampoco impide que la oralidad siga reñida con la segunda instancia, GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús, *Oralidad, inmediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en*

desarrollo de los interrogatorios, realizando nuevas preguntas, como a que el registro audiovisual no le permitirá adquirir las mismas percepciones y apreciaciones que aquel que ha visto y oído directamente a los declarantes a través de sus sentidos, pues la grabación no siempre podrá recoger debida y completamente todas las reacciones, gestos y expresiones de quien declara, lo cual lo dejará en una posición desventajosa para llevar a cabo el juicio de credibilidad<sup>1123</sup>. Dicho de otra forma, se señala que ni los sistemas de grabación digital de la mejor fidelidad y calidad disponibles serán capaces de situar al tribunal *ad quem* en la posición privilegiada del juez del fondo<sup>1124</sup>.

De ahí que desde otra perspectiva se haya propuesto que la mejor opción para establecer una relación directa entre el tribunal de apelación y las pruebas personales es su repetición durante la segunda instancia, pues este sería el único mecanismo viable para formar su convicción en iguales condiciones que el juez del fondo. Si así se hiciera, el órgano revisor se encontraría plenamente legitimado para modificar la valoración que en el primer grado se haya realizado de las declaraciones, pues contaría con toda la información para llevar a cabo una nueva apreciación del nivel de credibilidad que es posible asignarle a los testimonios y, como consecuencia de ello, modificar el relato de hechos que se dieron por probados<sup>1125</sup>.

Desde luego, tanto la alternativa de poner a disposición del tribunal de segunda instancia el registro audiovisual de las declaraciones como la de realizar nuevamente ante este dichos actos probatorios se tornan improcedentes dentro de un modelo de valoración centrado en el análisis del contenido verbal de cada una de las deposiciones. Desde esta óptica desaparece cualquier necesidad de contar con información que escape de lo estrictamente declarado por la parte o testigo, pues los datos de ese carácter no pueden ni deben ser tomados en consideración por el examinador al momento de asignar el peso probatorio de lo expresado durante la diligencia. De esta forma, dado

---

*el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud*, en AA. VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008, p. 92.

<sup>1123</sup> CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *El proceso civil y su estructuración en dos instancias*, cit., p. 835. También ver: DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil*, cit., p. 240. En efecto, en relación con la insuficiencia de la grabación se ha indicado que “[s]ólo el material grabado obtenido por un profesional manejando la cámara lograría transmitir no sólo la imagen y el sonido, sino también aspectos añadidos pero no desdeñables de las declaraciones, matices, emociones, etc.”, FERRER GARCÍA, Ana María, *La segunda instancia penal, algo más que un recurso*, en AA. VV., *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), Estudios de derecho judicial, N° 149, Madrid, 2007, p. 88.

<sup>1124</sup> ABEL LLUCH, Xavier, *El interrogatorio de las partes*, cit., p. 72.

<sup>1125</sup> DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil*, cit., p. 241. En el mismo sentido: CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La segunda instancia penal*, cit., p. 73; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, *El recurso de apelación*, cit., p. 303; HERRERA ABIÁN, Rosario, *La inmediación como garantía procesal*, Granada, 2006, p. 69.

que el método de apreciación de las pruebas personales que se ha propuesto en este trabajo extrae todo el material necesario desde los dichos del declarante, para que el tribunal de apelación pueda realizar un control amplio sobre las conclusiones fácticas a que se ha llegado en primera instancia basta con que disponga de un registro fiel de lo declarado, el que puede adoptar la forma de una grabación de audio o de una transcripción de los dichos, no siendo oportuno ni forzoso que el sentenciador vea el comportamiento y las reacciones del deponente. Más precisamente, y sin negar de ninguna forma la importancia que la relación directa entre el juez y los deponentes tiene para el esclarecimiento de los hechos, podemos estimar que el instrumento óptimo para hacer llegar el registro de las declaraciones al tribunal de segundo grado es la transcripción íntegra de las mismas, pues como se dijo cuando se trató el tema de la evaluación de validez de las declaraciones<sup>1126</sup>, la lectura de los relatos impide que el juzgador se vea de alguna manera influenciado en su tarea apreciativa por la presencia de elementos no verbales o paraverbales que pueden quedar de manifiesto en grabaciones de audio y/o de video, pues se trata, querámoslo o no, de información de la que no resulta fácil abstraerse, más aun cuando en las relaciones sociales cotidianas se le atribuye la idoneidad para detectar las intenciones mendaces de nuestros interlocutores<sup>1127</sup>.

### **c) Inmediación y racionalidad**

Cualquiera sea la perspectiva que se defienda acerca de la función y utilidad que la inmediación supone, no se debe desatender que es imprescindible que ellas se concilien con el desarrollo de un trabajo racional a través de todo el *iter* procesal. De esta forma, solo a la luz de la razón podrá determinarse cuál es la opción correcta acerca del papel que esta garantía está llamada a desempeñar en la sustanciación de los procesos judiciales. Vale decir, la vigencia de la inmediación no está exenta de la necesidad de salvaguardar la racionalidad, de modo que no es aceptable que la comunicación personal entre los intervinientes y materiales del proceso pueda ser fuente de irracionalidad. Por ello, solo es dable considerar que los beneficios que el tribunal

---

<sup>1126</sup> Ver *supra* p. 284.

<sup>1127</sup> En este sentido, se ha afirmado que el juez está expuesto a impresiones inmediatas provocadas por el comportamiento del testigo, las que pueden afectarlo al momento de valorar la fiabilidad de la declaración respectiva, TARUFFO, Michele, *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, en *Discusiones*, N° 3, 2003, p. 82.

obtiene del respeto de la inmediación son aquellos que pueden ser justificados conforme a la razón.

Enfrentados a este panorama parece claro que no es posible aceptar que el sentenciador forme su convicción sobre la veracidad del declarante a partir del estado íntimo que le genere su interacción personal con él, pues un convencimiento de este tipo, aunque en definitiva pudiera resultar acertado, se habrá conseguido sin el empleo de la razón, lo que resta toda legitimidad democrática a la decisión respectiva, poniendo en tela de juicio la existencia de un respaldo soberano para proceder a su cumplimiento. En efecto, a pesar de que el poder jurisdiccional no puede ni debe ser empleado de forma irracional o arbitraria, cada vez que se considera a la inmediación como un instrumento suficiente para que el juez alcance certeza sobre los hechos se obvia la exigencia de que el sentenciador se sirva de su razón para encontrar la solución del litigio, permitiéndosele que se asile en cuestiones que terminan siendo totalmente subjetivas. No puede negarse que posiblemente para el juez no será menor la tentación de fallar conforme a su intuición, pues esto se aprecia como una tarea mucho más sencilla frente a la necesidad de racionalizar cada uno de los aspectos de su decisión<sup>1128</sup>. No obstante, en lo que concierne al ejercicio de la función judicial, más que en la facilidad de la tarea del juez, el acento debe estar puesto en la corrección y legitimidad de la resolución, aspectos en los que claramente no tienen cabida percepciones extrasensoriales.

Aun cuando se alegara que al desatender la información no verbal y paraverbal que puede extraerse desde la observación de los deponentes se está privando al sentenciador de acceder íntegramente al provecho que puede conseguir de su relación directa con las pruebas personales, el aseguramiento de la presencia de la racionalidad en todas las etapas del proceso judicial exige rechazar el empleo de la inmediación como un medio que permita por sí mismo conocer la verdad de los hechos. Si la inmediación se entiende como la vía para conocer la conducta durante la declaración, la irracionalidad se manifiesta desde dos puntos de vista:

1.- Al pretender que se garantice al juez la observación del comportamiento del declarante durante el desarrollo de la diligencia, lo que se está haciendo es conferir a este componente el carácter de medida de veracidad y, por consiguiente, de fijación del peso probatorio del relato. Sin embargo, con esto se olvida que la información que

---

<sup>1128</sup> RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales*, cit., p. 176.

puede extraerse desde los cambios conductuales es siempre ambigua, por lo que no es posible sostener que el conjunto de señales externas tiene la capacidad de servir como indicador objetivo y verificable de las intenciones ocultas y mendaces del deponente.

Todo el conocimiento que se construye a partir de la percepción sensorial de la conducta del declarante carece de certezas en cuanto a su real significado, debido a lo cual no puede ser empleado para arribar a conclusiones firmes acerca de la credibilidad de los declarantes. En el fondo, el problema radica en emplear los signos exteriores del deponente como vara de certidumbre para tasar los relatos de partes y testigos, pues esto provoca que las conclusiones que se consigan no estén dotadas de suficiente solidez. Recordemos que, a propósito del análisis del comportamiento no verbal como indicador de mentira, se expuso que este sistema se ha criticado debido a que la constatación visual de alguna conducta que suele vincularse al engaño de ninguna manera es suficiente para establecer con certeza que en la especie se está intentando embaucar al interlocutor, pues cada una de las supuestas evidencias de mentira también pueden tener su explicación en otros estados emocionales o internos del sujeto<sup>1129</sup>. Por tanto, las conclusiones a que puede arribarse en esta materia estarán frecuentemente expuestas al error, ya que se construyen desde postulados débiles e inciertos que transforman a la intermediación en la puerta de entrada de subjetivismos y voluntarismos en la labor judicial<sup>1130</sup>.

2.- Por otra parte, el asunto también puede ser analizado desde el influjo que la comunicación no verbal y paraverbal produce sobre la persona del juez, ya que a partir de la conducta del declarante se genera una sensación emotiva e interior en el sentenciador, que es la que en definitiva le lleva a creer o no en el relato que se le presenta. Se trata de un estado anímico e íntimo que se despierta en el juez al observar al declarante y que no puede ser objetivado ni contrastado, pues difícilmente los terceros estarán en condiciones de conocerlo a cabalidad.

Si el juez renuncia a la utilización de su razón y se limita a seguir el dictado de sus emociones e intuiciones al momento de valorar la prueba, se corre el peligro inminente de que este ejercicio solo sea la expresión de su mero arbitrio<sup>1131</sup>. Por este motivo no es posible aceptar que la interpretación que el sentenciador ha realizado de

---

<sup>1129</sup> Ver *supra* p. 274.

<sup>1130</sup> En este sentido, GORPHE señalaba que cuando más frágiles y expuestas a error sean las pruebas, mayor es la obligación del juez de comprobarlas y controlarlas, lo que obliga particularmente en materia de testimonio, GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, cit., p. 10.

<sup>1131</sup> TARUFFO, Michele, *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, cit., p. 82.



los gestos, ademanes y entonación del deponente sirva de fundamento último de las decisiones judiciales<sup>1132</sup>, pues muchas veces esto se empleará para ocultar una carencia de motivación<sup>1133</sup>. Dicho de otra forma, no podemos tolerar que el juzgador trabaje con impresiones o sensaciones *que no se pueden describir con palabras* pues esa es una señal inequívoca del desarrollo de una actividad irracional.

En este punto, se ha remarcado que si el resultado del proceso valorativo de las pruebas personales depende de las sensaciones inexplicables que el contacto con el declarante le produce al juez, se hace imposible la consecución de una decisión racional<sup>1134</sup>, pues ella requiere que la razón haya estado presente en todas las etapas previas al fallo. Solo si en la valoración de la prueba se ha respetado la racionalidad será posible que en la motivación también ocurra lo mismo; y a su vez, únicamente cuando la motivación sea racional habrá posibilidades reales de calificar de la misma manera a la sentencia. Por tanto, todas las conclusiones que se construyan a partir del empleo de impresiones subjetivas no contarán con las condiciones para superar el examen de racionalidad. De ahí que TARUFFO haya sostenido que *“lo que no puede ser racionalmente elaborado no existe a los efectos de la correcta valoración de la prueba”*<sup>1135</sup>.

En consecuencia, la valoración demanda el uso de pautas que permitan asegurar la racionalidad y controlabilidad del ejercicio inferencial, lo que no se condice con la atención a cuestiones extrasensoriales, pues en ese escenario se hace imposible que el sentenciador pueda expresar en forma clara, precisa y detallada cuáles son las razones concretas que le llevan a tomar su decisión. En efecto, difícilmente podrán exponerse de esa forma las sensaciones, intuiciones o percepciones íntimas que le generan las pruebas, situación que impide de plano el control que sobre el dictamen pueda llevarse a cabo a nivel endo y extraprocesal. A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que esta exigencia no solo es aplicable para las resoluciones que admiten ser impugnadas mediante el recurso de apelación, pues, aun en ausencia de este control eventual, la decisión jurisdiccional siempre está sometida al escrutinio general de litigantes y ciudadanos, quienes tienen el derecho de exigir que los órganos estatales expliquen claramente las motivos de cada una de sus decisiones.

---

<sup>1132</sup> PÉREZ ASENJO, Ana, *La valoración de la prueba en segunda instancia*, cit., p. 155.

<sup>1133</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 348.

<sup>1134</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la intermediación*, cit., p. 58.

<sup>1135</sup> TARUFFO, Michele, *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, cit., p. 84.

En suma, si las conclusiones sobre el mérito de las pruebas personales se han conseguido gracias a la utilización de elementos de juicio que no pueden ser expresados ni defendidos ante terceros mediante el empleo de la razón, estamos claramente ante una situación de irracionalidad.

Así las cosas, solo una intermediación entendida como garantía instrumental para la incorporación de las pruebas y la correcta reconstrucción de los hechos litigiosos se corresponde con el respeto de la racionalidad en el proceso<sup>1136</sup>. Por tanto, la única función que la intermediación puede desempeñar conforme con el respeto de la razón es la de colaborar en la formación de las pruebas que se practican en el proceso<sup>1137</sup>. En términos prácticos, con ocasión de las pruebas personales, esto se materializa en dos aspectos:

1.- Por una parte, la presencia del juez le otorga ciertas garantías formales a la realización de la diligencia probatoria, lo que se evidencia en que el tribunal está llamado a salvaguardar el pleno respeto de los derechos fundamentales de todos los intervinientes. Esto tiene especial relevancia respecto a la persona de los declarantes, pues el juez debe estar presto a evitar cualquier situación o atisbo de amenaza, apremio u hostigamiento dirigido hacia ellos, dadas las nefastas consecuencias que acciones de este tipo pueden causar al estado psicológico general de las personas y que en concreto generan un desmedro tanto para la calidad de las declaraciones como para el descubrimiento de la verdad de los hechos.

Asimismo, la participación del sentenciador sirve para otorgarle plena certeza de fidelidad al registro que se forma de las audiencias, el que, como sabemos, será de suma importancia llegado el momento de proceder a la revisión de la sentencia en segunda instancia.

2.- A su vez, la asistencia del juez a las diligencias probatorias le permitirá ejercer sus atribuciones legales respecto a la formulación de preguntas a los deponentes, a fin de requerir de ellos toda la información que le vaya pareciendo pertinente para la correcta averiguación de los acontecimientos. En la práctica, esto le habilitará para disipar de forma inmediata cualquier duda que le surja acerca de los hechos relatados

---

<sup>1136</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en Doxa, N° 12, 1992, p. 297.

<sup>1137</sup> IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., p. 151. En el mismo sentido: FONT FLOTATS, Rosa, *La valoración del interrogatorio de las partes* (con Fachal Noguer, Nuria), en AA. VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008, p. 198; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., p. 176.

por el declarante<sup>1138</sup>, por lo que si en las deposiciones el tribunal detecta que se entregan respuestas ambiguas, vagas o contradictorias, sea internamente en la misma declaración o en relación con otras evidencias incorporadas al proceso, estará en posición de solicitar las explicaciones que le ayuden a aclarar la situación o, por el contrario, dejar en evidencia ciertas falencias o debilidades del relato que se le proporciona, debido, por ejemplo, a que el testigo no es capaz de contextualizar los hechos o porque se puede vislumbrar la influencia de terceros en la configuración del relato. Por consiguiente, la solicitud inmediata de toda esta información adicional debe servir para que el contenido de la declaración sea lo suficientemente completo para aplicar a su respecto, y de manera eficaz, todos los criterios de valoración que fueron propuestos en el capítulo anterior.

Tanto en lo que se refiere al control que debe llevar a cabo el juez sobre la forma en que los letrados de las partes plantean sus preguntas al declarante, como en lo que concierne a las cuestiones que formula el propio tribunal, este no puede soslayar que la configuración de las interrogaciones puede alterar el recuerdo que el declarante almacena de los hechos -algo que puede provocarse incluso por las palabras precisas que son usadas-, de modo que debe cuidarse que ellas no sean empleadas para sugerir o inducir la respuesta o bien para proporcionar alguna información que termine engendrando falsas memorias en el declarante.

Lo importante es que la intermediación únicamente se utilice “*como medio de captación de datos efectivamente observables*”<sup>1139</sup>, y si a esta visión le sumamos los postulados de la moderna psicología del testimonio nos encontramos en una situación inmejorable para descubrir la forma en que ocurrieron los hechos<sup>1140</sup>. En esta perspectiva, si abandonamos el terreno de los subjetivismos y nos centramos en depurar la información que las partes y testigos han aportado al proceso sirviéndonos de criterios objetivos y racionales de valoración, se conseguirá un resultado carente de arbitrariedad<sup>1141</sup> y que tiene todas las condiciones para ser expuesto sin tapujos a los terceros, de modo que pueda ser comprendido, aceptado y/o disentido por estos aun cuando no hayan estado presentes en el acto de la declaración. De hecho, la necesidad

---

<sup>1138</sup> Respecto a las pruebas de declaración de personas, NIEVA afirma que “[e]l juez debe estar presente porque de esa forma podrá preguntar a partes y testigos sobre los puntos que le resulten dudosos, pero ahí acabará la eficacia y utilidad de la intermediación”, NIEVA FENOLL, Jordi, “*Inmediación*” y valoración de la prueba, cit., p. 5.

<sup>1139</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Sobre el valor de la intermediación*, cit. p. 59.

<sup>1140</sup> SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, Barcelona, 2011, p. 127.

<sup>1141</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, “*Inmediación*” y valoración de la prueba, cit. p. 3.

de que la decisión sea compartida por otras personas demanda que las pruebas se valoren únicamente mediante criterios que cuenten con el apoyo de la lógica, la experiencia o la ciencia, no a través de simples apreciaciones personales<sup>1142</sup>. Esa será la única manera en que los demás sujetos puedan tener siempre a su disposición los antecedentes para recomponer el ejercicio inferencial lógico y racional realizado por el sentenciador. Todo lo anterior, teniendo presente que en el terreno de las decisiones judiciales, lo racional representa lo comunicable, lo justificable y lo intersubjetivamente verificable<sup>1143</sup>. Lo contrario, puro voluntarismo.

## **2) LA VALORACIÓN DE LAS DECLARACIONES PERSONALES POR EL TRIBUNAL *AD QUEM***

Interpuesto un recurso de apelación en contra de la sentencia que se ha pronunciado sobre el fondo del asunto, nace para el tribunal de alzada la facultad y el deber de emitir una nueva decisión. Para esto será necesario que entre a conocer todos los antecedentes que constan en el proceso, incluyendo tanto las pruebas que se practicaron ante el juez *a quo* como aquellas que de forma excepcional se aporten durante la segunda instancia. Así, desde nuestra perspectiva, el órgano de apelación está dotado plenamente de las atribuciones para llevar a cabo en toda regla la tarea de valorar o revalorar las evidencias, cualquiera sea el momento procesal en que estas se hayan incorporado al proceso. Empero, como hemos visto, existe una diferencia de opiniones en cuanto a la determinación del tipo concreto de pruebas practicadas durante la primera instancia respecto a las que el tribunal *ad quem* puede desplegar sus facultades revisoras, polémica que ha devenido a partir de la asignación errónea de la función que la inmediación debe desempeñar en relación con las pruebas personales<sup>1144</sup>. De ahí que la solución a esta cuestión sea tan simple como aterrizar u objetivar los beneficios que obtienen el juez y el proceso judicial a raíz de la relación directa del sentenciador con los distintos declarantes que comparecen a estrados.

---

<sup>1142</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, cit., p. 314.

<sup>1143</sup> En este sentido: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El nombre de la "inmediación" en vano*, cit., p. 1729.

<sup>1144</sup> Entre otros: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, cit., p. 94; CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, cit., p. 91; DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, cit., p. 199; DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 345; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368.

En todo caso, y más allá de las visiones divergentes a las que se ha hecho mención, no existe ninguna discusión sobre si el tribunal de apelación puede valorar todas aquellas pruebas que se incorporan durante la sustanciación del segundo grado, pues respecto a ellas se ubica en una posición idéntica a la que ocupó el juez *a quo* en relación a las pruebas practicadas ante él. Sin perjuicio de ello, estimamos que el tribunal de segunda instancia debe ser sumamente prolijo al realizar su labor de apreciación, ya que el resultado del proceso de valoración de las pruebas que solo sean conocidas por él no podrá ser sometido a la revisión de un tribunal superior, lo que hace que en este aspecto la sentencia de segundo grado se transforme en una de única instancia, con todos los peligros que esto conlleva para las probabilidades de acierto de la decisión y la generación de situaciones de arbitrariedad de parte del sentenciador, lo que no podrá ser corregido debido a la inexistencia de una tercera instancia. Por ende, la incorporación de pruebas en segunda instancia debe ser autorizada bajo criterios muy estrictos, haciéndose todo lo posible para que el acervo probatorio quede fijado antes del pronunciamiento de la sentencia del juez *a quo*. Profundizaremos más adelante estos asertos.

#### **A) Pruebas practicadas en primera instancia**

Como se ha tratado en páginas anteriores, emitida la sentencia de primera instancia, la parte que se sienta perjudicada por esta decisión tiene el derecho de solicitar su examen y posterior revocación por el tribunal de segundo grado, estando claro que esta petición podrá fundarse en que el sentenciador del fondo ha vulnerado alguna norma o garantía procesal, ha realizado una aplicación incorrecta de una norma sustantiva y/o ha hecho lo mismo respecto al componente fáctico de la *litis*<sup>1145</sup>. Cualquiera sea el aspecto concreto que el litigante considere que genera la decisión errónea, y que por consiguiente le provoca un gravamen, el tribunal de apelación tiene plenas facultades para revisarla y, si lo estima oportuno, corregirla.

Ahora bien, a lo largo de este trabajo hemos expuesto los distintos aspectos y elementos que deben entrar en juego al momento de valorar la prueba de declaración de personas, de modo que podemos apuntar cuáles son los errores en que el tribunal del fondo puede incurrir en relación con esta cuestión. Así las cosas, el litigante que se

---

<sup>1145</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Curso de derecho procesal civil*, Tomo II, cit., p. 266.

sienta agraviado por la sentencia debe analizarla intentando detectar si en su pronunciamiento se configura alguna de las situaciones que detallaremos más adelante - aunque desde ya adelantamos que algunas de ellas se vinculan con defectos en la motivación de la decisión o con errores en el proceso inferencial-, todas las que le permitirán fundar su recurso de apelación por una incorrecta valoración de la prueba que redundará en una reconstrucción errónea de los hechos litigiosos.

Así, la parte que haya sido derrotada totalmente en el pleito, o que solo lo haya sido de manera parcial al no haber obtenido todo lo que solicitó en sus actos de postulación, podrá recurrir en contra de la sentencia alegando que existe un defecto en la forma en que el juez procedió al establecimiento de los hechos, lo que obviamente impide arribar a una sentencia acertada acerca del conflicto. En este sentido, recordemos que un error en la configuración de los hechos trae como necesaria consecuencia un desacierto en la determinación del derecho sustantivo aplicable al caso, pues se trabajará con normas jurídicas cuyo supuesto fáctico si bien puede ajustarse a la versión de los hechos que se ha tenido por cierta, no tendrá ninguna relación con los acontecimientos que efectivamente generaron el conflicto entre los litigantes<sup>1146</sup>. De esta forma, el establecimiento equivocado del componente fáctico causará una posterior elección y aplicación de una norma que resulta inapropiada para la solución del conflicto real. O bien, el tribunal trabajará con una norma jurídica que termina siendo acertada en relación con los hechos debatidos, pero que se interpretará y aplicará en un sentido incorrecto debido a la discrepancia entre lo que realmente sucedió y la versión fáctica que en definitiva ha sido aceptada por el sentenciador.

Desde esa perspectiva, es evidente la trascendencia que la labor de reconstrucción de lo sucedido reviste para el éxito del juicio jurisdiccional, cuyo resultado se verá plasmado en el texto de la decisión final. En todo caso, el aspecto fáctico de la sentencia será el fruto de lo realizado en una serie de etapas que culminan cuando el tribunal tiene por cierta alguna de las versiones de los hechos que se le han planteado por las partes, lo que obviamente va de la mano con los distintos momentos por los que atraviesa el proceso judicial, cuyo éxito final depende de la corrección con que se hayan desarrollado cada una de sus fases. En este sentido, desde que las partes proponen las diferentes pruebas que estiman oportunas para acreditar sus alegaciones, el tribunal comienza a tomar decisiones que influirán en que la reconstrucción fáctica se

---

<sup>1146</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 97.

ajuste en mayor o menor grado a lo que efectivamente sucedió, pues serán sus propios pronunciamientos acerca de la admisibilidad de cada uno de los medios de prueba que los litigantes pretenden aportar al proceso los que determinarán la composición del acervo probatorio del que podrá servirse para fijar el relato que más se ajusta a los hechos. O sea, las decisiones probatorias que el tribunal emita en los estadios iniciales del proceso tendrán un efecto innegable en el momento en que debe proceder a la toma de decisión sobre la *quaestio facti* de la *litis*.

Pero más allá de que lo anterior sirve para ilustrar cómo el trabajo que se desarrolla desde los instantes iniciales del proceso termina afectando el resultado final del mismo, centrémonos ahora en nuestro objeto de estudio. Pensemos en un proceso en que se haya propuesto y aceptado la práctica de declaraciones personales, ya sea que se trate de los propios litigantes o de testigos. En circunstancias normales, dichas declaraciones se recibirán en la audiencia del juicio, momento a partir del cual el juez comienza a desarrollar un análisis respecto al contenido de cada una de ellas, lo que termina con la fijación de su mérito probatorio específico. De esta forma, superada la etapa en que debe procederse a la configuración del listado de evidencias que el tribunal autoriza a presentar en el pleito, toda la atención de las partes y del juzgador debe estar puesta en que la obtención de la declaración se realice de forma óptima, no solo desde el punto de vista del cumplimiento de la ritualidad que la LEC ha previsto para el desarrollo de estas diligencias, sino también -e incluso más importante que aquello- desde la perspectiva psicológica a la que hemos dedicado el capítulo anterior, lo que implica la configuración de un escenario que colabore con el rescate de toda la información que almacena el declarante sobre los hechos y que a la vez cautele la indemnidad e integridad de sus memorias, pues la calidad de los materiales probatorios que se aporten al proceso tendrá directa relación con el grado de corrección de la resolución.

Es cierto que declaraciones de mejor calidad no constituyen prenda de garantía de que en todos los casos la decisión será acertada, ni siquiera cuando ellas sean las únicas evidencias de que disponga el sentenciador, pero al menos cuentan con la capacidad para crear las condiciones y aumentar las probabilidades de que ello pueda ser alcanzado por el tribunal. Por el contrario, deposiciones de baja calidad necesariamente implicarán un déficit de gran entidad para el juicio, pues las conclusiones fácticas que se extraigan a partir de ellas siempre se presentarán con un grado mermado de certeza y, en consecuencia, la decisión terminará siendo altamente

objetable y presumiblemente errada. Por ello resulta imperioso poner sumo cuidado en la forma en que se obtienen los relatos. Así como las condiciones de codificación son determinantes para la formación de la huella de memoria y el nivel de conformidad del recuerdo del sujeto con los hechos efectivamente sucedidos<sup>1147</sup>, la capacidad tanto de los letrados de las partes como del tribunal para conseguir que los declarantes aporten información de calidad al proceso impactará en el material de que se dispone para contrastar cada una de las hipótesis que se han elaborado acerca de lo acaecido. Además, es imprescindible que en su relato los deponentes no se limiten a exponer exclusivamente lo que saben o recuerdan de los hechos discutidos, sino que ellos también deben proveer de todos los datos o antecedentes que rodean a estos sucesos y que permanecen alojados en el almacén de su memoria, a pesar de que en principio les parezca que esta información no debe ser incluida en su relato por resultar accesorio, incidental o superflua<sup>1148</sup>. Esto se aplica especialmente para todo lo que tiene relación con el contexto ambiental, emocional o cognitivo en que se presentaron los acontecimientos, pues este puede cumplir una función importante para proceder a una verificación correcta de la veracidad y exactitud de los hechos expuestos, importancia que el tribunal solo podrá constatar cuando conozca a cabalidad todos los elementos que le permitan recomponer el puzle fáctico que se le ha presentado. Por ello, muchas veces será altamente desventajoso para fines epistémicos que el juzgador descarte de entrada toda la información anexa que el declarante esté en condiciones de proporcionar, pues al momento de la declaración no estará en una situación óptima para determinar si ella colabora o no en la determinación de los hechos debatidos. De ahí que lo conveniente sea que el tribunal mantenga una política amplia y flexible respecto al contenido de los relatos de los deponentes así como para la formulación de preguntas por los letrados de las partes, a menos que, claro está, dichas interrogantes sean evidentemente improcedentes, puedan mermar la calidad o indemnidad de los recuerdos<sup>1149</sup> o pueda producirse una extensión excesiva de las diligencias probatorias, lo que puede ser perjudicial para la integridad o salud de la persona del declarante, o bien, ocasionar una dilación en el pronunciamiento de la sentencia, que vaya en contra de los principios de celeridad y concentración del proceso.

---

<sup>1147</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 23. También ver: DIGES JUNCO, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, cit., p. 36.

<sup>1148</sup> DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, cit., p. 92. Asimismo: MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit., p. 171.

<sup>1149</sup> HALL, David F., LOFTUS, Elizabeth F. y TOUSIGNANT, James P., *Postevent information and changes in recollection for a natural event*, cit., p. 130.



En la misma perspectiva anterior, es forzoso que el contenido de la declaración contenga elementos que permitan al sentenciador formarse una convicción acerca de cómo han transcurrido las etapas de la memoria que posee el sujeto sobre los hechos y que escapan del control del tribunal. Vale decir, se debe poner atención en que el deponente, ya sea por iniciativa propia o a requerimiento de los abogados o del juez, dé cuenta de cómo han operado a su respecto los factores que participan en las etapas de codificación y retención de sus recuerdos, que necesariamente tienen lugar en un momento anterior a la comparecencia ante el tribunal de la causa, pues de esa manera el sentenciador podrá verificar la presencia de estos factores y junto a ello determinar en qué medida ellos han deteriorado el registro mnemónico de los acontecimientos, mermando de esa forma el nivel de exactitud de lo relatado por el declarante.

Por último, para cerrar la fase de recepción de la declaraciones, no puede olvidarse que todo el cúmulo de información debe ser verbalizado de forma clara y coherente por la parte o testigo durante la diligencia, pues el contenido verbal de las declaraciones será el único material de trabajo de que el tribunal dispondrá válidamente para valorar el resultado de esta diligencia probatoria, debiendo permanecer ajeno a toda la información no verbal o paraverbal que acompaña a las palabras que emite el declarante debido a la imposibilidad de extraer conclusiones objetivas y contrastables a partir de ella. De la misma manera, debe dejarse un registro completo y fiel de todo lo relatado por el sujeto, ya sea en un soporte de audio o mediante su transcripción íntegra, pues este puede resultar útil al tribunal del fondo para superar cualquier duda o vacío que se le produzca sobre el contenido de la declaración, y al mismo tiempo servirá al órgano de apelación para controlar que la valoración de las deposiciones fue llevada a cabo de forma correcta en la sentencia de primera instancia.

Luego de superada la etapa práctica llega el momento en que el tribunal tiene que desarrollar un ejercicio inferencial con miras a determinar cuáles de los hechos discutidos pueden o no ser corroborados mediante las deposiciones, actividad en que, al igual que en la recepción de las pruebas, puede cometer una serie de equivocaciones que provocan resultados fácticos incorrectos. De partida, el juez no puede caer en la tentación de fundar su decisión final en conclusiones que consistan en la consagración de meras corazonadas o impresiones que le surjan desde la observación directa de los declarantes o que extraiga gracias a las sensaciones que le ha generado su intervención personal en el desarrollo de las diligencias. Por el contrario, ellas deben ser el producto de un examen racional de cada uno de los elementos probatorios con que se le ha

provisto<sup>1150</sup>, mediante lo cual se persiga establecer si esos materiales son suficientes para comprobar o descartar cada uno de los modelos mentales que permiten explicar los sucesos y que fueron concebidos durante el proceso. Dicho estudio intelectual debe realizarse a través del seguimiento de pautas que aseguren que las conclusiones están revestidas de un alto grado de probabilidad, de modo que la elección de los parámetros que permiten transitar desde las pruebas practicadas a las conclusiones fácticas también tiene directa relación con la certeza de la decisión que pone fin a la instancia. Por tanto, el sentenciador debe realizar un trabajo óptimo en la elección de los indicadores de veracidad y precisión que utilice para contrastar el contenido de las declaraciones, pues el nivel de solidez de estas pautas de control se transmitirá a los resultados que se obtengan a partir de su empleo, siempre y cuando, claro está, ellas se utilicen en los supuestos y escenarios para los que fueron concebidos. Por ende, por mucho que se cuente con declaraciones que contengan todos los elementos para realizar una reconstrucción exacta de los hechos que han originado el conflicto entre las partes, el resultado final no será correcto si el juzgador no acierta, por ejemplo, en la elección y aplicación de las máximas de experiencia de las que se servirá para llevar a cabo el ejercicio inferencial inductivo sobre los hechos.

Por todo lo anterior podemos afirmar que el tribunal del fondo está expuesto a la comisión de errores tanto en el momento en que se efectúa cada una de las declaraciones como durante la actividad inferencial posterior que el juez de la causa debe realizar en la soledad de su despacho, de lo cual podremos encontrar constancia en el texto de la sentencia que se pronuncie para poner fin a la instancia. En efecto, en ella el juzgador tiene el deber de dar cuenta de todo el material probatorio con que ha trabajado en la consecución de su decisión así como de las razones que lo han movido a valorarlo de una forma determinada, sea para utilizarlo como soporte de la resolución emitida, sea para descartarlo como herramienta de convicción de los hechos. Con esto, se asegura a las partes y a la ciudadanía que la sentencia constituirá una fuente de información que les permitirá saber cómo y por qué el sentenciador ha dictado una decisión determinada, lo que, tal como se ha explicado, cumple un rol democrático de fiscalización del ejercicio del poder estatal, ya que solo mediante el conocimiento efectivo de los fundamentos del fallo se generará una posibilidad real de control de ese

---

<sup>1150</sup> ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *La prueba judicial*, cit., p. 144. En el mismo sentido: GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal civil*, cit., p. 44; MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, cit., p. 389; TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 402.

dictamen, tanto para el o los litigantes que se sientan perjudicados por el mismo como para el órgano jurisdiccional superior que tiene que acometer la revisión del fallo<sup>1151</sup>.

Todo el proceso de valoración que hemos expuesto brevemente en las líneas anteriores parece complejo, pues implica una serie de pequeñas pero trascendentales operaciones que deben llevarse a cabo correctamente para conseguir un resultado que sea aceptable para todos los intervinientes y afectados. Empero, también es cierto que muchas de las actividades intelectuales que demanda la apreciación probatoria van siendo desarrolladas simultáneamente por el sentenciador desde el momento mismo en que recibe las declaraciones, lo que termina aligerando la carga cognitiva que debe soportar. En este sentido, por ejemplo, el juez puede ir apreciando al mismo tiempo la capacidad de contextualización del declarante acerca de su relato, la forma en que su versión de lo sucedido se ve corroborada por otras pruebas de las que ya posee conocimiento por haberse incorporado previamente en el proceso (con las que puede ir detectando puntos coincidentes o de desencuentro acerca de la forma en que ocurrieron los hechos) y/o en qué medida algunas hipótesis de trabajo van adquiriendo fuerza mientras otras pierden sustento a raíz de los antecedentes que se contienen en el relato proporcionado por el declarante.

Sea como fuere, toda esa labor será aún más simple para el sentenciador si este adquiere pleno conocimiento y conciencia de cuál es la forma correcta de llevar a cabo la valoración de las declaraciones, entendiendo claramente cuáles son los diferentes pasos que componen este proceso así como el contenido de cada uno de ellos y la forma en que deben realizarse, pues esto le permitirá optimizar su tiempo y los recursos de que dispone, a la vez que verá facilitada su tarea de razonamiento y resolución, cerrando cada uno de los flancos por los que la parte vencida puede verse impulsada a atacar la decisión. Dicho de otra forma, es importante que el tribunal sepa cuáles son los diferentes errores que puede cometer en la valoración de las pruebas personales, para así poner atención en no incurrir en ellos y evitar que su trabajo jurisdiccional termine siendo objetado por los litigantes y revocado por su superior jerárquico. A su turno, las partes que se sientan agraviadas por la decisión también deben tener una noción clara de la forma en que el sentenciador debe apreciar las pruebas personales, pues esta

---

<sup>1151</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias*, cit., p. 37. También: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, cit., p. 77; TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 435.

información les será útil al momento de analizar la sentencia en búsqueda de alguna cuestión que les permita sustentar suficientemente su recurso de apelación.

#### **a) La valoración errónea como motivo de apelación**

Como se ha indicado, el tribunal del fondo está llamado, en primer lugar, a presidir la práctica de las pruebas personales que fueron admitidas en la audiencia previa, velando porque en el desarrollo de esta diligencia se respete la ley y las directrices que emanan desde la psicología del testimonio. Luego de ello, deberá analizar sus resultados con el objetivo de establecer una versión cierta de los hechos, la que servirá de punto de referencia para escoger y aplicar una norma jurídica sustantiva, para finalmente exponer la decisión del caso y sus fundamentos en el cuerpo de la sentencia. En cada uno de esos momentos el juez *a quo* puede cometer errores u omisiones que provocan la valoración incorrecta de las deposiciones y, por consiguiente, llevan a que las conclusiones fácticas que se obtengan a partir de dicha valoración sean erróneas, lo que permite impugnar esa sentencia a través del recurso de apelación, solicitando su revocación. Por ello, pasemos a continuación a analizar distintos motivos de apelación provocados por la valoración incorrecta de las pruebas personales y que es importante que tanto las partes como los jueces tengan en consideración, aquellas para fundamentar su apelación, y estos, para evitar la revocación del fallo que han dictado.

#### **1) Total falta de motivación**

A pesar de que es una situación anómala dentro del proceso civil actual, la ausencia total de motivación de la sentencia dictada por el tribunal del fondo constituye un escenario perfectamente posible, razón por la que no podemos dejar de incluirla dentro de las causas que deben dar pie a la interposición de un recurso de apelación. Recordemos que el deber de motivar las sentencias viene impuesto al sentenciador como consecuencia de que la obtención de decisiones fundamentadas forma parte del derecho de defensa de los litigantes, el que ha sido consagrado tanto a nivel constitucional (art. 120.3 CE) como legal (art. 218.2 LEC), normas en que se dispone explícitamente que el aspecto fáctico de las sentencias debe motivarse mediante la

expresión de los razonamientos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas.

El objetivo de este deber es que las razones que llevaron al juez a adoptar su decisión no queden relegadas solo a su fuero interno, sino que ellas sean exteriorizadas permitiendo su conocimiento por los terceros, para lo cual resulta imperioso que aparezcan expresadas en el texto de la sentencia, única forma válida prevista para que el tribunal comunique su decisión a las partes y a la sociedad en general<sup>1152</sup>.

Es preciso indicar que desde ningún punto de vista puede aceptarse que la sentencia surja del aire o del capricho del juez, careciendo de un ejercicio intelectual que sirva de sustento a cada uno de los puntos que ella contiene. Permitirlo sería dar paso a que el ejercicio de la función jurisdicción se transformara lisa y llanamente en la puesta en práctica del mero arbitrio del juzgador, entendido como una toma de decisiones en que el empleo de la razón brilla por su ausencia. Una situación de ese tipo obviamente conlleva una falta completa de actividad racional respecto a cada uno de los aspectos que componen la sentencia, incluyendo a todas las pruebas que consten en el proceso, por lo que si bien esta forma de transgresión de los deberes del tribunal no tiene relación únicamente con las declaraciones personales, la infracción de las directrices de valoración de los distintos testimonios también debe entenderse incluida dentro del cúmulo de contravenciones que comete el sentenciador que no proporciona ninguno de los fundamentos de su decisión. Todo ello justifica sobradamente la solicitud de examen de esta sentencia por parte del tribunal superior jerárquico.

Más usual que enfrentarse con la ausencia completa de motivación de la decisión que se plasma en la sentencia, será detectar que existe una omisión en relación con la justificación del valor de convicción que se adjudica a una o más de las evidencias concretas que fueron aportadas, entre las que podrán encontrarse las declaraciones de personas. En este sentido, una de las etapas que debe superar el tribunal en su tránsito desde la práctica de las pruebas hasta la obtención de conclusiones fácticas, es la asignación de un mérito preciso y determinado a cada una de las evidencias con las que cuenta válidamente para dictar la sentencia, para lo cual será necesario que atienda tanto a las características particulares de cada una de esas pruebas como a los elementos que ellas pueden tener en común con otras y que permiten que el sentenciador constate si

---

<sup>1152</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 241.

existe o no una corroboración mutua de la versión de los hechos que puede ser reconstruida a partir del producto obtenido con las diferentes pruebas.

Así las cosas, si en un proceso se han aportado tres declaraciones testificales, el juez deberá valorar cada una de ellas de manera independiente, analizando el contenido verbal de lo expresado por los distintos declarantes en pro de la fijación de su nivel de veracidad y precisión. Para esto deberá atender, por ejemplo, al grado de coherencia interna de la relación de los hechos, a las condiciones ambientales en que cada uno de los testigos codificó su recuerdo y al tiempo que ha transcurrido desde los acontecimientos, aspectos que se refieren a información que debe ser expuesta durante la declaración por iniciativa del propio deponente o, en subsidio, a requerimiento de los abogados de las partes o del juez. Pero además de eso, el tribunal debe constatar cómo cada relato se vincula con las demás evidencias que son incorporadas al proceso, apreciando si los dichos del declarante específico pueden ser corroborados mediante los resultados obtenidos de otras pruebas, pues ello permitirá aumentar la fuerza de convicción de esta evidencia, particularmente cuando la confirmación no provenga de otros testigos presentados por el mismo litigante, sino de pruebas de diversa fuente o naturaleza, debido a la amenaza no poco probable de que se trate de un conjunto de testimonios falsos que han sido estudiados y preparados por iniciativa del abogado de la parte para el momento de su presentación en la audiencia del juicio<sup>1153</sup>.

Sea como fuere, lo importante es que después de llevar a cabo esa actividad el tribunal estará dotado de todos los elementos que le habiliten para establecer un valor de convicción específico a cada declaración personal, mérito que debe ser puesto en conocimiento de las partes a través de la sentencia. En dicha comunicación, además de expresar qué aspectos de la declaración se tienen o no por ciertos, el sentenciador debe dar cuenta de la actividad racional que le permitió arribar a sus conclusiones, todo lo que se verá facilitado y objetivado mediante el empleo de los criterios de valoración que se propusieron al final del capítulo anterior. Con eso, los litigantes podrán saber a ciencia cierta cuáles fueron las pruebas específicas que prevalecieron para la reconstrucción de los hechos, debido a que de acuerdo con el raciocinio del tribunal sus características le llevaron a sostener que ellas dan cuenta de lo que efectivamente sucedió entre los litigantes o, en caso contrario, la parte podrá tener constancia de por qué su declaración o la de alguno de sus testigos no fue creída o se estimó que tenía tal

---

<sup>1153</sup> MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 180. También ver: MIRA, José Joaquín y DIGES JUNCO, Margarita, *Teorías intuitivas sobre memoria de testigos*, cit., p. 50.

grado de inexactitud que no pudo ser considerada apta para ser usada en la averiguación de los hechos.

En suma, un ejercicio como el que se ha descrito permite que el juzgador interprete y valore cada una de las evidencias por separado, para posteriormente reunir todas las piezas y verificar en qué dirección se orienta el cúmulo de elementos probatorios, dentro del cual no todas las pruebas contarán con el mismo peso específico, pues ello dependerá de la fuerza de convicción que el tribunal les haya asignado por separado.

Por tanto, no es aceptable que el tribunal entienda que ha satisfecho el deber de motivar su decisión por el solo hecho de haber incluido en ella apreciaciones generales o conjuntas de algunas o todas las pruebas que fueron incorporadas al proceso, pues las partes tienen el derecho a saber cuáles fueron las razones específicas que llevaron al juzgador a optar entre la veracidad/falsedad y exactitud/inexactitud de cada una de las deposiciones que le fueron entregadas por los litigantes y/o testigos, pues solo conociendo y entendiendo cada uno de los engranajes que forman parte del proceso resolutorio podrán comprender el entramado inferencial que le sirve de sustento al juez para el pronunciamiento de su sentencia, aumentando con eso las probabilidades de que esa decisión sea considerada acertada por los litigantes, especialmente por aquel que ha resultado derrotado.

Con lo anterior no se quiere de ninguna manera postular que lo deseable sería impedir que tribunal lleve a cabo una apreciación global o conjunta de las evidencias, pues estamos de acuerdo en que únicamente a través del estudio y la disposición correcta de todos los antecedentes probatorios de que puede valerse estará en condiciones de resolver el rompecabezas fáctico que se le ha ofrecido. De esta forma, como lo indicábamos, el análisis comparativo del resultado obtenido con las diferentes pruebas será útil para que el juez detecte la existencia o ausencia de puntos de concordancia entre ellas y pueda formarse un panorama completo y acertado de los hechos discutidos. Empero, no puede olvidarse que la tasación colectiva de las pruebas solo puede tener lugar una vez que ya se haya asignado el mérito de cada una de las pruebas consideradas por separado, de modo que antes de proceder a la entrega de las conclusiones globales, el sentenciador debe señalar en el cuerpo de la sentencia cada uno de los productos particulares que haya obtenido, con lo que se garantiza que las partes puedan acceder a las distintas fases del proceso de valoración.

De esta manera, si el tribunal no expone los elementos que tuvo en cuenta para fijar el mérito de convicción de cada una de las pruebas personales, las partes podrán recurrir la sentencia alegando una vulneración del deber de fundamentación fáctica de la misma, pues en su texto será posible detectar un vacío que no permite reconstruir los distintos pasos inferenciales que dio el sentenciador, o sea, que no ha quedado explicitado cómo ha empleado su razón en cada una de las distintas instancias que desembocan en la fijación del valor de las declaraciones. Expuesto de otra forma, al no conocerse las razones precisas del tribunal para conceder o negar credibilidad a los dichos de un declarante, el litigante que se sienta perjudicado por esta decisión debe sentirse plenamente facultado para suponer que el silencio del tribunal sobre este aspecto se debe a que la prueba ha sido valorada de forma arbitraria o irracional, por lo que la sentencia que dicte en el proceso no contará con la suficiente legitimidad democrática que le otorgue sustento y autorice a ejecutarla. Todo eso permitirá al vencido acudir ante el tribunal de apelación alegando que la valoración de las pruebas se ha hecho de forma irracional, de modo que necesariamente las conclusiones que se han obtenido a partir de esa apreciación deben ser revisadas.

Ahora bien, analizando el asunto desde una perspectiva general, tanto si la ausencia de motivación es completa o solo limitada a un medio de prueba específico, la infracción cometida por el juez del fondo es fácilmente constatable por quienes estén llamados a controlar la corrección de la decisión, pues les bastará con llevar a cabo la simple lectura de la sentencia para advertir la existencia de una situación anómala o arbitraria en el establecimiento de la cuestión fáctica. Empero, visto desde la óptica del litigante que se plantea recurrir una sentencia que no está provista de una motivación suficiente sobre los hechos, pareciera que en este escenario le será difícil encontrar los argumentos que le permitan sustentar su alegación, pues lo usual es que el apelante destine parte de su recurso a discutir las razones que tuvo el tribunal *a quo* para valorar la prueba de una forma determinada, de modo que, al no poseer ninguna certeza acerca de cómo se ha desarrollado esta actividad, se verá en la necesidad de oponerse a motivos que no conoce, lo que le dificulta la elección de los argumentos de su impugnación, más allá de que en un caso como este pueda esgrimir el silencio del sentenciador del fondo sobre el mérito de alguna de las pruebas para solicitar la revocación de la decisión. A su turno, la ignorancia de las razones del juez de primera instancia por parte del tribunal de apelación provocará que este tampoco cuente con un punto de referencia para contrastar las alegaciones que el recurrente ha planteado en su



escrito, y de esa forma determinar si la sentencia ha incurrido o no en una apreciación errónea del material probatorio.

En cualquier caso, afirmamos tajantemente que no es posible exigir a las partes ni al tribunal *ad quem* que entren a escudriñar la mente del juez del fondo para descubrir qué lo ha llevado a dictar su pronunciamiento. Por consiguiente, ante la ausencia general o particular de motivación, el recurrente debería hacer presente esta situación en su recurso y proponer en él la forma correcta en que se debe valorar cada uno de los componentes del acervo probatorio, así como este en su conjunto, pues la carencia de justificación de la decisión hará más necesario que nunca el desarrollo de un trabajo inferencial por parte del tribunal de segunda instancia. Por ello, el recurrente deberá explicar claramente cómo impactarán en la decisión final del pleito los nuevos resultados fácticos que se obtendrían mediante la forma en que según su opinión debería procederse a la valoración de las pruebas, absteniéndose, en todo caso, de entrar en suposiciones acerca de los motivos que el juez *a quo* tuvo a la vista para sentenciar. Con eso se orientará la labor revisora de un tribunal de apelación que, ante la falta de conocimiento sobre los motivos de lo resuelto en la primera instancia puede mostrarse más receptivo con las propuestas que le formule el recurrente y, por consiguiente, termine revocando la sentencia impugnada.

## **2) Motivación confusa o poco clara**

Tal como expusimos cuando tratamos en profundidad el tema de la motivación de la sentencia, se ha entendido, en nuestra opinión correctamente, que para dar cumplimiento a este deber no es suficiente con que el tribunal proporcione de cualquier forma su explicación de la decisión, sino que además de que la justificación deba corresponder a la plasmación de una actividad racional respecto a las evidencias que se hayan practicado en el proceso, ella siempre debe expresarse de manera inteligible<sup>1154</sup>. De ahí que al momento de su elaboración el juez no puede soslayar que la sentencia debe bastarse a sí misma para ser entendida tanto por los litigantes del caso concreto como por cualquier persona ajena al conflicto que lea la resolución para conocer su contenido e informarse acerca de cómo se ha desarrollado la labor jurisdiccional.

---

<sup>1154</sup> DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, cit., p. 75. Asimismo: NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 157.

En ese sentido, es claro que se demanda del sentenciador el desarrollo de una actividad inferencial lógica, razonada y coherente, pues esa es la única forma en que se puedan alcanzar conclusiones válidas respecto a los hechos. Pero no es suficiente con llevar cabo un trabajo correcto en cuanto al fondo de la cuestión, pues la misma excelencia debe poder apreciarse en las formas externas de la exposición de los fundamentos de la sentencia. Por consiguiente, el juez no solo debe saber a qué elementos atender y cómo construir un entramado de razonamientos que permita sustentar la sentencia, sino que también debe tener la capacidad de explicarlo claramente a través del texto de su dictamen, acercando el trabajo judicial a los ciudadanos. De lo contrario, no será posible convencer a los justiciables sobre la idoneidad de la decisión o, al menos, hacerlos aceptar la idea que ella no es el producto de una actividad jurisdiccional que se ha llevado a cabo de una manera arbitraria o antojadiza.

Ahora bien, en nuestra opinión si el juez no expone claramente los fundamentos de la sentencia puede deberse a un defecto de fondo que queda en evidencia con la exposición de las razones del fallo, o bien, a la impericia del juzgador para exteriorizar unas inferencias que cumplen con las exigencias de la lógica y la razón. De esta forma, en el primer caso, la confusión que se constata en la sentencia será la demostración patente de que el juez no ha elaborado bien sus razonamientos, lo que ocasiona que en el fallo se puedan encontrar vacíos, saltos argumentales o incoherencias. Por tanto, las deficiencias en la labor intelectual generarán necesariamente una exposición farragosa de los fundamentos, la que en esa situación debe considerarse una fiel expresión de lo que ha sucedido en la mente del sentenciador. Por otro lado, también es posible que el problema solo se deba a la concretización de la actividad inferencial del juez, de modo que aun cuando en el fondo las conclusiones obtenidas son correctas, el juzgador no demuestra las competencias para llevarlas satisfactoriamente al papel, o al menos no evidencia la suficiente diligencia y pulcritud al hacerlo. Pero cualquiera sea la causa subyacente de la motivación confusa las consecuencias serán las mismas, en el sentido que las partes no podrán acceder a cabalidad al sostén inductivo del dictamen, situándose en una posición casi análoga a la que detallábamos en el apartado anterior. Y digo casi, porque frente al escenario de una motivación confusa los litigantes contarán al menos con algunas luces, aunque tenues, acerca de la forma en que el sentenciador ha analizado las pruebas, lo que les permitirá orientar con mayor precisión los fundamentos de su impugnación.

Sea como fuere, situémonos en el caso en que el tribunal sí ha desarrollado un trabajo inferencial serio, pero ha fallado en su exteriorización. En ese escenario, las deficiencias pueden provenir desde la presencia de inconsistencias o contradicciones en el fallo, de manera que a lo largo de su desarrollo se hacen afirmaciones o se plantean conclusiones que no concuerdan con las incorporadas en otros apartados de la sentencia. Así, podría sostenerse que se estima que el relato de un declarante es verídico porque además de estar dotado de una serie de antecedentes que permiten recrear el contexto ambiental de los hechos, sus resultados se conjugan coherentemente con las conclusiones que pueden desprenderse de los documentos privados que fueron incorporados por la contraparte, empero al momento de analizar dichos documentos el tribunal expone unos resultados totalmente opuestos. En ese caso, la parte no podrá determinar si el error está en la relación que se hace entre las pruebas o en la plasmación de las conclusiones que se corresponden con una y otra evidencia. Obviamente la parte que ha presentado la declaración sostendrá que la equivocación se produjo al momento de exponer los resultados del documento privado, mientras que la parte que se ha valido de dicho documento argumentará que el análisis que se ha hecho de él es correcto, de modo que el error del tribunal estuvo en haberlo mencionado como sustento de la versión del declarante, razón por la que sus dichos deben ver mermada su fuerza probatoria. Como se ve, la incoherencia en la argumentación provocará la incerteza de los fundamentos, lo que puede servir de base más que suficiente para que las partes justifiquen su apelación en contra del fallo.

Además de la falta de una correlación lógica interna de la sentencia, su ambigüedad también puede provenir de defectos vinculados con la redacción, la sintaxis o el lenguaje que ha sido empleado en su elaboración, todo lo que puede generar la inaccesibilidad de las partes a los motivos reales de la decisión, sea porque no se comprenden en absoluto, sea porque se les ha interpretado de una forma equivocada. En este sentido, se puede prever fácilmente que existirán dificultades -grandes o pequeñas, pero dificultades al fin- para comprender a cabalidad cualquier texto que presenta problemas de redacción, fenómeno del que por supuesto no escapa la sentencia judicial. Por ello, si el juez no manifiesta la suficiente lucidez para plantear nítidamente sus razonamientos y conclusiones, sino que lo lleva a cabo de forma confusa, enmarañada u oscura, no habrá posibilidad alguna de que los terceros puedan entender las razones que le llevan a sentenciar de la forma en que lo hace o, en términos más particulares, a asignarle un mérito de convicción determinado a ciertas pruebas.

Obviamente, con lo anterior no se pretende que cada sentencia judicial destaque por la calidad de su redacción y su perfección sintáctica, pues, como todos, el juez está expuesto a la comisión de errores, algo que puede comprobar cualquiera que se haya visto enfrentado a la tarea de poner por escrito sus ideas y razonamientos sobre un tema. Pero más allá de eso, lo que sí estamos en posición de demandar es que al menos el sentenciador no cometa errores burdos o evidentes en la preparación de su dictamen, muchos de los cuales se podrían superar fácilmente mediante la revisión detenida de ella (que es, por cierto, algo que efectuará la parte que tenga intenciones de recurrirla), acción que mejoraría ostensiblemente la calidad de la sentencia, perfeccionando su sustento y aumentando las probabilidades de que ella sea aceptada por las partes.

A su turno, otro tanto puede decirse del lenguaje que se utiliza para redactar la sentencia. En relación con este aspecto, es evidente que el Derecho y sus operadores manejan su propio argot, el que implica, entre otras cosas, la utilización de expresiones en latín o el empleo de vocablos en un sentido particular y distinto del que reciben en el mundo no jurídico. Empero, el juzgador no puede olvidar que la sentencia no está destinada a ser conocida solo por iniciados o expertos jurídicos, sino por litigantes que usualmente no son abogados ni tienen instrucción en la materia, de modo que no es posible que entiendan un texto que, si bien destaca por su sabiduría y riqueza jurídica, usa un lenguaje tan depurado o abstracto como incomprensible para el ciudadano común. De hecho, por más que las partes cuenten con una asesoría letrada que les permita, entre otras cosas, comprender todas las actuaciones y diligencias del proceso, evidentemente el efecto persuasivo de la decisión no será el mismo cuando ella provenga directamente de la boca del juez que cuando requiera de la intervención de un intérprete. Por consiguiente, el juez, en la medida de lo posible, debe servirse de un lenguaje de uso común, que asegure el conocimiento íntegro de su decisión y sus fundamentos por todos aquellos que tengan la obligación de cumplirla o simplemente quieran conocerla. Evidentemente no es realista aspirar ni es nuestra intención reclamar la omisión o el reemplazo por palabras de uso común de todas aquellas expresiones propias de la jerga jurídica o del uso forense, pues esto sería negarle vigencia a uno de los sellos característicos de la jurisdicción y la ciencia jurídica, pero al menos el sentenciador debe poner atención en no caer en excesos que terminen alejando la justicia de los justiciables, aumentando la sensación de arbitrariedad para cada una de sus decisiones.

Como hemos afirmado, si la motivación no se exterioriza de forma clara e inteligible el resultado que se produce será muy parecido a aquel en que no se proporciona ninguna fundamentación de la decisión, porque la parte no podrá saber con precisión cuáles son los motivos exactos del tribunal para creer o no en el relato que le ha suministrado un declarante ni estará en posición de comprender el ejercicio inductivo que el sentenciador ha llevado a cabo. En efecto, para ganar en legitimidad y aceptación de la decisión es indispensable que los litigantes puedan seguir el camino que ha transitado el tribunal para alcanzar sus conclusiones fácticas, para lo cual es necesario que el juzgador realice una exposición cristalina del resultado de las declaraciones personales, de la interpretación que ha realizado de cada una de ellas así como de los distintos parámetros o indicadores que ha empleado para contrastar la fiabilidad de su contenido verbal e inducir sus conclusiones acerca de los hechos litigiosos.

De esta forma, si el juez proporciona una explicación vaga, contradictoria u oscura de sus razonamientos sobre las pruebas personales no es posible que las partes puedan determinar si este ha empleado o no su razón para valorar la prueba, o sea, no podrán controlar dichos razonamientos ni verificar si ellos se han ajustado a las exigencias de la lógica y la razón. Nuevamente, este escenario puede hacernos dudar de que en el caso específico la valoración de las deposiciones se corresponda con un ejercicio inferencial inductivo y racional, llevándonos a pensar que ella es simplemente una expresión de la voluntariedad del sentenciador. Esto no quiere decir que en cada caso en que la motivación no aparezca nítidamente ante los ojos de quienes controlen la sentencia deba presumirse un trabajo arbitrario de parte del sentenciador. Sin embargo, desde nuestra perspectiva estimamos que no es posible desatender que es el detentador del poder -en este caso, del jurisdiccional- el que tiene que justificar que no lo ha ejercido de manera arbitraria, no siendo los ciudadanos los que están llamados a suponer que ello ha sido así salvo prueba en contrario, pues en nuestro caso es el órgano judicial el que tiene la misión de legitimarse ante los ojos de la sociedad mediante cada una de sus actuaciones, situación que claramente no ocurre cuando no se proporciona una justificación suficiente y adecuada de las decisiones.

Ya sea que exista una actuación arbitraria o simple desidia por parte del sentenciador, en las situaciones descritas existe sin lugar a dudas un comportamiento negligente de su parte, que al menos requiere que la decisión respectiva sea sometida a la revisión del superior jerárquico. En todo caso, en lo que refiere a los resultados de este examen, el litigante no debe olvidar que las faltas que puedan cometerse en el

terreno de la motivación no implican ineludiblemente que la decisión sea errónea, por mucho que las razones que la sustenten no sean conocidas a cabalidad por los terceros. De hecho, el tribunal de apelación perfectamente podría ratificar el fondo de la decisión aunque estime que su justificación es incorrecta o insuficiente, caso en el cual tiene el deber de exponer en detalle cuáles son sus propios fundamentos para confirmar la decisión inicial.

### **3) Desatención de algún medio de prueba específico**

Existe otra situación que también puede dar lugar a la interposición de un recurso de apelación y que puede ser más frecuente que las que se han mencionado previamente. En este caso, el cuestionamiento que se le formula al tribunal no está referido a la existencia de una motivación ausente o que no cuenta con la suficiente claridad, sino que el problema estriba en los materiales probatorios que el sentenciador ha usado para formarse una convicción sobre los hechos. En este sentido, nos referimos a que el juez *a quo* puede mostrarse negligente o arbitrario al momento de decidir cuáles serán los elementos de prueba que tomará en consideración para llevar a cabo la fijación de la *quaestio facti*, escogiéndolos de entre aquellos que se le han provisto y que él mismo ha analizado. Por lo tanto, en este caso se trata de pruebas que se han incorporado válidamente a los autos, que resultan pertinentes y útiles para confirmar o descartar los hechos discutidos, que han sido analizadas y valoradas por el sentenciador en su dictamen, pero cuyo resultado es desatendido al momento del pronunciamiento de la decisión.

Usualmente una situación como la descrita provocará la consecución de un resultado alterado y diferente de aquel que se obtendría cuando se tomaran en cuenta todos los materiales que resulten beneficiosos para la reconstrucción de los hechos, pues las conclusiones fácticas que están al alcance del sentenciador no solo tienen directa relación con el acervo probatorio que esté a su disposición, sino también con que en definitiva dicho conjunto sea empleado efectivamente por él. En este sentido, siendo las pruebas la única forma de establecer cómo han sucedido los hechos, si el tribunal limita las fuentes de conocimiento de que se sirve en su labor aumentarán sus dificultades para averiguar lo que efectivamente aconteció entre las partes o, expuesto en sentido inverso, disminuirán las probabilidades de acierto en la tarea de reconstrucción fáctica. Por ende, la configuración precisa del cúmulo de elementos probatorios determina los resultados

que estarán al alcance del tribunal, de modo que la adición o, en este caso, la sustracción de alguno de dichos elementos dará paso a una conformación distinta que necesariamente mostrará al juzgador un abanico diferente de posibilidades para resolver la contienda<sup>1155</sup>. Esto porque al interior del conjunto de evidencias que hayan sido analizadas por el juez se genera una serie de relaciones y equilibrios que dependen del peso específico que se le haya asignado a cada una de las pruebas y que, si el trabajo se ha hecho bien, tendrán correspondencia con las conclusiones fácticas. De ahí que si el sentenciador deja de prestar atención a alguna de las evidencias de que puede valerse, cierra la puerta a la ratificación de alguna de sus hipótesis de trabajo o, en el mejor de los casos, terminará debilitándola, dependiendo del valor concreto de la prueba que se deja de lado.

Por otra parte, es evidente que los litigantes tienen el derecho a presentar ante el juez de la causa, en conformidad con la regulación legal, todos los medios de prueba que resulten pertinentes, útiles y lícitos para acreditar las alegaciones que hayan formulado. Desde luego, estas pruebas se practican por las partes para intentar influir en el trabajo del juzgador, buscando convencerlo de que su versión de los eventos es la correcta. Pero para que este derecho cumpla un rol real y efectivo dentro del proceso judicial no puede entenderse que él implica solamente la facultad de practicar las pruebas que cumplan con los requisitos antes mencionados, sino que él se verá materializado únicamente cuando el sentenciador utilice dichas pruebas, pues de lo contrario será vaciado de contenido. Vale decir, de nada sirve que a las partes se les asegure la presentación de sus medios de prueba si cuando llega el momento de analizar conjuntamente las evidencias y dictar la sentencia, el tribunal lisa y llanamente prescinde de algunas de ellas<sup>1156</sup>. Por consiguiente, el sentenciador tiene que recibir y analizar todos los medios de prueba aptos que le ofrezcan las partes, empleando los resultados de cada uno de ellos en pro de formarse una convicción sobre los hechos litigiosos.

No se entiendan los párrafos anteriores en el sentido que el juez debe usar necesariamente en los procesos todas las pruebas que se le presenten, pues es perfectamente entendible y esperable que algunas de ellas no aporten datos útiles para la

---

<sup>1155</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 44. En el mismo sentido: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 40; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, cit., p. 128.

<sup>1156</sup> TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 357.

averiguación de los hechos. De esta forma, si bien el tribunal ha realizado una evaluación previa acerca de la procedencia de las evidencias en el momento en que ellas son propuestas por los litigantes, es indiscutible que en dicha oportunidad el examen está limitado solo al estudio de la apariencia general de las pruebas, pues el tribunal de ninguna forma puede prever la información específica que se obtendrá con cada una de ellas. Por tanto, no puede sostenerse que la venia del tribunal sobre la práctica de una prueba en la audiencia del juicio siempre lo obliga a utilizar sus resultados para fundamentar el ámbito fáctico de fallo. Sin embargo, lo que el tribunal no puede hacer es prescindir abiertamente de un medio de prueba cuyos resultados se muestran adecuados para arribar a una solución. De este modo, si el juez se forma el convencimiento que una de las pruebas no debe ser usada en el proceso decisorio, tiene que explicarlo en forma clara y explícita en su sentencia, señalado, por ejemplo, que dicha prueba no ha aportado ningún dato útil o nuevo a la reflexión sobre los hechos - como sería el caso en que en autos constara el testimonio de cinco testigos contestes sobre los mismos hechos, de modo que para sentenciar fuera suficiente con hacer mención solo a dos de ellos- o bien, que la prueba no posee la solidez suficiente para concluir la efectividad o no de alguno de modelos mentales sobre los acontecimientos con los que ha trabajado el juez.

Ahora bien, las causas que pueden llevar al tribunal a prescindir de una prueba en su proceso de decisión pueden ser muy variadas, pudiendo ir desde la simple desidia a la absoluta arbitrariedad, aunque en nuestra opinión estimamos que usualmente esto podrá encontrar su explicación en que el proceso inferencial del juez ha estado afectado por el sesgo de confirmación.

Como lo hemos expuesto oportunamente, este sesgo de razonamiento implica que el sentenciador va a tender a considerar solo las pruebas que le permitan sustentar una decisión preconcebida que se haya formado sobre los hechos, de manera que desechará aquellas que no vayan en la dirección de su decisión. En este sentido, es posible que el juez, desde que toma conocimiento de las alegaciones de los litigantes o desde el momento en que reciba las primeras pruebas, estima correcta alguna de las hipótesis que permiten explicar los acontecimientos, desechando de entrada cualquier otra explicación sobre ellos. Por ello, buscará reforzar su decisión mediante los restantes medios de prueba, pero obviamente solo con aquellos que vayan en la línea de lo que ya ha decidido. De ahí que se vea tentado a realizar su labor inferencial sin hacer mención



a aquellas evidencias que debilitan su decisión preconcebida, sino que solo a aquellas que la refuerzan, lo que muestra de forma patente el desarrollo de una labor sesgada.

En suma, si el tribunal deja de atender a los resultados de un medio de prueba adecuado y útil es evidente que esto modificará aquella verdad relativa y contextualizada de que nos habla TARUFFO<sup>1157</sup>, situación que sin lugar a dudas tendrá repercusiones en la sentencia. Ello habilita a la parte agraviada a interponer un recurso de apelación en contra de dicha resolución, alegando que el sentenciador ha actuado en forma arbitraria en la reconstrucción de los hechos o, al menos, que ha tenido un actuar sesgado sobre el particular.

#### **4) Utilización de criterios de prueba legal**

Como sabemos, la LEC actual ha establecido que la sana crítica es el sistema general de valoración de las pruebas, excepto para lo que tiene relación con la apreciación de documentos y la discutible norma subsidiaria que regula el interrogatorio de las partes. Por consiguiente, en cuanto a las declaraciones personales el legislador ha estimado que es el sentenciador del caso concreto el que debe proceder a la elección de los criterios generales o máximas de experiencia que le permitan determinar su mérito probatorio específico. En consecuencia, como se ha señalado, el juez no recibe ninguna orientación en dicha elección de parte de la ley, la que ha entregado a su exclusivo raciocinio y criterio lógico y jurídico la labor de determinar cuáles son los parámetros de común aceptación que le permiten fijar el poder de convicción de cada uno de los relatos.

Evidentemente, esta ausencia de normas jurídicas que apriorísticamente determinen el valor de la prueba no da paso a una libertad total para que el juzgador desarrolle su labor, que lo habilite incluso para realizar de manera caprichosa la apreciación de las declaraciones. Por el contrario, tal como hemos apuntado al tratar el tema de la sana crítica, este modelo demanda que en el proceso de valoración el tribunal observe las normas que determinen “*un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa*”<sup>1158</sup>, por lo que aun cuando no hay una regulación jurídica que ordene este aspecto y que deba ser respetada, el juez no puede actuar en contraposición con lo que dicta la lógica, la ciencia, la técnica o la experiencia, siempre

---

<sup>1157</sup> TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, cit., p. 75.

<sup>1158</sup> ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, cit., 1986, 102.

que en todos los casos ellas den cuenta de conocimientos generales y comprobados que gocen del apoyo de la comunidad científica o social en que tiene lugar el proceso<sup>1159</sup>. De hecho, solo utilizando estos elementos para contrastar el resultado de las evidencias podrá cumplirse con la segunda parte de las exigencias que impone la sana crítica, en el sentido de que sus conclusiones sean el fruto de un ejercicio intelectual objetivo que puede ser exteriorizado y justificado ante los terceros.

Ahora bien, es posible que el tribunal no posea los conocimientos que se requieren para valorar las declaraciones personales en un caso concreto o que no tenga certeza acerca de la fiabilidad o solidez de los que estima acertados para la situación específica. En ese escenario, el juez podría decidir no valorar la prueba (con las consecuencias que ya hemos tratado), utilizar pautas de juicio que no revisten las condiciones para generar conclusiones adecuadas o asilarse en antiguos criterios de prueba legal que, dado el estadio actual del saber psicológico, no gozan del sustento científico que las valide para ser empleadas en la labor jurisdiccional, pero que a pesar de ello le permiten salir del atolladero y valorar la prueba. En este último caso, es esperable que el sentenciador no reconozca abiertamente en su sentencia que ha empleado los resabios de un sistema que hoy resulta inaplicable, pues esto sería poner de manifiesto vicios que harían caer fácilmente la sentencia ante una revisión realizada por el tribunal de segunda instancia. Pero así como dicha aplicación puede deberse a un actuar consciente del juez, también es posible que estos criterios se encuentren tan arraigados en su patrimonio intelectual que los utiliza de forma automática, sin percatarse de ello, omitiendo cuestionarse tanto la correlación de estos criterios con el caso que le corresponde resolver como la validez de las conclusiones que puede obtener a partir de ellos.

De esta manera, el tribunal podría verse tentado a considerar que la versión correcta de los sucesos es la que ha sido relatada por uno de los litigantes durante su interrogatorio, pues dicha exposición se contrapone con las pretensiones que él mismo ha hecho valer en el proceso. De este modo, le estaría otorgando preeminencia a esta prueba por aplicación de la tan reiterada -y a la vez, errónea- máxima que señala que nadie miente para perjudicarse o, dicho de otra forma, que quien se menoscaba con sus dichos, siempre dice la verdad. Así las cosas, como lo indicábamos, es esperable que el

---

<sup>1159</sup> PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 294. Asimismo: FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, cit., p. 45; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, cit., p. 295.

sentenciador no señale expresamente que ha utilizado este criterio de prueba legal para arribar a sus conclusiones fácticas, pero el hecho de estar convencido de que esta regla es correcta y que debe ser empleada en la resolución del caso puede llevarlo a interpretar el resultado de las pruebas restantes en el sentido en que ellas sirvan de apoyo a esta forma de entender los sucesos, de modo que todo el entramado inferencial que sustenta su decisión fáctica tienda, más que a ser el reflejo del examen de todas las evidencias mediante una aproximación abierta y objetiva, a ser utilizado como el refuerzo de una decisión que se ha adoptado al momento de conocer el resultado de la deposición de aquel de los litigantes que declara contra sí. Ineludiblemente una situación como la anterior dificulta en demasía las posibilidades de que las partes puedan conocer los motivos reales -y en este caso, subyacentes- que explican las conclusiones fácticas, de manera que aquella que pretenda recurrir de apelación debe examinar detalladamente los razonamientos que constan en la sentencia buscando verificar si el análisis judicial que se ha hecho de las evidencias se encuentra tergiversado con el objetivo de hacerlos calzar con la orientación en que discurre la mentada deposición.

Lo propio puede tener lugar en relación con la prueba testimonial, ya que es posible que el tribunal sea vea inclinado a dar por cierta una hipótesis fáctica simplemente porque ha sido relatada por la mayor cantidad de testigos o por personas que le parezcan más confiables debido a su condición social o nivel de instrucción, todo lo cual constituye la aplicación de reglas de prueba legal que hoy no tienen asidero y que ameritan la interposición de un recurso de apelación en contra de la sentencia.

Un situación muy similar a la anterior puede producirse no por el empleo de criterios que formaban parte de prueba legal, sino porque aun cuando al momento de la valoración de las declaraciones el juez se sirva acertadamente de directrices emanadas desde la psicología del testimonio, no las toma como criterios orientativos que deben ser *aterrizados* para el examen de cada deposición concreta, sino que como pautas obligatorias que dan cuenta de conocimientos absolutos que no admiten excepciones. En este sentido, si analizamos esta cuestión desde la perspectiva del análisis del contenido de la declaración mediante los 19 criterios que propone el CBCA<sup>1160</sup>, el juez no puede considerar que, v. gr., toda declaración veraz se presentará mediante un relato libre o no estructurado, contendrá detalles que permitan anclar los hechos descritos en el espacio-

---

<sup>1160</sup> Ver *supra* p. 285.

tiempo y/o que el declarante manifestará dudas acerca de la calidad de su propio testimonio, pues no se trata de elementos que indefectiblemente se presentan en cada declaración cierta, sino que su constatación dotará al relato de un alto nivel de probabilidad, lo que impide que estos indicadores tengan un pequeño, pero existente, margen de error. Por consiguiente, es posible que a pesar de que el declarante exponga fielmente el recuerdo que almacena de los hechos, su relato no cumpla con las condiciones a las que se ha hecho mención, o a la inversa, que el contenido de la declaración ha sido tan bien preparado que incluso el deponente se ha preocupado de incluir todos aquellos detalles que aumentan la veracidad de sus dichos ante los ojos del entrevistador. De ahí que la confirmación de la presencia de estos criterios en el contenido verbal analizado no pueda leerse en todos los casos como una señal de veracidad, ni su ausencia como la prueba de su falsedad<sup>1161</sup>. En síntesis, no pueden establecerse pautas absolutas e inmutables para interpretar los resultados de las deposiciones, ni el juzgador puede emplear las directivas psicológicas señaladas como si poseyeran un carácter de infalibilidad, pues ellas no están en condiciones de proveer certezas absolutas.

Tampoco se puede caer en la simple comprobación cuantitativa de la presencia de los elementos de veracidad y exactitud en las distintas declaraciones, pues lo que se exige al sentenciador es que realice un análisis inferencial cualitativo de cada relato, de manera que sea el examen racional de su estructura y contenido el que permita determinar el nivel de credibilidad que se le puede asignar. De este modo, la labor del sentenciador no puede estar circunscrita a la confirmación mecánica de cada uno de los criterios de control sobre la veracidad y exactitud del relato, buscando asignarle el nivel más alto de convicción a la deposición que cumpla con la mayor cantidad de indicadores, sino que, por ejemplo, constatada la presencia de uno de los elementos de control que se han propuesto por el CBCA o la entrevista cognitiva<sup>1162</sup>, el tribunal debe calibrar la fuerza de cada uno de ellos al interior de la declaración específica, descartando que se esté ante una situación de excepción, para luego analizar cómo se interrelaciona cada uno de estos factores en el contexto global del relato que se somete a control.

---

<sup>1161</sup> STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, cit., p. 136.

<sup>1162</sup> Ver *supra* p. 212.

## **5) Empleo de máximas de experiencia espurias**

Otra equivocación del tribunal del fondo que puede derivar en una errónea reconstrucción de los hechos litigiosos, radica en la elección de las pautas generales que deben ser empleadas para extraer conclusiones fácticas a partir del resultado de las declaraciones personales. Así como el sentenciador puede acudir a elementos de psicología conductual para determinar el nivel de credibilidad de los relatos, con las nefastas consecuencias que hemos explicado, también es posible que desarrolle su ejercicio probatorio inductivo fundándose en unas máximas de experiencia que terminan siendo espurias, lo que generará conclusiones sobre los hechos litigiosos que no pueden ser consideradas válidas ni suficientes para dictar una sentencia acertada y justa.

Como se sabe, básicamente el proceso inferencial inductivo parte desde una regla general que goza de una alta probabilidad de ocurrencia, de modo que ella permite contrastar los resultados de las declaraciones personales y alcanzar conclusiones fácticas con un grado de acierto que va en correspondencia con el nivel de solidez de la regla general específica que le sirve de sustento. Por consiguiente, si las pautas de control que se han utilizado para valorar las declaraciones en un caso concreto dan cuenta de generalizaciones que se oponen, por ejemplo, a los conocimientos que han sido establecidos por la ciencia, difícilmente se podrá determinar de forma correcta si la versión de los hechos que aporta el declarante se ajusta o no a lo que realmente ha sucedido.

Todo esto viene a colación debido a que las pruebas personales deben ser apreciadas de acuerdo con el sistema de la sana crítica, lo que implica que el tribunal debe ser capaz de escoger los parámetros correctos para evaluar la fuerza de convicción de cada una de ellas, aspecto en el que, además de la lógica y los conocimientos científicos afianzados, juegan un rol esencial los conocimientos provenientes de la regularidad con que suceden los acontecimientos, vale decir, del saber que se construye gracias a la experiencia social del lugar y momento histórico en que se desarrolla el proceso.

De este modo, será la experiencia común acerca de la forma en que normalmente ocurren las cosas la que podrá utilizarse para fijar el mérito de convicción de los dichos del deponente, siendo misión del juez escoger las máximas que den cuenta de un saber contrastado y que resulten aplicables dependiendo de las condiciones que presentan los hechos que se contienen en el relato. Así, por ejemplo, si un testigo describe un

accidente de tránsito que ha ocurrido en una noche lluviosa de invierno, el tribunal debe tener presente -al momento de valorar el nivel de credibilidad de sus dichos- que usualmente de noche disminuye la capacidad visual de los conductores, como asimismo, que la maniobrabilidad de los vehículos se ve mermada al conducirlos sobre una vía mojada. De la misma manera, aunque en otro tipo de asuntos, puede ser necesario que el juez tenga presente la manera en que usualmente se procede a la prestación de ciertos servicios personales o la forma en que celebran y cumplen algunos contratos en zonas rurales y apartadas.

Ahora bien, es claro que el tribunal puede errar al momento de elegir el parámetro de contraste de los relatos, ya que lo que considera expresión de un conocimiento objetivo y verificable no es más que una generalización construida a partir de prejuicios y creencias que, a pesar de estar extendidos y arraigados en el saber popular, no cuentan con el respaldo suficiente para extraer de ellas conclusiones sólidas acerca de la efectiva ocurrencia de los hechos. En este sentido, se ha señalado que una equivocación de este tipo tiene lugar cuando el sentenciador se sirve de estereotipos falsos para extraer conclusiones desde el material probatorio<sup>1163</sup>, lo que queda en evidencia si, por ejemplo, el juez sostiene que todas las personas que forman parte de un colectivo presentan las mismas condiciones, características o habilidades, lo que le empujaría a creer o no en los dichos de un declarante dependiendo de la concepción que se tiene acerca del grupo al que pertenece. Así las cosas, si el tribunal fija el nivel de credibilidad de un relato teniendo en consideración que “todos los niños dicen la verdad”, “todas las personas que han sido condenadas por un delito no son dignas de crédito” o “todos los políticos son mentirosos”, resulta patente que las conclusiones obtenidas son, por decir lo menos, resultado de la casualidad, pues de ninguna manera se puede pretender que dichas aseveraciones representan criterios generales para valorar de forma acertada la honestidad de niños o políticos (aun cuando en este último caso dicho aserto dé cuenta de una opinión social generalizada, por no decir unánime). Además del empleo de estereotipos, el tribunal podría incurrir, v. gr., en el error de considerar como máxima aquella creencia que sostiene que la confianza del declarante es indicador infalible de su exactitud, aun cuando los estudios psicológicos hayan descartado la existencia de una relación entre ambos factores.

---

<sup>1163</sup> TARUFFO, Michele, *Consideraciones sobre las máximas de la experiencia*, cit., p. 440.

En vista de lo anterior, el problema que puede generarse en torno a las máximas de experiencia es que el tribunal incluya en esta categoría -y utilice como tales- a ciertas proposiciones que no den cuenta de un conocimiento general contrastable, sino que ellas se han elaborado a partir de lo que ha sucedido en un número limitado de casos o en situaciones aisladas, que son precisamente las que han sido conocidas por el sentenciador. De ese modo, dichas supuestas máximas de experiencia únicamente permitirán explicar una pequeña porción del universo de escenarios posibles, razón por la que no es admisible emplearlas para la evaluación de todas las situaciones análogas.

Por otra parte, el tribunal no debe olvidar que las máximas de experiencia no expresan reglas que sirvan para justificar y prever la ocurrencia de todas las situaciones fácticas que calcen con el supuesto de hecho que ellas contienen, con un 100% de fiabilidad y certeza, pues los saberes que permiten elaborar la máxima solo se construyen sobre el terreno de la probabilidad, lo que explica la existencia de excepciones al comportamiento descrito en ella. Debido a esto, el sentenciador debe estar atento a identificar si los hechos que se someten a verificación constituyen precisamente un caso de excepción a la regla, pues si es así, la aplicación forzada de la máxima generaría una reconstrucción totalmente tergiversada de los acontecimientos.

Vinculado con lo anterior, el juez también debe tener presente que cada máxima de experiencia posee su propio margen de error, por lo que es preciso que posea una noción clara acerca del margen que le corresponde a la regla con que está trabajando, teniendo claro que le será imposible encontrarse con una máxima que esté dotada de una cuantificación previa y objetiva de dicho margen. Por ende, en este aspecto el tribunal puede errar al dejar de aplicar una máxima debido a que estima que posee un margen de error tan alto que no le permite extraer conclusiones acertadas (en circunstancias que dicho margen es menor) o a la inversa, servirse de una que en su concepto goza de la suficiente solidez, cuando en realidad ella no habilita para obtener conclusiones fácticas con el nivel de rigurosidad que se exige, en teoría, en los procesos judiciales.

En síntesis, la elección y aplicación de la máxima de experiencia que se estime adecuada para el caso concreto puede llevar a la valoración incorrecta de las declaraciones de litigantes y testigos, todo lo que redundará en el pronunciamiento de una sentencia errónea que puede ser atacada mediante el recurso de apelación.

## 6) Descarte indebido de hipótesis fácticas alternativas

Como hemos analizado oportunamente, el proceso inferencial inductivo que debe llevar a cabo el tribunal *a quo* para arribar a conclusiones acertadas sobre los hechos debatidos, requiere que el sentenciador trabaje con el material probatorio que se ha aportado al proceso, las hipótesis fácticas que permitan explicar cómo ocurrieron los acontecimientos y las máximas de experiencia que sirvan para conectar racionalmente ambos elementos. Se ha destacado que en este ejercicio es clave la elección de la máxima de experiencia, pues su grado de probabilidad se verá reflejado en la confirmación o rechazo de cada una de las hipótesis de trabajo<sup>1164</sup>. Empero, este no es el único aspecto del proceso inferencial en que el tribunal puede cometer una equivocación. De hecho, tal como se explicó previamente, las negligencias o arbitrariedades también pueden ocasionarse en la selección del material probatorio que se contrasta a partir de las máximas elegidas, situación que altera el abanico de posibilidades que está a disposición del juez para la resolución del asunto. A ello debemos agregar ahora otro error en que puede incurrir el juez *a quo* en el desarrollo de su actividad inductiva.

No podemos olvidar que la labor óptima en el análisis de las evidencias y la selección de la máxima solo podrá culminar en una sentencia acertada si el juez ha sido capaz de analizar todas las hipótesis fácticas que permiten explicar racionalmente la ocurrencia de los hechos. En este sentido, el error del sentenciador puede provenir tanto desde el examen de hipótesis que sean evidentemente improcedentes o inviables, como asimismo, de la exclusión de modelos que se ajusten y puedan dar cuenta perfectamente de los hechos discutidos.

En el primer caso, el estudio de hipótesis claramente inadecuadas solo constituirá un mal empleo de tiempo y recursos -siempre escasos- por parte del tribunal, que no generará mayores inconvenientes para los litigantes si en definitiva el juzgador descarta estas alternativas y opta por alguna que encaje satisfactoriamente con los hechos. De lo contrario, si la sentencia se dicta a partir de alguna de estas hipótesis incorrectas, el o los litigantes agraviados podrán impugnarla alegando el error respecto a la reconstrucción fáctica que se expresa en el fallo.

---

<sup>1164</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho*, cit., p. 397.



Por otra parte, es posible que el juez de primer grado no haya llevado a cabo un ejercicio serio y abierto con miras a verificar la probabilidad de cada una de las hipótesis fácticas, sino que, debido a un actuar sesgado, consciente o inconscientemente, se haya centrado en la veracidad de una sola de ellas, sin confirmarla o desmentirla mediante el estudio de otras hipótesis alternativas. En este sentido, lo que se exige al tribunal no es solo que a partir de las alegaciones de las partes sea capaz de formarse tantos modelos mentales de los sucesos como le sea posible, sino que someta a verificación cada uno de ellos, vale decir, que realice un ejercicio individual de contrastación para cada una de las hipótesis. Solo de esa manera podrá efectuarse un análisis comparativo acertado de sus diferentes probabilidades inductivas, y así elegir la hipótesis que goce de un nivel más alto de confirmación a partir del acervo probatorio que se ha puesto a su disposición y de la máxima de experiencia que se ha empleado para examinarlo.

Necesariamente una situación de este tipo generará la inutilidad de algunas o varias de las pruebas que hayan presentado los litigantes con el objetivo de acreditar las versiones de los hechos que ellos consideraban acertadas, pero que en definitiva ni siquiera fueron sometidas a contrastación por parte del sentenciador. Con esto, de paso, se afectará el derecho a la prueba de las partes, pues la presentación de sus evidencias será un ejercicio que carecerá de efectos procesales sobre la toma de decisión del juez, a raíz de la desatención o del descarte errado de hipótesis que este efectuado.

De ahí que ante ese escenario las partes puedan fundar su apelación en un error del proceso inductivo del juez de la causa, exponiendo en su recurso cuáles eran las otras alternativas racionales y viables que permitían explicar los acontecimientos y que no recibieron ninguna atención del juzgador, lo que podrá constatarse fácilmente a través del texto de la sentencia pues esta no contendrá ninguna alusión a dichas versiones probables de los hechos. Ante ello, el tribunal de segundo estará llamado a estudiar los modelos alternativos que se alegan por las partes y a decidir si alguno de ellos permite explicar los acontecimientos de mejor manera que lo hace la sentencia de primer grado, caso en el cual revocará esta decisión.

## **7) Aplicación de criterios de la psicología conductista**

Tal como hemos detallado a lo largo de este trabajo, existe una corriente doctrinal que sostiene que la valoración de las declaraciones de partes y testigos debe

realizarse a partir de los criterios propuestos por la psicología conductista<sup>1165</sup>. Esto quiere decir, que la mayor o menor credibilidad del deponente dependerá de las señales externas que evidencie al momento de entregar su relato, señales que estarán a disposición de cualquier sujeto que observe al declarante durante el desarrollo de la diligencia. Con ello se hace mención al cúmulo de gestos, posturas, inflexiones, pausas, sonrojos, etc. que da a conocer el declarante en el momento en que comparece ante el tribunal, antecedentes a los que puede acceder el juez del fondo debido a que durante la sustanciación del proceso civil se ha garantizado su relación personal y directa con los medios de prueba. Por eso, se ha afirmado que sin la existencia de una intermediación con los declarantes, el sentenciador no puede llevar a cabo la tasación de los relatos<sup>1166</sup>, a raíz de que ante la falta de una observación directa del litigante o del testigo que proporciona su versión de los hechos discutidos, carece de la fuente que le permite acceder a toda la información anexa.

Según esta forma se enfrentará la cuestión, el elemento central para valorar la deposición estaría radicado en la persona que declara, de manera que además de poner atención en lo que dice, el juzgador debe estar muy atento para recibir e interpretar correctamente toda la información adicional que este proporciona conjuntamente con sus palabras, pues serán estos datos los que le harán posible calibrar con certeza la veracidad de su relato. Por ende, lo que proponen es que el juez atienda a toda la comunicación no verbal y paraverbal que puede observarse durante la diligencia probatoria, pues ella le facultaría para desvelar las intenciones mendaces del declarante.

En ese sentido, se ha indicado que el motivo fundante que explica la necesidad de atender a todos los indicadores externos tiene relación con que al declarante le resultaría imposible cubrir todas las huellas exteriores de su mentira, pues más allá de que a nivel psicológico tenga la intención clara de embaucar al tribunal, existen aspectos de su comportamiento observable que escapan de su control total y se manifiestan de forma involuntaria, algo que supuestamente ocurre con las microexpresiones faciales o movimientos involuntarios de los músculos de la cara que se corresponden con algunas de las emociones básicas y universales que han sido estudiadas por EKMAN<sup>1166</sup>. Así, cada vez que el sujeto experimente alguno de esos estados de ánimo (entre los que se

---

<sup>1165</sup> Entre otros: BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., p. 158; DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil*, cit., p. 345; HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, cit., p. 50; ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, cit., p. 368.

<sup>1166</sup> EKMAN, Paul, *Cómo detectar mentiras*, cit., p. 17.

encuentra la ira, el miedo o el desprecio), se generará una alteración determinada e incontrolable de su estructura facial, haciendo patente la discordancia entre lo que dice y lo que realmente siente.

Desde otro punto de vista, se ha intentado explicar las señales externas a partir de la mayor carga cognitiva que debe soportar el sujeto que miente, dado que debe estar atento a recordar la historia que ha elaborado él mismo o que le ha proporcionado otra persona, cuidando de que calcen todas las partes del relato y evitando incurrir en contradicciones, al mismo tiempo que debe mostrarse convencido y seguro de la veracidad de lo que cuenta. Todo eso lo dejará sin recursos disponibles para controlar ciertos movimientos de su cuerpo o el tono con que dice sus palabras, razón por la que se han visto como indicadores de falsedad, entre otros, un aumento en el movimiento de sus pies o manos, una gesticulación excesiva, la imposibilidad para mantener un contacto visual con el interlocutor o presentar una voz entrecortada que evidencie un estado interno de nerviosismo o excitación<sup>1167</sup>.

Sin embargo, tal como lo hemos señalado en reiteradas ocasiones, no podemos aceptar como válidas las conclusiones que se obtengan a partir de la aplicación de los criterios de valoración empleados por la escuela conductista, de partida, porque seguir estas pautas implica centrarse en la persona del declarante para evaluar el relato, en circunstancias que la moderna psicología del testimonio sostiene claramente que el foco de atención debe situarse sobre el contenido verbal de la declaración, dejando de lado cualquier información adicional que si bien puede parecer interesante o útil para establecer la veracidad del relato -y que de hecho, con tales fines es usualmente empleada por las personas en sus relaciones sociales o familiares- no cuenta con las propiedades que permitan atribuirle dicha capacidad.

En efecto, el problema de la teoría conductista radica en que se niega a renunciar a toda la información que acompaña al relato, más allá de si ella goza o no con el sustento científico o técnico suficiente para ser considerada fiable y, por consiguiente, para servir como elemento fundante de una reconstrucción correcta de la *quaestio facti*. De hecho, la conducta observable de un sujeto no constituye una fuente segura para alcanzar conclusiones acerca de su veracidad, pues los estados internos que pueden llevar a una persona a sonrojarse, bajar la mirada o a gesticular más de lo normal son

---

<sup>1167</sup> VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, cit., p. 900. También ver: ZUCKERMAN, Miron, DEPAULO, Bella M. y ROSENTHAL, Robert, *Verbal and nonverbal communication of deception*, cit., p. 7.

variados y variables, ya que en la práctica existen iguales probabilidades de que dichas señales externas puedan deberse tanto a que está mintiendo como a que se siente nervioso por la situación, teme no ser creído o le preocupa cometer un error que perjudique a la parte que le ha solicitado su comparecencia judicial. En ese sentido, dada la particularidad de las reacciones de cada deponente, el juez debería estar dotado de un conocimiento previo acerca de la forma en que ordinariamente responde a los distintos estímulos, o bien, poseer poderes adivinatorios o sobrenaturales para conocer las reales intenciones del declarante, lo que borra de un plumazo la presencia de la racionalidad en el proceso<sup>1168</sup>.

Por eso, la única forma correcta de valorar las declaraciones personales es limitar el análisis a su contenido verbal, empleando en él los criterios racionales y objetivos que se propusieron al final del capítulo segundo<sup>1169</sup>. En dicha oportunidad se indicó que, aplicando los postulados de la psicología del testimonio, toda valoración de las deposiciones debe comenzar por un examen acerca de su veracidad, para lo cual es forzoso atender a la contextualización del relato, a su nivel de consistencia y a su refuerzo mediante otras evidencias, además de interpretar de forma correcta algunos elementos contraintuitivos. Con todo estos datos se estará en condiciones de determinar si la declaración es o no veraz, y en caso de que lo sea, se podrá dar paso a la fijación de su nivel de precisión, momento en el que se debe poner atención a los factores que influyen en el funcionamiento de la memoria y cómo ellos han afectado o modificado al recuerdo que se almacena de los hechos. Todo ello hará posible que el juzgador cuente con parámetros más que suficientes no solo para enjuiciar correctamente las declaraciones de partes y testigos, sino también para exponer sin ambages los motivos que lo han llevado a emitir su decisión.

Esta forma de llevar a cabo el examen de las deposiciones también resultará más beneficiosa que el acercamiento conductual porque permite realizar un control más amplio de la declaración. Esto porque el análisis de la comunicación no verbal y paraverbal solo serviría para fijar el nivel de veracidad del declarante, vale decir, con las señales externas únicamente se podrían descubrir las reales intenciones del sujeto en cuanto a proporcionar o no una versión fidedigna de lo sucedido. Sin embargo, esto olvida que la afectación de la calidad de las declaraciones no solo se puede producir en el terreno de la verdad/falsedad, sino también porque el recuerdo que el sujeto almacena

---

<sup>1168</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 112.

<sup>1169</sup> Ver *supra* p. 307.

de los hechos puede ser de mala calidad, lo que puede deberse tanto a un registro defectuoso de la huella de memoria como a que esta ha sufrido un deterioro posterior. A diferencia de ello, los criterios de valoración que hemos ensayado atienden a ambos aspectos de la deposición, de modo que no solo son superiores porque se trata de elementos que gozan de un respaldo científico, y por ello son objetivos y contratables, sino también porque permiten hacerse cargo del análisis completo de la declaración.

Por tanto, si el tribunal del fondo ha asignado un valor de convicción a las declaraciones de acuerdo con las señales externas que pudieron ser observadas en el deponente durante el desarrollo de la diligencia probatoria, no resta sino afirmar que las conclusiones fácticas que se extraigan de dichas evidencias no serán el producto de un ejercicio racional del sentenciador, sino que frutos del mero azar o de las impresiones o intuiciones que le surjan al juez a partir de la relación directa con los declarantes. Pero en cualquier caso, si se sigue el camino de las señales exteriores, la determinación de lo que en realidad ha sucedido entre las partes no puede superar con éxito ningún escrutinio intersubjetivo a que ellas sean sometidas, ya sea que este provenga de los propios litigantes o del respectivo tribunal superior. Por consiguiente, una situación de este tipo justifica plenamente la interposición de un recurso de apelación en contra de la sentencia que se ha dictado en virtud de dicha reconstrucción de los hechos, pues ella no ofrece las garantías suficientes de objetividad y certeza.

#### **8) Considerar la percepción de confianza como indicador de certeza**

Como hemos mencionado en el apartado anterior, la situación que ahora tratamos también constituye un caso de utilización de una máxima de experiencia espuria en el proceso de valoración de las declaraciones, pero sus características particulares y la frecuencia con que se presenta ameritan analizarla por separado. En efecto, un error muy común que las personas están propensas a cometer -en todo tipo de relaciones interpersonales, incluyendo al terreno judicial- es atender a la confianza que evidencia o que señala tener la persona que nos proporciona un relato, para a partir de ello determinar la conformidad de sus dichos con la manera en que ocurrieron los hechos.

Sin embargo, se ha demostrado que la confianza no puede ser considerada un indicador fiable de la exactitud de la declaración, básicamente, porque no existe una

correlación entre ambas cuestiones<sup>1170</sup>. De hecho, ellas tienen sus propios mecanismos de funcionamiento y están afectas a la influencia de distintos tipos de elementos, lo que si bien no obsta a que en el momento en que se produzca el reforzamiento o debilitación de la confianza se genere lo propio respecto a la certeza del recuerdo, nada asegura de que ello siempre se producirá de ese modo, a raíz de lo cual no es posible inferir -con un nivel de acierto superior al de azar- que si un testigo expresa tener un alto grado de confianza es porque existe concordancia de su relato con los hechos expuestos.

Los estudios sobre este asunto han demostrado que el nivel de confianza de los declarantes aumenta o disminuye por factores que nada tienen que ver con las fases de memoria o los factores que intervienen en ellas. Así, ciertas actividades que realice el declarante de forma previa a su comparecencia judicial pueden fortalecer enormemente la confianza que manifieste durante el desarrollo de la diligencia, incluso en el caso en que tenga plena conciencia de que está proporcionando un relato falso o inventado. En este sentido, es posible que la preparación que realicen los testigos -bajo la dirección del abogado de la parte- mejore su desempeño y tranquilidad durante el acto, lo que trae como consecuencia mayor confianza en lo que relatan. Para esto cumpliría un rol muy importante que el declarante sepa de antemano la forma en que se llevará a cabo la toma de su declaración, las personas que participarán y el rol que cumplirá cada una de ellas, lo que se ve reforzado por el hecho de repetir y ensayar la declaración en varias ocasiones<sup>1171</sup>.

Desde el punto de vista de la certeza del relato, lo que sucede es que desde el momento en que el sujeto forma su registro mnemónico sobre los hechos pueden operar una serie de factores que principalmente animan en el declarante la sensación de que su recuerdo es fiel a lo sucedido, fortaleciendo la confianza que él tiene en su memoria, aunque en realidad la huella que almacena no haya hecho más que deteriorarse. De hecho, el solo transcurso del tiempo que va entre la formación del trazo de memoria y la deposición judicial produce un cierto menoscabo en el recuerdo -cuya entidad dependerá de las capacidades mnemónicas naturales de la persona o de las veces que haya tenido que recordar los hechos-, sin dejar de mencionar que es posible que el registro se haya visto alterado a raíz de toda la influencia e información externa que

---

<sup>1170</sup> IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 126. También: WELLS, Gary L. y LINDSAY, R. C. L., *Methodological notes on the accuracy-confidence relation in eyewitness identifications*, cit., p. 416.

<sup>1171</sup> SPORER, Siegfried L., McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos presenciales*, cit., p. 250.

recibe el sujeto durante ese lapso (especialmente si se trata de un suceso de gran relevancia pública, de modo que ha sido tratado una y otra vez en los medios de comunicación o en las redes sociales) o incluso por el efecto de sus propios pensamientos, lo que puede derivar en el solapamiento de distintos sucesos con características parecidas, lo que hace imposible distinguir a largo plazo entre unos y otros.

El problema estriba en que el juez de la causa olvide todos estos factores que afectan a la memoria y se centre únicamente en si el testigo se muestra o no seguro de la certeza de su relato. En efecto, en las relaciones sociales es muy usual que las personas pregunten a su interlocutor cuán seguro está sobre lo que cuenta y dependiendo de cuál sea su respuesta se proceda a asignar un mayor o menor nivel de credibilidad a sus dichos. Esto es precisamente lo que puede replicarse en el terreno judicial, ya que en el interrogatorio alguno de los letrados o el propio sentenciador pueden sentir que es necesario que el testigo se pronuncie sobre este aspecto, para así contar con el elemento central (o, al menos, con un elemento adicional) para tasar el mérito de esta prueba. De hecho, si el abogado de la parte que presenta el testigo tiene conocimiento acerca de la importancia que el sentenciador del caso le otorga a este factor, sabe de antemano que su testigo está confiado sobre el contenido de su deposición o se ha preocupado de remarcarle este punto, no dejará pasar la ocasión para inquirirle sobre este aspecto, con la intención de que la manifestación expresa del testigo sobre su alto nivel de confianza sirva para reforzar el mérito que se le otorgue de sus dichos.

Además, no puede soslayarse que la constancia acerca de la confianza del litigante o testigo puede extraerse tanto desde su comportamiento observable como desde el contenido de la declaración. Si el tribunal ha optado correctamente por valorar la declaración en atención a su contenido verbal, las señales exteriores de confianza no van a tener ninguna importancia para el resultado del ejercicio valorativo, pero si esta información ha sido proporcionada verbalmente por el declarante, el sentenciador estará expuesto en cierta medida a verse permeado por ella, razón por la que es muy importante que el tribunal tenga claro que estos datos no son útiles para proceder a la apreciación de esta prueba. En caso contrario, se generarán conclusiones fácticas erróneas e inadecuadas para fundar una sentencia acertada y justa.

## 9) Incurrir en sesgos de razonamiento

En el terreno de la resolución de problemas, entre los que se incluye el pronunciamiento de la sentencia judicial, entran en escena las estrategias psicológicas que las personas siguen para simplificar la forma de conseguir la solución que necesitan<sup>1172</sup>. Como vimos en el primer capítulo, estas estrategias reciben el nombre de heurísticos, y aunque su uso parece conveniente y de mucha utilidad para hacerle frente a los problemas diarios, su empleo por parte del juzgador debe realizarse con mucha cautela, pues al dejarse llevar sin más por los postulados que se contienen en los heurísticos puede caer en una reducción excesiva tanto del conflicto judicial que está llamado a resolver como del contenido de las pruebas cuyo mérito debe fijar. Dicha situación puede devenir de la asignación de un carácter de infalibilidad a los heurísticos, en circunstancias que si bien estas reglas pueden resultar oportunas en la mayoría de los casos, siempre será posible encontrarse con situaciones de excepción que no pueden ser abordadas mediante la forma usual de solución<sup>1173</sup>.

Por consiguiente, la utilización de heurísticos provoca que el sentenciador, si bien no abandone toda racionalidad en la búsqueda de una solución para la tarea que se le presenta, se deje llevar por los mecanismos que espontáneamente le parecen más idóneos para enfrentar el problema. Empero, el inconveniente puede producirse cuando el juez no se detenga a analizar la adecuación del heurístico que utiliza con las características del caso concreto en que este pretende ser aplicado, situación que puede desembocar en el análisis erróneo de las evidencias que se han aportado al proceso, con la consecuente imposibilidad de alcanzar conclusiones fácticas acertadas. En vista de eso, aunque es claro que el empleo de heurísticos representa una facilitación cognitiva para el desarrollo de la tarea de sentenciar, es perentorio que el juez tenga consciencia acerca de cuáles son los heurísticos a que recurre con mayor asiduidad en el desempeño de su labor, de modo de evitar que su empleo automático termine generando perjuicios para los justiciables, pues cada una de estas estrategias puede venir aparejada de la comisión de una serie de errores o sesgos a la hora de razonar.

---

<sup>1172</sup> PÉREZ ECHEVERRÍA, María, *Solución de problemas*, cit., p. 205.

<sup>1173</sup> GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, cit., p. 180. En el mismo sentido: ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., pp. 329 y ss.; KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Subjective probability*, cit., p. 430.



Desde esta óptica, será usual que el sentenciador se sienta inclinado a fallar los procesos de acuerdo al sentido de los pronunciamientos que haya emitido previamente en casos análogos (heurístico de representatividad). De hecho, este es un panorama que se presenta con mucha reiteración, pues es fácil posible encontrar jueces que son conocidos por fallar siempre de la misma forma<sup>1174</sup>. En este sentido, por ejemplo, algunos sentenciadores tienen fama por mostrarse siempre predispuestos a fijar montos altos por concepto de pensión de alimentos, a la vez que se sabe que otros son más reacios que sus colegas a condenar por responsabilidad extracontractual. En el mismo sentido, el juez *a quo* puede ir mostrando algunas tendencias para establecer el mérito probatorio de cierto tipo de evidencias, descuidando las particularidades que se puedan detectar en cada caso. En este sentido, el juzgador podría caer en el sesgo de considerar de antemano más creíble a las testigos mujeres, básicamente porque al hacerlo siempre de ese modo se le ha formado un hábito absolutamente inconciliable con los fines epistémicos que le han atribuido a estas pruebas. Lo propio ocurriría si el tribunal descartara de entrada todo valor probatorio de las declaraciones personales que se practican en cierto tipo de procesos, debido a que en casos análogos llegó a la convicción que los testigos no son útiles para el esclarecimiento de los hechos o siempre se trata de terceros que entregan una versión falsa de lo sucedido. Como puede verse, es claro que en los ejemplos expuestos el tribunal renuncia a la realización de un ejercicio inferencial objetivo sobre el acervo probatorio y extrae sus conclusiones del conocimiento previo que posee sobre situaciones similares, lo que es más que suficiente para impugnar las conclusiones fácticas que se contienen en la sentencia. El parecido entre los casos que le corresponde sentenciar puede inducir al juzgador a desatender las características distintivas de cada uno, lo que le lleva a decidir que la solución correcta para ambos debe ser la misma, en circunstancias que un examen detallado de los antecedentes permite constatar que una decisión de ese tipo es errada.

Por otra parte, el juez puede estimar la probabilidad de que efectivamente hayan ocurrido los hechos que le relatan tomando en cuenta la facilidad con la que puede recordar o imaginar otros casos o situaciones que haya conocido o que le haya correspondido resolver y en que los eventos se hayan desarrollado de la misma forma (heurístico de accesibilidad)<sup>1175</sup>. Evidentemente, la facilidad para acceder a casos

---

<sup>1174</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, cit., p. 73.

<sup>1175</sup> ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, cit., p. 343.

semejantes de ninguna manera puede ser considerado como indicador fiable de que el problema concreto que está conociendo forma parte del mismo grupo, pues al razonar de este modo el juez podría estar haciendo una generalización a partir del conocimiento limitado que posea acerca del cúmulo de opciones que permitirían explicar la ocurrencia de los hechos. Una situación de esa naturaleza le puede llevar a descartar algunas hipótesis sobre los hechos litigiosos sin darse el trabajo de analizar en profundidad si ellas resultaron o no demostradas por las pruebas disponibles. De la misma forma, el tribunal podrían asignarle un nivel alto de credibilidad a los dichos de uno de los litigantes debido a que en el último tiempo le ha correspondido sustanciar un caso con las mismas características y en el que en definitiva pudo demostrarse la veracidad de la parte que declaró en ese proceso, lo que deja en una situación más que precaria a las conclusiones fácticas que se puedan alcanzar en el segundo de los procesos.

En este escenario el juzgador también puede incurrir en la equivocación de dar por hecho la existencia una relación entre dos variables, aunque en la práctica dicho vínculo es inexistente o se desarrolla con un menor nivel de intensidad que el que se estima (correlación ilusoria)<sup>1176</sup>. A nivel de declaraciones personales un error de este tipo se presentará, v. gr., cuando el juez considere que el reconocimiento de una persona realizado por un oficial de policía está dotado de un alto nivel de exactitud, debido a que la profesión que desempeña el declarante le ayuda a perfeccionar este tipo de habilidades. No obstante, se ha demostrado que no existe ninguna relación entre la capacidad de reconocimiento y el oficio, por lo que estimar la precisión del relato a partir de la conjunción de dichas variables origina un resultado totalmente erróneo.

Lo anterior puede verse reforzado cuando el juez incurra en el sesgo de confirmación, al que ya hemos hecho mención en apartados previos. Sin embargo, valga la pena reiterar que este provoca que los sujetos interpreten la información nueva que obtengan sobre los mismos hechos de manera de hacerla calzar con la decisión o hipótesis que inicialmente han estimado acertada (heurístico de anclaje o ajuste). Por consecuencia, este sesgo obstaculiza el desarrollo de una estimación libre y abierta del valor de las declaraciones, pues mediante ella solo se buscará ir en apoyo de la decisión que se ha concebido de entrada, dejando de lado la averiguación de los sucesos. Esto podrá verificarse, por ejemplo, si el tribunal solo se sirve de algunos pasajes de la declaración para fundar su sentencia -precisamente los que van en el sentido de su

---

<sup>1176</sup> CHAPMAN, Loren J. y CHAPMAN, Jean P., *Genesis of popular but erroneous psychodiagnostic observations*, cit., p. 194.

decisión inicial-, haciendo caso omiso de la información que también proporciona el deponente pero que se opone a su concepción de los hechos. En el fondo, se trata de un caso de prejujuamiento que visiblemente no cumple con los estándares de racionalidad y lógica que se imponen al trabajo jurisdiccional.

La mala utilización de los heurísticos y los sesgos que traen consigo terminan generando decisiones erradas y de baja calidad, marcadas por la premura con que se han pronunciado. En efecto, la facilidad para acceder a estos mecanismos de resolución de problemas puede provocar que el juez no analice en profundidad cada uno de los asuntos ni realice un ejercicio intelectual por medio del cual examine a cabalidad el acervo probatorio que se ha incorporado al proceso. Así, la valoración de las declaraciones llegará como consecuencia de una simplificación de la actividad inferencial, no del despliegue de la razón y la lógica respecto a su mérito de convicción. De esa forma, el establecimiento de la *quaestio facti* se habrá convertido en una cuestión de más rápida y fácil resolución, panorama sumamente atractivo para juzgadores que actualmente se encuentran sobrepasados de trabajo y carentes de tiempo y recursos, pero el resultado obtenido no tendrá las condiciones para superar con éxito la revisión del tribunal *ad quem*.

### **10) Controlar únicamente la veracidad del deponente**

La determinación del valor preciso de las deposiciones de litigantes y testigos demanda llevar a cabo un control completo de su contenido verbal. Ello implica que el sentenciador no puede limitar su labor únicamente al análisis del nivel de honestidad del deponente, pues, como se ha explicado, esto constituye solo una parte del proceso valorativo.

En efecto, si el tribunal simplemente se preocupa de aplicar los criterios objetivos que tienden a poner de manifiesto que el declarante ha mentado en sus dichos, ello proveerá solo de una porción de la información que se requiere para valorar acertadamente la prueba. De esta forma, el examen del relato no puede restringirse al estudio de la contextualización, la coherencia interna y externa y la interpretación correcta de elementos contraintuitivos, pues estos indicadores nada aportan sobre el nivel de exactitud de las memorias expuestas.

El análisis de la veracidad constituye el punto de inicio para fijar el mérito probatorio de la declaración, pero una vez que este haya sido superado

satisfactoriamente debe continuarse con la siguiente etapa. Así, en caso que se determine que la parte o el testigo ha mentido en sus dichos se acabará el proceso inferencial, pues es evidente que ante esa circunstancia el tribunal no puede otorgarle ningún poder de convicción a esta prueba. Ahora, cuando la situación es contraria, pues se ha llegado a la conclusión de que el declarante ha sido sincero, esta constatación resulta necesaria -mas no suficiente- para establecer correctamente el peso probatorio de esta evidencia, de modo que se debe acometer el análisis de la precisión del relato, vale decir, el juez debe examinar cómo se han desarrollado los procesos de codificación y retención del recuerdo sobre los hechos, determinando cómo han operado a su respecto los elementos que afectan la calidad de las memorias. En este sentido, el sentenciador debe indagar acerca de cuáles fueron las condiciones del suceso y del testigo durante los hechos, y a la vez verificar si el transcurso del tiempo y la información post-suceso pudieron deteriorar o modificar el recuerdo.

Lo anterior queda de manifiesto si se piensa, v. gr., en un testigo que no tiene la intención de engañar al tribunal, de modo que en su declaración se ajusta fielmente al recuerdo que tiene de los hechos. No obstante, a pesar de sus buenas intenciones, dicho relato puede diferir de los acontecimientos reales, ya que el registro mnemónico que guarda de ellos es de mala calidad, debido, por ejemplo, a las condiciones de estrés bajo las que se codificó la huella o a las alteraciones que ha sufrido con posterioridad<sup>1177</sup>. En una situación como esa el testigo debería superar sin inconvenientes el control de veracidad, sin perjuicio de lo cual es claro que la deposición presentará carencias en cuanto a su precisión, lo que impedirá conferirle un alto peso probatorio. En otros casos, el tribunal deberá poner atención en verificar si la huella de memoria que supuestamente se corresponde con los eventos analizados, en realidad trata sobre un falso recuerdo que se ha implantado en la memoria del testigo como consecuencia de que ha conocido los hechos por los dichos de terceros o incluso por efecto de su propia imaginación, todo lo que le ha llevado a crear una fotografía mental tan nítida de los sucesos que le genera la sensación y el convencimiento de que efectivamente los ha vivido. De la misma forma, una huella de memoria que inicialmente daba cuenta de los hechos pudo haber estado sometida a un proceso de deterioro o de reelaboración, de modo que el registro actual del sujeto en nada se parece a la huella original. Estas situaciones dejan en evidencia

---

<sup>1177</sup> LOFTUS, Elizabeth F., *Eyewitness testimony*, cit., p. 35. También: IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, cit., p. 25; MANZANERO PUEBLA, Antonio, *Psicología del testimonio*, cit., p. 114.

que la veracidad no puede ser considerada un criterio suficiente por sí solo para determinar el nivel de credibilidad del relato, pues al soslayarse el estudio de la calidad de la memoria del declarante los resultados obtenidos no serán adecuados para extraer conclusiones fácticas acertadas.

Es imprescindible que una vez que el sentenciador se haya convencido de la veracidad, continúe sin excepciones con el examen de la exactitud del relato, ya que como explicábamos, es perfectamente posible que se genere una deposición veraz pero a la vez imprecisa acerca de los hechos, combinación que impide asignarle un alto valor de convicción. De esta forma, si el juzgador solo atiende a la sinceridad dejará de lado el aspecto de la declaración que puede echar por tierra el mérito ha decidido asignarle, y con ello, a errar en la elección de la versión de los hechos que ha tenido por cierta, lo cual, sin lugar a dudas, justifica la interposición de un recurso de apelación en contra de la sentencia que ha pronunciado.

### **11) Aplicación errada de criterios de valoración correctos**

Situémonos en contexto. En este apartado nos referimos al desarrollo de un ejercicio que, en teoría, resulta ideal para proceder a la valoración de las pruebas personales. Esto quiere decir que el juez del fondo ha tomado como objeto de análisis únicamente el contenido verbal de la declaración, el que ha sido contrastado con una serie de indicadores racionales y objetivos que permiten determinar su nivel de veracidad y exactitud, todo lo cual ha sido expuesto claramente en la sentencia, de modo que las partes y los terceros pueden conocer las inferencias probatorias y las conclusiones fácticas a las que ha arribado el sentenciador. Vale decir, desde el punto de vista del material empleado, de los criterios elegidos para fundar el ejercicio inductivo y de la exposición de los motivos del fallo, no hay nada que objetar.

No obstante, es perfectamente posible que aun cuando el tribunal siga todas las pautas que se han mencionado, de igual forma se equivoque en la determinación de la cuestión fáctica. Más en concreto, las pautas que se han señalado no aseguran que en todos los procesos se acertará en la fijación del mérito de las declaraciones y en la decisión del pleito, pues de lo contrario nos habríamos animado a proponer la supresión de la segunda instancia. Pero dado que ese no es el caso, es interesante analizar dónde puede radicar el error de valoración.

El punto está en que, a pesar de que el juez deje en evidencia la utilización de criterios de valoración que gozan del respaldo suficiente, se alegue que ellos fueron empleados o interpretados de forma incorrecta, situación que le ha llevado a errar en la fijación del peso de la evidencia concreta y, por consiguiente, en la asignación de la fuerza gravitatoria de que ella está dotada en relación con el resto del acervo probatorio. En esta escenario lo que se discute no es la procedencia de los parámetros que se han escogido para construir las inferencias a partir del resultado de las declaraciones, sino que la controversia radica en el nivel de cumplimiento efectivo de cada uno de los indicadores de veracidad y exactitud. En este sentido, el tribunal debe ser capaz de fijar y explicar los estándares que permitan comprender cuando debe estimarse que, por ejemplo, el contenido de la deposición cuenta con la suficiente coherencia interna para entender que en este aspecto ella tiene las características de una declaración veraz, o, por otra parte, cuáles son los datos que permiten reconocer que una huella de memoria se ha visto alterada por una información post-suceso. De esta forma, la parte que se siente agraviada por la sentencia podría argumentar que la información que se contiene en el relato no permite dar por superado el umbral del respectivo criterio de valoración, de modo que, a pesar de que el tribunal haya manifestado lo contrario, no puede concluirse que estemos ante una declaración veraz y/o precisa. Vamos a graficarlo con dos ejemplos:

1. En cuanto a la veracidad, el apelante podría mostrarse en desacuerdo con que el tribunal haya considerado que un testigo ha proporcionado una contextualización suficiente de su relato, que cumple con las condiciones para dar por cierta su presencia en el lugar en que ocurrió el accidente automovilístico que motiva el proceso. Así, el recurrente podría fundar su apelación sosteniendo que los datos ambientales que ha entregado el testigo no bastan para reconstruir el contexto de los hechos ni menos para tener por acreditada su observación personal y directa de ellos, pues se trata de una información básica y general de la que cualquier persona podría dar cuenta con una mínima preparación de su relato. En efecto, para comprobar la presencia de los testigos en el lugar del accidente es normal que se le pregunte sobre las condiciones climáticas del día en tuvo lugar o la hora en que este se produjo. Proporcionada satisfactoriamente esta información, el tribunal puede verse motivado a tener por cierto el relato, algo que el apelante podría no compartir, por estimar que dichos datos son insuficientes para contextualizar los hechos, de modo que este aspecto de la deposición no puede ser empleado para reforzar su nivel de veracidad.

2. También es posible que el apelante discuta el nivel de precisión que el tribunal le ha asignado al relato, señalando, por ejemplo, que ha existido una errada calificación de las condiciones de codificación del recuerdo, pues las particularidades del escenario en que se desarrollaron los sucesos impedían crear un registro con la fidelidad que ha señalado el sentenciador. De esta forma, si el tribunal tiene por exacta la versión de un testigo que ha presenciado unos hechos que han acontecido de noche y a más de 100 metros de distancia del lugar en él se encontraba, el recurrente podrá hacer presente que las condiciones del suceso impedían que una persona con capacidades normales de visión y audición se percatara de lo que ocurría.

En síntesis, en las situaciones descritas la controversia se ubica en aquel terreno que siempre estará reservado para el despliegue del criterio subjetivo del sentenciador, por muchos esfuerzos que hagamos por proveerlo de herramientas objetivas para el desempeño de su labor, lo que sin embargo no impide que el litigante pueda hacer un apreciación diferente de los elementos y solicitar la revisión de la decisión mediante el recurso de apelación.

## **B) Pruebas practicadas en segunda instancia**

Resulta incuestionable que entre el tribunal de apelación y las pruebas que se practican en la segunda instancia se genera una situación de inmediatez efectiva, algo que por razones obvias no puede suceder con las evidencias que se hayan aportado ante el juez *a quo*, salvo en el caso de las pruebas documentales, pues ellas son las únicas que permiten una relación personal y directa por parte de ambos órganos. Ahora bien, en cuanto a las declaraciones de litigantes y testigos durante la segunda instancia, la LEC ha previsto que ello solo es posible cuando se trata de evidencias que no pudieron practicarse en la instancia anterior debido a que tuvo lugar una situación especial que habilita a la parte interesada para solicitar la incorporación de estas pruebas ante el tribunal *ad quem*. De esta forma, teniendo en cuenta la configuración de un proceso civil en que se espera que el juez del fondo se forme su convicción acerca de la plausibilidad de las alegaciones de las partes luego de recibir toda la información probatoria en la audiencia del juicio, los supuestos que permiten la práctica de la prueba

en segunda instancia son claramente excepcionales<sup>1178</sup>, razón por la que en todos los casos deben ser interpretados de forma restrictiva.

Dicha regulación permite acompañar documentos a los escritos de interposición, oposición e impugnación del recurso de apelación en virtud de los artículos 270 y 460.1 LEC, pero teniendo presente el tema que se ha tratado a lo largo de todo este trabajo, nos concentraremos solo en las posibilidades de practicar declaraciones personales ante el tribunal de apelación, situación que puede tener lugar en cualquiera de los escenarios previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 460<sup>1179</sup>, los que se refieren a:

- Las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas por el tribunal de primera instancia, siempre que el proponente haya interpuesto recurso de reposición en contra de la resolución denegatoria o haya protestado oportunamente.

- Las pruebas que admitidas en la primera instancia no hubieren podido practicarse por causas no imputables al proponente.

- Las pruebas que pretendan acreditar hechos relevantes ocurridos después del comienzo del plazo para dictar la sentencia de primera instancia o que hubieren sucedido antes de dicho momento, pero que la parte solo los haya conocido con posterioridad.

- Las pruebas que el demandado rebelde proponga para defender sus derechos, siempre que la rebeldía se haya producido por causas que no le sean imputables y haya comparecido al pleito después del momento para proponer las pruebas en primera instancia.

Es evidente que el tribunal de apelación debe ser estricto al momento de dar lugar a la introducción de pruebas personales durante la segunda instancia, pues la fijación del valor de estas evidencias será una cuestión que se decidirá en única

---

<sup>1178</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 452.

<sup>1179</sup> **Artículo 460 Documentos que pueden acompañarse al escrito de interposición. Solicitud de pruebas** 2. En el escrito de interposición se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes:

1.<sup>a</sup> Las que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere intentado la reposición de la resolución denegatoria o se hubiere formulado la oportuna protesta en la vista.

2.<sup>a</sup> Las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.

3.<sup>a</sup> Las que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

3. El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho.



instancia al no existir la posibilidad de recurrir de apelación en contra de las conclusiones fácticas que se extraigan del análisis de sus resultados. De hecho, puede suceder que las pruebas que se presenten ante el tribunal revisor -que para estos efectos más bien es de fondo- sean de tal entidad o mérito que terminen constituyendo el fundamento esencial para dejar sin efecto o revertir la decisión inicial, debido a lo cual no puede tomarse a la ligera la forma en que el tribunal de apelación realiza su apreciación.

El órgano *ad quem* tiene una responsabilidad todavía mayor que la que le corresponde al juez del fondo en lo que respecta a la asignación de la fuerza de convicción de las declaraciones personales, pues las arbitrariedades que se pudieren cometer en este aspecto usualmente quedarán sin reparación, debido a que los litigantes carecen de las herramientas procesales para solicitar de forma expresa la revisión de la cuestión fáctica por un tribunal superior. En efecto, la corrección de una situación de error o abuso solo podrá producirse indirectamente cuando se acoja un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación. Eso obliga a que la labor del tribunal en este asunto deba ser óptima, ya que cualquier desacierto o actitud caprichosa causará un perjuicio difícilmente reparable. Por consiguiente, al no haberse previsto la ocasión para que otro tribunal revise el mérito que se ha asignado a las pruebas que solo ha conocido el tribunal de segundo grado, este siempre debe tener presente que no puede caer en subjetivismos al momento de asignarle el valor de convicción, por lo que más que nunca toman importancia los criterios objetivos de apreciación de las declaraciones personales que se propusieron al final del capítulo anterior. Además, su jerarquía dentro del ordenamiento jurisdiccional le impone una obligación mayor en la corrección de sus decisiones, ya que al tratarse de un órgano dotado, en teoría, de una mayor sabiduría jurídica, sus sentencias tienen un enorme valor práctico para la orientación del accionar de los tribunales inferiores<sup>1180</sup>.

Ahora bien, la previsión legal o los usos judiciales para la práctica de evidencias en segunda instancia indica que ellas se llevarán a cabo ante uno de los tres magistrados que forman parte del órgano sentenciador, de modo que este será el encargado de hacer realidad los beneficios que se predicen de la inmediación que se genera en esta oportunidad. Así las cosas, el juez miembro del tribunal que haya sido designado para presidir la realización de estas diligencias debe poner sumo cuidado en ejercer

---

<sup>1180</sup> NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho procesal I. Introducción*, cit., p. 35.

eficientemente las atribuciones que se le han conferido para la práctica de estas pruebas, a fin de asegurarse de que toda la información que el declarante suministre se obtenga de forma válida, sea a requerimiento suyo o de los letrados de las partes, y al mismo tiempo debe propender a que el deponente tenga la libertad para exponer -y/o se le requiera que proporcione- toda la información pertinente que almacene en su memoria acerca de los hechos que motivan el proceso.

Al mismo tiempo, es perentorio que en este caso se apliquen los mismos criterios de registro de la diligencia que se establecen para la primera instancia, pues sin perjuicio de que las conclusiones fácticas no puedan ser sometidas al escrutinio de un tribunal superior, la grabación o la transcripción íntegra de los dichos de las partes y testigos debe estar disponible para que los otros miembros del tribunal, que solo conocen los antecedentes del proceso a través de las observaciones del ponente, puedan solucionar sus dudas o llenar los vacíos de información que detecten en el relato que se les proporciona.

La posibilidad de que se pueda realizar prueba en segunda instancia borra de un plumazo los beneficios que trae consigo la existencia del control completo que permite llevar a cabo el recurso de apelación y que se ha defendido anteriormente en este trabajo. En efecto, entre las ventajas del recurso de apelación se cuenta que el solo hecho que el sentenciador tenga la conciencia de que su labor jurisdiccional puede eventualmente ser sometida a la revisión de su superior jerárquico lo *inspira* a poner toda su atención y conocimientos en resolver el litigio de la mejor manera posible, lo que obviamente no sucede respecto a las conclusiones fácticas que se alcancen en segunda instancia, donde el tribunal de alzada sabe perfectamente que las decisiones que adopte en esta materia serán definitivas<sup>1181</sup>. Lo mismo ocurre respecto a las mayores probabilidades de certeza que se predicen para una decisión que pasa por el análisis de dos tribunales diferentes, lo que tiene lugar solo cuando ambos órganos han conocido exactamente los mismos materiales, pues si se enfrentan a diversos objetos de análisis, en la especie no se tratará de una decisión y su posterior control, sino que de dos decisiones distintas, suponiendo, claro está, que las nuevas pruebas tengan el mérito y la seriedad suficientes para dar lugar a una reconstrucción de los hechos que difiera de la desarrollada en el primer grado.

---

<sup>1181</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Apuntes para la urgente reforma de la segunda de la segunda instancia penal*, cit., p. 9.

### **a) Observaciones a la regulación vigente**

En virtud de todo lo anterior, parece oportuno cuestionarse si la práctica de pruebas en segunda instancia se ajusta a la lógica del sistema, más allá de lo excepcional que esto pueda llegar a ser. En efecto, si bien por una parte la previsión legal de la oportunidad para llevar a cabo la prueba no practicada en primera instancia responde a la necesidad del legislador de no afectar el derecho de defensa de los litigantes que por causas ajenas a su voluntad o por falta de conocimiento oportuno no han podido aportar todos los materiales de que disponen para sustentar sus alegaciones en el proceso, también debe admitirse que algunas de estas situaciones excepcionales responden a una tradición procesal centenaria y se refieren a inconvenientes para la práctica de las pruebas que podrían ser solucionados mediante otros mecanismos que permitieran asegurar que tanto el conocimiento de los antecedentes del proceso así como la posición del órgano encargado del pronunciamiento de la sentencia, sean exactamente iguales en ambas instancias, de manera de hacer efectivo el aumento de las probabilidades de acierto y justicia que trae aparejada la revisión a que da lugar el recurso de apelación. Así, respecto de cada uno de los casos de procedencia de la práctica en segunda instancia podemos sostener:

1. En lo que tiene relación con las pruebas que no han podido practicarse por causas no imputables a la parte que las ha propuesto -lo que supone básicamente que esta ha desplegado un comportamiento diligente para satisfacer las cargas procesales que se le imponen en este asunto<sup>1182</sup>-, estimamos que generada esta imposibilidad al momento en que el tribunal deba proceder a su recepción, en primer término deben agotarse las opciones para suspender la realización de la diligencia, por un plazo razonable, pues en lo que a declaraciones personales respecta, esta suspensión en la marcha del proceso -que si bien puede poner en entredicho el respeto del principio de concentración- resultaría beneficiosa desde una serie de ángulos.

Por una parte, como hemos sostenido, deben hacerse todos los esfuerzos procesales para permitir que el tribunal de primera instancia conozca todas las pruebas de que las partes puedan valerse, pues con ello se garantiza que el trabajo decisorio que se lleve a cabo se basará en el acervo completo de materiales disponibles para la averiguación de los hechos. En caso contrario, es perfectamente factible que en segunda

---

<sup>1182</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 458.

instancia se practique una declaración de tal entidad que modifique toda la labor inferencial fáctica que fue desarrollada por el juez *a quo*, transformando su labor en un ejercicio complementemente inútil. A ello se agrega que la suspensión propuesta también permitiría evitar que una parte de las evidencias sea conocida en única instancia por el tribunal de apelación, con los consiguientes efectos perniciosos que podría acarrear la imposibilidad de recurrir su dictamen. Además, hay que tener presente que al postergarse las declaraciones para el desarrollo de la instancia siguiente, la parte que ha propuesto su propio testimonio o el de uno de sus testigos se verá expuesta a que en definitiva estos relatos sean proporcionados en un plazo considerablemente mayor que el que supondría la suspensión del juicio, llegando incluso con más de un año de retardo respecto al momento en que depusieron los otros testigos o litigantes. Este retraso podrá impactar negativamente en la calidad de los recuerdos sobre los hechos, pues quienes declaren ante el órgano de apelación se verán expuestos en mayor medida al paso del tiempo y a las influencias propias y ajenas en la configuración de sus memorias, de modo que los relatos pueden ver mermada su conformidad con los hechos, algo que ocurriría con menor intensidad si ellos hubieran podido ser entregados en una audiencia de juicio retrasada o pospuesta.

2. Respecto a la prueba que tienda a acreditar hechos nuevos o de reciente conocimiento, también es posible pensar en una suspensión del pronunciamiento de la sentencia y en la fijación de una oportunidad procesal especial para proceder a su práctica, siempre y cuando esos hechos nuevos o la noticia de ellos llegue a conocimiento de la parte solicitante antes de que el juez emita su sentencia, ya que evidentemente si esto ya se ha producido, no tiene sentido presentar la prueba ante el tribunal de primera instancia. Por tanto, solo cuando después de la notificación de la sentencia se generan estos hechos nuevos se tendría que acudir a la práctica de las pruebas ante el tribunal de segundo grado, teniendo siempre presente que lo que se pretende con esto es otorgar a las partes la posibilidad de que en la mayor cantidad posible de procesos la segunda instancia se desarrolle exactamente sobre los mismos materiales que se tuvieron a la vista por el juez *a quo*.

3. En cuanto a las pruebas propuestas por el litigante rebelde que no ha comparecido por causas ajenas a su voluntad, hay que señalar que no se aprecia la compatibilidad de esta situación con el escrutinio completo de la decisión que el recurso de apelación autoriza a llevar a cabo, ya que en este caso se trata de un supuesto mucho más extremo que los otros que prevé la LEC. En efecto, en la eventualidad de que se

diera lugar a la procedencia de esta excepción, el tribunal del fondo habrá sentenciado la causa conociendo exclusivamente las evidencias de una sola de las partes, a pesar de que el propio ordenamiento estima que el litigante que no ha podido presentar sus pruebas se encuentra plenamente facultado para hacerlo, de ahí que se haya decidido tutelar sus derechos procesales mediante esta vía de emergencia. Así, de interponerse el recurso de apelación, el órgano revisor será el único que en definitiva contará con todos los antecedentes para sopesar las pretensiones de todas las partes del proceso, lo que convierte a la sentencia de segunda instancia en la única decisión del pleito en que se tomen en cuenta todos los elementos de convicción que los distintos litigantes puedan aportar, de modo que, al fin de cuentas, se tratará de un fallo dictado en única instancia. En efecto, aunque perfectamente la sentencia de apelación pueda coincidir con la parte resolutive del primer fallo, necesariamente ella estará fundada en nuevos antecedentes, razonamientos y argumentaciones, por lo que el trabajo del tribunal de apelación no podrá ser considerado desde ningún punto de vista una revisión de lo realizado por el juzgador de primer grado, sino que la decisión de un proceso de única instancia. Por ende, es innegable que la sentencia de primera instancia se emitirá a partir de una información parcial, lo que imposibilitará que ella pueda superar indemne el examen de apelación, a menos, claro está, que las pruebas que se aporten en segunda instancia por el litigante rebelde resulten completamente inútiles. Al mismo tiempo, al permitirse la incorporación de estas pruebas es posible que se sitúe a la parte contraria en un estado de indefensión, pues aunque se sienta agraviado por la valoración probatoria que se haya realizado en este segundo pronunciamiento, carecerá de herramientas procesales para impugnarlo por esta causa.

Además, desde una perspectiva más general, no estimamos que asegurar al rebelde involuntario la posibilidad de presentar sus pruebas en la siguiente instancia sea suficiente para salvaguardar el principio de audiencia y su derecho de defensa<sup>1183</sup>, ya que puede ser que la comparecencia de este litigante sea tan tardía en el proceso que no le haya sido posible plantear sus alegaciones, objetar las pruebas propuestas por la contraria ni estar presente en su práctica, por lo que en definitiva la presentación de sus evidencias será simplemente un ejercicio formal que carecerá de una real significación para la defensa de sus intereses. Por ello, teniendo presente tanto lo dicho respecto a la imposibilidad de apelar la única sentencia que considera todos los materiales que las

---

<sup>1183</sup> MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, cit., p. 467.

partes pueden válidamente aportar como la necesidad de tutelar adecuadamente los derechos de todos los intervinientes en el proceso, lo más adecuado sería anular todo el procedimiento e iniciarlo desde la presentación de los actos de postulación.

4. Si bien los mismos cuestionamientos que se han planteado respecto a las situaciones anteriores pueden sostenerse para la práctica de pruebas que fueron rechazadas por el tribunal de primer grado, a pesar de las protestas del interesado, es evidente que en este caso no es posible señalar soluciones alternativas a su práctica en la segunda instancia, pues es el propio sentenciador del fondo el que se niega a recibirlas. A menos, que se permitiera la interposición de un recurso de apelación en contra de esta resolución, que tuviera preferencia para ser conocido y fallado por el superior jerárquico, pero esto iría en contra de los principios básicos de la estructura del proceso civil, que tiende a restringir al máximo las posibilidades para interponer el recurso de apelación en contra de resoluciones que no sean sentencias, sin dejar de mencionar que la vista y fallo de estas impugnaciones recargaría aun más de trabajo a los tribunales superiores, lo que redundaría en que los procesos estarían paralizados en primera instancia por un largo espacio de tiempo a la espera del pronunciamiento sobre la admisibilidad de una prueba concreta. Además, para que el tribunal de apelación pueda pronunciarse sobre la admisibilidad de una prueba determinada sería preciso que entrara a conocer todos los detalles de las alegaciones de las partes, lo que aleja las posibilidades de conseguir una decisión razonada sobre el particular en un tiempo suficientemente breve que permita darle continuidad a la sustanciación del asunto en el primer grado.

Con todo, nuestra intención no es de ninguna manera proponer la eliminación de raíz de la práctica de pruebas durante la segunda instancia, pues hay situaciones que se generan en la realidad de los procesos que no se pueden desconocer, sin perjuicio de lo cual es posible estudiar las previsiones legales actuales y reducir aún más los escenarios en que las evidencias son conocidas directamente por el tribunal de apelación y, por consiguiente, son consideradas únicamente dentro del acervo probatorio de que se sirve este sentenciador. La estrella guía de nuestras propuestas es la salvaguardia de la existencia de un control de la sentencia definitiva por un tribunal superior, de modo que se consiga diseñar un modelo en el que este se concilie de forma óptima con el respeto del derecho de las partes a presentar todas las pruebas pertinentes y útiles que posean y vayan en apoyo de sus pretensiones. De ahí que lo que se pretende es que en todos los procesos en que sea posible, las partes hagan valer todas sus pruebas en la primera

instancia, lo que respeta su derecho de defensa y garantiza que el aspecto fáctico de la decisión pueda ser sometido al control completo del tribunal *ad quem*.

#### **b) Consecuencias procesales de la aportación de prueba en segunda instancia**

Más allá de las inquietudes que hemos expresado, es patente que la regulación procesal actual permite la presentación de pruebas durante la segunda instancia, algo que en nuestra opinión se producirá con mayor frecuencia cuando se trate de pruebas indebidamente denegadas en primera instancia, ya que por ejemplo, si en la sentencia se sostiene que uno de los litigantes no fue capaz de demostrar fehacientemente determinados hechos -y las pruebas que fueron rechazadas por inutilidad o falta de pertinencia se orientaban precisamente a acreditarlos- será fácil convencer al tribunal de segunda instancia que debe dar lugar a su recepción.

Sea como fuere, la aportación de nuevas evidencias provocará una alteración de los equilibrios que existen dentro del acervo probatorio, de modo que se dará paso a una nueva configuración del mérito de convicción del conjunto de las evidencias, especialmente si desde la óptica del juzgador de segundo grado las nuevas pruebas se constituyen en un elemento neurálgico para el establecimiento de los hechos de la causa. En efecto, desde la perspectiva epistemológica, el grado de probabilidad que es posible asignarle a cada una de las distintas hipótesis fácticas dependerá de las pruebas que se encuentren a disposición del juzgador, de forma tal que toda modificación en la composición precisa del acervo probatorio de que dispone el sentenciador necesariamente tendrá un impacto en su decisión acerca de la *quaestio facti*<sup>1184</sup>. Por ende, diferentes combinaciones de elementos de convicción redundarán en que se tendrán por acreditadas distintas versiones de los hechos litigiosos, de modo que no resulta baladí para los efectos de que el tribunal alcance un conocimiento efectivo de la forma en que se han sucedido los hechos. De esta manera, ante la adición de nuevos elementos de convicción, el tribunal de apelación no podrá asilarse en el ejercicio inductivo que haya realizado el tribunal del fondo para llegar a una decisión sobre el conflicto. Esto porque se trata de un escenario nuevo que dará origen también a una decisión nueva, que requiere el desarrollo de un razonamiento inferencial original obra

---

<sup>1184</sup> Ver el apartado sobre probabilidad inductiva, incluido en el capítulo primero, p. 88.

del tribunal *ad quem*, que explique clara, objetiva y racionalmente cómo ha tomado su decisión.

No obstante, el peligro de afectación a la corrección de la sentencia, que puede generarse a partir de la carencia de una posibilidad de revisión íntegra de la decisión del tribunal de apelación, puede verse compensado debido a que este órgano requiere de la participación de tres magistrados y de al menos la concurrencia de la voluntad de dos de ellos para la adopción de la decisión, lo que colabora a asegurar la presencia de la racionalidad en todo el proceso resolutorio. En este sentido, es muy difícil que tres o más personas empleen los mismos elementos irracionales para formarse una convicción acerca de los hechos, y en efecto el deber de alcanzar puntos de acuerdo sobre la solución para el conflicto, contrastando la visión e hipótesis de trabajo de cada uno de ellos, permite confiar en la elaboración de razonamientos más rigurosos<sup>1185</sup>. La participación de una pluralidad de personas en la toma de decisión permite que entre ellos opere un mecanismo de control mutuo y recíproco en la construcción del razonamiento que sirve de sustento al dictamen, siempre y cuando todos los magistrados de la sala se involucren activamente en la consecución de la sentencia óptima para el litigio, y no se deje la decisión exclusivamente en manos del ponente, limitándose el resto de la sala a ratificar, sin mayores cuestionamientos, la solución que se les propone. Si así fuera, a pesar de que formalmente la apariencia de la situación sea distinta, en el fondo la decisión corresponderá a una sentencia de única instancia fruto de la exclusiva labor jurisdiccional del ponente, toda vez que este será el único de los magistrados, de todos aquellos que han intervenido en el proceso, que realizará un análisis completo de los materiales que a lo largo del proceso han aportado las partes.

En vista de lo anterior, estas pruebas nuevas pueden ser consideradas suficientes por el tribunal *ad quem* para revertir el fallo de primera instancia, lo que genera un problema evidente para el litigante que aunque inicialmente había obtenido una decisión favorable a sus pretensiones, se queda sin nada luego de la sustanciación de la segunda instancia, ya que no tendrá medios procesales para atacar la valoración de las pruebas personales que sirven de sustento a esta nueva decisión, lo que incluso será peor cuando esta sentencia sea el fruto de la utilización de indicadores conductictas para establecer la veracidad de los declarantes. De hecho, puede darse el caso de que el sentenciador del fondo haya empleado elementos objetivos para valorar el resultado de las declaraciones,

---

<sup>1185</sup> RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales*, cit., p. 176.



pero esos relatos son desatendidos por el tribunal de apelación dándole primacía a elementos paraverbales o no verbales de las declaraciones que le ha correspondido recibir, lo que puede llevar a reemplazar una decisión racional por una que claramente no merece el mismo calificativo.

Ahora bien, dado el caso que el tribunal de apelación autoriza la práctica de pruebas personales, los litigantes tienen la misión de velar porque el resultado de esta diligencia contenga todos los elementos que permitan valorar correctamente el mérito de las deposiciones. Por su parte, el tribunal debe cumplir la misma misión que en estas diligencias debe desempeñar el tribunal del fondo, vale decir, su presencia en la práctica debe servir para velar por el respeto de los derechos de todos los intervinientes, para que el proceso de obtención de las declaraciones no implique de ninguna manera la realización de actuaciones que puedan afectar o alterar el recuerdo que el declarante almacena sobre los hechos ni impidan que preste su testimonio de forma libre y ajena a cualquier tipo de presiones o amenazas, y al mismo tiempo, para requerir de los declarantes toda la información que pueda ser útil y oportuna para el esclarecimiento de los hechos.

Dado el caso que la sentencia de primera instancia dé cuenta de la valoración de las declaraciones mediante el empleo de criterios inadecuados o espurios, o lisa y llanamente prescinda de cualquier base de razonamiento, siendo expresión del mero arbitrio del sentenciador, en segunda instancia la parte interesada tiene la oportunidad de desarrollar un interrogatorio que deje de manifiesto cuáles son los elementos que deben ser atendidos al momento de evaluar correctamente la veracidad y precisión de la declaración, a fin de ilustrar al tribunal *ad quem* sobre la forma de realizar correctamente esta labor. Si ya se apreció una actitud negligente en este aspecto de parte del juez *a quo*, la parte debe ser proactiva al momento de producir la prueba en la segunda instancia, sin esperar a que el tribunal tome la iniciativa para incorporar a los autos todos los datos que permitan establecer el grado de credibilidad del relato, algo que obviamente también debió procurarse en la instancia anterior.

Ahora bien, en caso de que en segunda instancia se practiquen únicamente pruebas personales se formarán distintos escenarios dependiendo que cuál sea la composición del acervo probatorio al que se incorporan:

1. Aunque puede ser un caso de laboratorio, si en primera instancia ninguna de las partes ha presentado pruebas, necesariamente el tribunal de apelación deberá sentenciar teniendo únicamente en cuenta las evidencias que se hayan incorporado ante

él, lo que no siempre significará una alteración de la solución que se haya ideado para el pleito, pues es perfectamente posible que así como las partes no fueron capaces de demostrar sus alegaciones en primera instancia, ocurra lo mismo en la segunda, aun cuando en esta sí se hayan valido de los medios probatorios de los que disponen. Una situación de este tipo puede generarse, por ejemplo, cuando las declaraciones de testigos que se practicaron ante el tribunal *ad quem* terminan siendo inútiles para demostrar tanto la certeza como la falsedad de las alegaciones de los litigantes.

En todo caso, ya sea que el órgano *ad quem* decida ratificar o revocar la sentencia de primer grado, la incorporación de estas pruebas al proceso genera para el tribunal de apelación la obligación de exponer el raciocinio que lo lleva a atribuirles un cierto valor de convicción -o a negárselo-, de modo que esta segunda decisión deberá contener motivación clara y explícita fundada en los nuevos materiales probatorios de que dispone el tribunal.

2. Si en el primer grado se practicaron pruebas -que por cierto es el escenario más usual-, como se ha indicado previamente, las evidencias que se incorporen en la instancia de apelación siempre vendrán a modificar la composición del acervo probatorio con que cuenta el sentenciador. No obstante, puede suceder que los equilibrios dentro del cúmulo de evidencias permanezca igual que aquel que existía en el momento en que el tribunal *a quo* pronunció su sentencia, ya sea porque las declaraciones no se refieren a los hechos discutidos o porque si bien se refieren a ellos, no aportan ningún dato nuevo y relevante sobre los mismos, de modo que si el tribunal de apelación se forma esa convicción sobre el resultado de las pruebas practicada ante él, dispondrá de los mismos materiales de que dispuso el sentenciador del fondo, lo que hace posible el desarrollo de un perfecto ejercicio de control respecto de la decisión de este último.

Ahora, si las declaraciones que se practican en segunda instancia aportan nuevo elementos al proceso, de forma tal que el sentenciador del segundo grado debe realizar un ejercicio inferencial completamente novedoso respecto al que se ha desarrollado en la instancia previa, será muy interesante ver cómo el tribunal revisor analizará el mérito de estas declaraciones. Como se sabe, el tribunal *a quem* se encuentra plenamente facultado para valorar todas las pruebas del proceso, de acuerdo con el sistema de la sana crítica, de modo que a su respecto tienen plena validez los criterios objetivos que se han propuesto para proceder a la fijación del nivel de veracidad y exactitud de las declaraciones.

En el supuesto en que las declaraciones prestadas en segunda instancia vayan en la línea de las pruebas anteriores no habrá mayores inconvenientes y al tribunal le bastará con emplearlas como refuerzo de sus razonamientos que confirman la sentencia de primera instancia. De hecho, la decisión del pleito se verá fortalecida, pues a las razones del tribunal de primera instancia basadas en unas evidencias, se agregarán las del tribunal de apelación que van en la misma línea pero que se han sido elaboradas a partir de distintos medios de prueba. Empero, si las declaraciones de la segunda instancia se oponen el sentido de las pruebas previas, particularmente de las deposiciones que hayan sido recibidas por el juez del fondo, el tribunal de alzada tendrá la misión de establecer a cuál de las evidencias les asigna un mayor mérito de convicción.

En ese proceso habrá que poner atención en el método que han seguido los dos sentenciadores para proceder a la fijación del grado de convicción de las distintas declaraciones. En este sentido, lo óptimo estará dado porque ambos órganos se valgan de criterios objetivos y contratables para valorar las declaraciones, pues aunque al final del día el litigante vencido insista en que ello ha sido realizado de forma errónea, si la decisión se ha construido mediante el empleo de criterios que cumplan con las exigencias señaladas, ella estará en condiciones de superar cualquier control de racionalidad a que sea sometida. Así, si el juez de primer grado ha explicitado claramente en su sentencia que ha tenido o no por creíbles los dichos de los declarantes debido a que el contenido de la declaración ha sido analizada de acuerdo a su contextualización, coherencia interna y externa y a la presencia de indicadores contraintuitivos, como asimismo, se ha puesto atención a la forma en que se ha desarrollado todo el proceso de memoria, al ente revisor le será fácil, en primer lugar, luego de conocer el contenido de cada una de las deposiciones, emplear los mismos parámetros y comprobar si ellos han sido o no bien utilizados en la primera instancia. De la misma manera podrá aplicarlos a las declaraciones que a él le haya correspondido recibir, lo que por de pronto dotará de plena coherencia de método a todo el trabajo jurisdiccional en sus distintas etapas, además de asegurar el respeto de la racionalidad en cada una de ellas. Por el contrario, si en ambas instancias los sentenciadores se muestran defensores de las teorías conductistas para la apreciación de las deposiciones, las probabilidades de acierto del fallo se verán reducidas hasta el nivel del azar, de modo que de poco habrá servido que se haya aceptado la práctica de las declaraciones, tanto en la primera como en la segunda instancia, pues estando ausente la racionalidad

en el ejercicio, el resultado, como sabemos, constituirá un fruto de la intuición y el voluntarismo de los sentenciadores.

Un conflicto totalmente distinto se planteará cuando ambos tribunales tengan una visión opuesta acerca de los elementos o señales que se deben considerar para valorar las declaraciones. De esta forma, es posible que el tribunal de primer grado haya atendido a la información no verbal y paraverbal que entregó el declarante para valorar su relato y el recurrente haya esgrimido esto entre sus argumentos para sustentar una solicitud de revocación de la sentencia de primer grado. Ante ello, el tribunal de apelación podrá aceptar las razones del apelante y llevar a cabo una revaloración de las declaraciones practicadas en la instancia anterior -o mejor dicho, valorarlas de acuerdo al método correcto-, para lo cual necesitará disponer de un registro completo, escrito o de audio, de la diligencia, para de esa forma poder contar con el material respecto al cual aplicar los criterios racionales de valoración, teniendo en consideración que la sentencia de primer grado no contará con ninguna información objetiva y fiable acerca de los motivos que deben ser considerados en la fijación del mérito de las declaraciones. De esta manera, es previsible que el órgano revisor corrija la forma en que se han valorado las declaraciones incorporadas en la primera instancia y de paso supere los errores que fueron cometidos en la determinación del componente fáctico de la *litis*, siendo evidentemente previsible -salvo un actuar completamente ilógico- que el tribunal de apelación se sirva del mismo método racional y objetivo para valorar las declaraciones que le ha correspondido recibir. De esa forma, se reemplazará una sentencia que cuenta con un fuerte componente de irracionalidad por una decisión completamente ajustada a la razón y la lógica, que por mucho que no se pueda recurrir contra ella, siempre estará sometida al escrutinio de los litigantes y del resto de los ciudadanos.

Por su parte, si ha sido el tribunal de primer grado quien ha seguido un método racional para valorar las declaraciones, alejándose completamente de la apreciación del comportamiento del declarante, siempre es factible que el tribunal superior estime que esa no es la forma correcta de apreciar los relatos, pues ello debe realizarse atendiendo al comportamiento y a las señales externas que emita el declarante durante la diligencia. Frente a ello, el tribunal de apelación se encontrará ante una disyuntiva (que podríamos denominar como *paradoja conductual*), pues al estimar que la forma correcta de valorar las pruebas personales es la aproximación conductista, está aceptando que no cuenta con las herramientas ni capacidades para objetar el trabajo que realizó en este aspecto el

tribunal de primer grado, ya que, por razones obvias al no estar presente en la declaración, no pudo apreciar los gestos, conductas, ademanes, tono, sonrojo, etc. del declarante, lo que lo inhabilita para emitir cualquier pronunciamiento al respecto. De esta manera, si bien sostiene que la apreciación se ha hecho de forma indebida, no podrá refutar sus resultados, por lo que no solo tendrá que aceptarlos, sino que se verá obligado a incorporarlos como ciertos en el entramado de razonamientos que lo lleve a su decisión. Lo que en su concepto sí podrá hacer es apreciar las pruebas que le ha correspondido presenciar atendiendo a las alteraciones conductuales del deponente, pues se considerará plenamente capacitado para ello, independientemente de lo contraepistémico que resulta una actuación judicial de este tipo. Pero si igualmente se realizare, en el proceso se generaría un contrasentido, pues convivirían pruebas personales que no solo se diferencian por haber sido incorporadas al proceso en instancias diferentes, sino que, más importante que eso, han sido analizadas de acuerdo a distintos métodos para establecer su valor probatorio. Por ende, el acervo probatorio se compondrá de declaraciones que se han tenido o no por creíbles atendiendo al comportamiento del declarante con otras en que solo se ha analizado el contenido verbal de la declaración de acuerdo a criterios objetivos y contrastables, y para ambos casos el tribunal *ad quem* debe tener por ciertos sus resultados y emplearlos como fundamentos de la sentencia de segunda instancia.

Huelga entregar más explicaciones acerca de lo ilógica que resultará una sentencia que cuente con un sustento en que se tenga por cierto el relato de algunos testigos y/o litigantes porque no se han evidenciado señales de nerviosismo, no han vacilado en su declaración y no han movido sus manos y piernas más de lo normal, mientras lo expuesto por otros se analice en atención a la contextualización del relato, a su coherencia o al influjo que el paso del tiempo puede haber tenido sobre la indemnidad del recuerdo, razón más que suficiente para defender la utilización de criterios objetivos a lo largo de todas las instancias del proceso.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La valoración constituye una operación intelectual que lleva a cabo el sentenciador con el objetivo de asignar un mérito probatorio o de convicción a cada una de las evidencias. Sirve para determinar el peso específico de cada prueba al interior del acervo probatorio que está a disposición del tribunal.

SEGUNDA.- Dado que la prueba no es apta para generar verdades absolutas, sino solamente dotadas de un cierto nivel de certeza, se trata de analizar el grado de probabilidad de las distintas hipótesis fácticas de acuerdo con el sustento que encuentren en el material probatorio, sirviéndose de máximas de la experiencia elegidas por el juez para conectar el resultado de las pruebas con las hipótesis analizadas. Ello permite desarrollar un ejercicio inferencial racional y lógico.

TERCERA.- Si bien los heurísticos facilitan la toma de decisiones judiciales, también llevan a la comisión de errores en el proceso de razonamiento. Uno de ellos, el sesgo de confirmación, provoca que el sentenciador descarte todas las evidencias que vayan en contra de la versión fáctica que ha considerado acertada desde el inicio del proceso, o bien, que interprete la nueva información a fin de hacerla calzar con esa versión, lo que claramente termina generando una reconstrucción tergiversada de los hechos.

CUARTA.- El sistema de prueba legal no sirve para alcanzar la verdad de los hechos. Su estructura se opone al análisis particular que el sentenciador puede hacer de cada una de las evidencias, pues establece criterios generales que dan cuenta de situaciones estándar que se imponen por sobre el convencimiento que el sentenciador puede haberse formado sobre los acontecimientos.

QUINTA.- Si bien la sana crítica otorga un amplio margen de libertad al juez, le impone el respeto de las reglas que establecen la forma correcta de razonar, de modo que la vigencia del sistema resulta incompatible con actuaciones irracionales, arbitrarias

o caprichosas. Además, el sentenciador tiene el deber de motivar sus decisiones, lo que permite su control e impugnación.

SEXTA.- La memoria no deja un registro fiel e inmutable de todos los sucesos que ocurren alrededor de un sujeto, de manera que para la formación de la huella de memoria se requiere que este fije su atención en algún aspecto de la realidad. La configuración de la huella también depende de la interpretación que se realice de los hechos, lo que hace imposible que dos personas recuerden el mismo evento de forma exacta.

SÉPTIMA.- La confianza que afirme sentir el declarante, o la vehemencia en su exposición, no pueden ser consideradas indicadores fiables de la exactitud de su declaración. Ambas cuestiones están afectadas por distintos factores, situación que impide establecer una correlación entre ellas.

OCTAVA.- La forma más adecuada para obtener las declaraciones es mediante la narración libre. Solo una vez que el declarante haya terminado de proporcionar un relato, sin limitaciones ni perturbaciones de ningún tipo, podrá procederse a la solicitud de información adicional. Esta modalidad debería ser establecida expresamente, con carácter general, en las regulaciones procesales de las declaraciones, sustituyendo el actual sistema de preguntas y respuestas.

NOVEVA.- Las tachas de testigos deben ser suprimidas del ordenamiento procesal, no solo porque prejuzgan el valor de la declaración, sino también porque lo hacen a partir de la persona del testigo, algo totalmente contrapuesto con los postulados de la moderna psicología del testimonio.

DÉCIMA.- La mentira no puede ser detectada mediante cambios fisiológicos o el análisis del comportamiento no verbal y paraverbal de los declarantes, pues aunque se constaten alteraciones o señales externas, no es posible establecer una relación necesaria entre ellas y la mentira, que habilite a extraer conclusiones infalibles sobre la presencia de intenciones falaces en el deponente.

DECIMOPRIMERA.- El único análisis objetivo y verificable del mérito de las declaraciones puede realizarse a partir de su contenido verbal, cuyo conocimiento permitirá a cualquier sujeto constatar la presencia de los elementos que han llevado al juez a fijar su mérito probatorio en un cierto nivel. Así, la observación directa del declarante y las señales externas que este emita, no deben cumplir ningún papel en la valoración de esta evidencia.

DECIMOSEGUNDA.- El juicio de credibilidad de las declaraciones personales debe considerar tanto su nivel de veracidad como su exactitud. En cuanto al primero, se deberá analizar la contextualización del relato, su nivel de consistencia y su coherencia con otras pruebas, junto con interpretar correctamente ciertos elementos contraintuitivos que pueden estar incluidos en él. A su turno, la determinación de su exactitud exige verificar cómo se han desarrollado las distintas etapas de la memoria, en el período que transcurre entre la observación de los hechos y la comparecencia judicial del declarante.

DECIMOTERCERA.- Si el apelante así lo ha solicitado, el tribunal *ad quem* puede llevar a cabo una revisión completa de todos los antecedentes que obran en autos, estando plenamente facultado para valorar nuevamente la prueba y arribar a sus propias conclusiones fácticas.

DECIMOCUARTA.- El recurso de apelación permite la subsanación de los errores que se hayan cometido en la sentencia de primera instancia, de modo que la revisión del proceso, realizada además por un órgano de mayor garantía, garantiza que la decisión final estará dotada de un nivel más alto de acierto y justicia.

DECIMOQUINTA.- El cumplimiento del deber de motivación permite a las partes conocer las razones precisas que han llevado al juez a asignarle un valor determinado a las declaraciones. Este deber solo se entenderá cumplido cuando el juez exponga en su sentencia, de forma expresa y clara, el ejercicio inferencial que le ha permitido extraer sus conclusiones fácticas desde el material probatorio que se ha incorporado al proceso.

DECIMOSEXTA.- La inmediatez no puede ser entendida como la forma para valorar las pruebas personales. La observación directa de los declarantes no es un



método válido para extraer conclusiones sobre su credibilidad. El único rol que debe cumplir la inmediación en el proceso es el de servir como instrumento para incorporar información relevante para el esclarecimiento de la *quaestio facti*.

DECIMOSÉPTIMA.- El tribunal de primera instancia puede cometer errores en la motivación de la sentencia, en la elección de los parámetros de contraste del contenido de las declaraciones, en el desarrollo del proceso inferencial o en la aplicación de criterios acertados de valoración, todo lo cual puede dar lugar a la revisión de la decisión por el tribunal *ad quem*.

DECIMOCTAVA.- La interposición de un recurso de apelación habilita al tribunal *ad quem* para controlar que la sentencia de primera instancia contenga una justificación completa, clara y precisa del valor de convicción específico que se haya asignado a cada una de las declaraciones personales, por lo que es necesario que el juez *a quo* haya dado cuenta de la actividad racional que le permitió arribar a sus conclusiones. En caso contrario, la decisión podrá ser revocada.

DECIMONOVENA.- El tribunal de segunda instancia debe controlar que la sentencia examinada se haya dictado tomando en consideración todos los elementos probatorios disponibles y útiles. La desatención de cualquiera de ellos puede provocar un análisis errado de los contrapesos existentes al interior del acervo probatorio, afectando el proceso de ratificación o descarte de las hipótesis fácticas.

VIGÉSIMA.- Mediante el recurso de apelación se podrá alegar que el tribunal de primera instancia no ha analizado todas las hipótesis fácticas que permiten explicar los hechos y que pueden ser contrastadas a partir del material probatorio disponible, sino que de entrada ha determinado que una de ellas es la correcta. Ante eso, el órgano *ad quem* deberá verificar la existencia de hipótesis alternativas que gocen de mayor sustento que la elegida en por el juez *a quo*, y en caso de ser efectivo, proceder a la revocación de la decisión.

VIGÉSIMO PRIMERA.- El tribunal de segunda instancia debe verificar que el mérito probatorio de los relatos de los declarantes se haya fijado mediante el análisis de su veracidad y precisión, pues el deterioro de la huella de memoria puede generar

declaraciones completamente honestas pero carentes de concordancia con la forma en que ocurrieron los hechos. El examen de sinceridad no es suficiente por sí solo para realizar una valoración acertada.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La práctica de declaraciones personales durante la segunda instancia debe autorizarse con criterios sumamente restrictivos, pues las conclusiones fácticas que se obtienen a partir del resultado de estas evidencias no pueden ser sometidas a la revisión de un tribunal superior, lo que hace que esta cuestión se decida en única instancia.

VIGÉSIMO TERCERA.- La incorporación de pruebas en la segunda instancia provoca una modificación en el acervo probatorio que ha sido analizado por el tribunal del fondo. El nuevo material puede alterar los equilibrios probatorios permitiendo la validación de nuevas hipótesis fácticas y descartando las que se habían tenido por correctas en el primer grado.



## BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, Xavier, *Diez reflexiones en torno al juicio de admisión o inadmisión de los medios de prueba en el proceso civil*, en AA.VV., Homenaje a don Eduardo Font Serra, Madrid, 2004.

- *El interrogatorio de las partes*, en AA. VV., El interrogatorio de partes, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2007.

- *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*, en AA.VV., Objeto y carga de la prueba civil, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2007.

- *Del pliego de posiciones al interrogatorio oral*, en AA.VV., El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008.

- *El interrogatorio de testigos*, en AA. VV., El interrogatorio de testigos, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2008.

- *A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba*, en AA.VV., La prueba y la decisión judicial, Medellín, 2010.

AIKIN ARALUCE, Susana, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, 1982.

AÍSA MOREU, Diego, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en el proceso judicial*, Zaragoza, 1997.

ALHAMBRA PÉREZ, Pilar, *¿Es posible la revocación de sentencias absolutorias a través del recurso de apelación en el orden penal?*, en AA. VV., Estudio de los nuevos recursos en el orden penal, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), Estudios de derecho judicial, N° 149, Madrid, 2007.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011.

ALLEN, Ronald J., *A reconceptualization of civil trials*, en Boston University law review, Vol. 66, N° 3-4, 1986.

ALLORIO, Enrico, *Sul doppio grado del processo civile*, en AA.VV., Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, Vol. III, Milán, 1979.

ALONSO, Diego y TUBAU, Elisabet, *Inferencias bayesianas: una revisión teórica*, en Anuario de psicología, Vol. 33, N° 1, 2002.

ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Recuerdo de la realidad percibida versus imaginada. Buscando la mentira*, en Boletín de psicología, N° 29, 1990.

- *Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual*, en Papeles del psicólogo, N° 73, 1999.

ALONSO-QUECUTY, María Luisa y HERNÁNDEZ-FERNAUD, Estefanía, *Tócala otra vez. Sam: repitiendo mentiras*, en Estudios de psicología, N° 57, 1997.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, 2005.

- *La prueba judicial: reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Valencia, 2006.

- *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, en Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011.

ÁLVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo, *La apelación civil plena y la apelación limitada en los derechos histórico y comparado y en el vigente ordenamiento procesal español*, La Ley, N° 4, 1984.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba en apelación en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001.

ANDERSON, John R. y BOWER, Gordon H., *Recognition and retrieval processes in free recall*, en Psychological review, Vol. 79, N° 2, 1972.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en Doxa, N° 12, 1992.

- "*Carpintería*" de la sentencia penal (en materia de «hechos»), en Revista del poder judicial, N° 49, 1998.

- *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, en Jueces para la democracia, N° 46, 2003.

- *Sobre prueba y motivación*, en AA. VV., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009.

ARAZI, Roland, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1986.

ARCE, Ramón y FARIÑA RIVERA, Francisca, *Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el Sistema de Evaluación Global (SEG)*, en Papeles del psicólogo, N° 92, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita: un estudio comparado*, Madrid, 2009.

- *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Barcelona, 2010.

ARTIETA PINEDO, Isabel y GONZÁLEZ LABRA, María José, *El razonamiento probabilístico*, en AA. VV., *Introducción a la psicología del pensamiento*, María José González Labra, Madrid, 2009.

- *La toma de decisiones*, en AA. VV., *Introducción a la psicología del pensamiento*, María José González Labra, Madrid, 2009.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 1991.

- *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Madrid, 2006.

ATKINSON, Richard C. y SHIFFRIN, Richard M., *Human memory: a proposed system and its control processes*, en *Psychology of learning and motivation*, Vol. 2, 1968.

AZA DE BARAZÓN, Álvaro, *El juicio sobre la admisión del interrogatorio de las partes*, en AA.VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la “doble instancia”)*, en *Actualidad Penal*, N° 12, 2002.

BADDELEY, Alan D., *Domains of recollection*, en *Psychological review*, Vol. 89, N° 6, 1982.

BAR-HILLEL, Maya, *Studies of representativeness*, en *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (editores), Cambridge, 1982.

BECENÑA, Francisco, *Sobre la instancia única o doble en materia civil*, en *Revista de Derecho Privado*, N° 234, 1933.

BEKERIAN, D. A. y BOWERS, J. M., *Eyewitness testimony: were we misled?*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory, and cognition*, Vol. 9, N° 1, 1983.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, traducción de Manuel Ossorio Florit, Granada, 2001.

BERIZONCE, Roberto, *Fin social del proceso y la importancia de los hechos*, en AA.VV., *Los hechos en el proceso civil*, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003.

BERZOSA FRANCOS, María Victoria, *Principios del proceso*, en *Justicia*, N° 3, 1992.

BESSO MARCHEIS, Chiara, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991.

BINET, Alfred, *La science du témoignage*, en *L'année psychologique*, Vol. 11, 1904.

BONET NAVARRO, José, *La prueba en el proceso civil: cuestiones fundamentales*, Madrid, 2009.

BONET NAVARRO, Ángel, *La prueba de confesión en juicio*, Barcelona, 1979.  
- *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000.

BONNIER, Eduardo, *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, Tomo I, traducción de José Vicente y Caravantes, Madrid, 1869.

BOTHWELL, Robert. K., DEFFENBACHER, Kenneth A. y BRIGHAM, John C., *Correlations of eyewitness accuracy and confidence: optimality hypothesis revisited*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 72, N° 4, 1987.

BOWER, Gordon H., *Mood and memory*, en *American psychologist*, Vol. 36, N° 2, 1981. 680

- *How might emotions affect learning?*, en *The handbook of emotion and memory*, Sven-Ake Christianson (editor), New York, 1992.

BOWER, Gordon H. y FORGAS, Joseph P., *Affect, memory, and social cognition*, en *Cognition and emotion*, Eric Eich, John F. Kihlstrom, Gordon H. Bower, Joseph P. Forgas y Paula M. Niedenthal (editores), Oxford, 2000.

BOWER, Gordon H., GILLIGAN, Stephen G. y MONTEIRO, Kenneth P., *Selectivity of learning caused by affective states*, en *Journal of experimental psychology: general*, Vol. 110, N° 4, 1981.

BOWER, Gordon H. y MAYER, John D., *In search of mood-dependent retrieval*, en *Journal of social behavior and personality*, Vol. 4, N° 2, 1989.

BOWER, Gordon H., MONTEIRO, Kenneth P. y GILLIGAN, Stephen G., *Emotional mood as a context for learning and recall*, *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 17, N° 5, 1978.



BOWERS, J. M. y BEKERIAN, D. A., *When will postevent information distort eyewitness testimony?*, en *Journal of applied psychology*, N° 69, Vol. 3, 1984.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica, *El estándar de prueba en la duda razonable y la presunción de inocencia*, en AA. VV., *La prueba y la decisión judicial*, Medellín, 2010.

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil: estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1992.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal: de la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008.

- *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, 2010.

CALAMANDREI, Piero, *Per la definizione del fatto notorio*, en *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. I, 1925.

- *La crisi della motivazione*, en *Opera Giuridique*, Vol. I, Nápoles, 1965.

- *Proceso y justicia*, en *Derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1986.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *El proceso civil y su estructuración en dos instancias. Problemática que plantea*, en *Homenaje a don Eduardo Font Serra*, Madrid, 2004.

- *La segunda instancia penal*, Cizur Menor, 2005.

CAMPOS, Laura y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Reconstrucción del contexto y memoria de testigos. La entrevista cognitiva*, en *Boletín de psicología*, N° 55, 1997.

CAPAFONS, Antonio y MAZZONI, Giuliana, *¿Es lo peligroso de la hipnosis el hipnoterapeuta?: hipnosis y falsos recuerdos*, en *Papeles del psicólogo*, N° 89, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro, *Proceso oral y proceso escrito*, en La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972.

- *Valor actual del principio de oralidad*, en La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972.

- *El proceso civil en el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas*, Buenos Aires, 1973.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959.

- *Derecho y proceso*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1981.

- *La prueba civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1982.

CARPINTERO, Helio, *Breve historia de la psicología jurídica*, en *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006.

CARRETERO, Mario y GARCÍA MADRUGA, Juan, *Psicología del pensamiento: aspectos históricos y metodológicos*, en AA. VV., *Lecturas de psicología del pensamiento*, Mario Carretero y Juan García Madruga (compilación), Madrid, 1984.

CATALANO, Elena María, *Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione*, en *Rivista di diritto processuale*, Vol. XL, N° 2, 1996.

CATTELL, James McKeen, *Measurements of the accuracy of recollection*, en *Science*, Vol. 2, N°49, 1895.

CAVALLONE, Bruno, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). La riparazione dell'ingiusta detenzione alla prova dell'equo indennizzo*, en *Rivista di diritto processuale*, N° 2, 2006.

CHAPMAN, Loren J. y CHAPMAN, Jean P., *Genesis of popular but erroneous psychodiagnostic observations*, en *Journal of abnormal psychology*, Vol. 72, N° 3, 1967.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, traducción de Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, 1936 – 1940.

- *Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la Comisión de Postguerra*, en Ensayos de derecho procesal civil, Vol. II, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1949.

- *Principios de derecho procesal civil*, traducción de José Casais y Santaló, Madrid, 1977.

CHOZAS ALONSO, José Manuel, *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal: su práctica ante los tribunales*, Madrid, 2010.

CHRISTIANSON, Sven-Ake, *Emotional stress and eyewitness memory: a critical review*, en Psychological bulletin, Vol. 112, N° 2, 1992.

CLIMENT DURÁN, Carlos, *El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de inmediación*, en Revista jurídica de la Comunidad Valenciana, N° 16, 2005.

COHEN, Laurence Jonathan, *El concepto de probabilidad en pruebas judiciales*, en Teorema: revista internacional de filosofía, Vol. 7, N° 3-4, 1977.

- *The probable and the provable*, Oxford, 1977.

COHEN, Neil B., *Confidence in probability: burdens of persuasion in a world of imperfect knowledge*, en New York University law review, Vol. 60, 1985.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, 2003.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal*, en AAVV., Constitución y garantías penales, Miguel Menéndez de Luarca (Director), Cuadernos de derecho judicial, XV, Madrid, 2003.

CORBALLIS, Michael C., *Effect of environmental context on performance in a university examination: a null result*, en *New Zealand journal of psychology*, Vol. 17, N° 1, 1988.

CORDA, Alessandro, *Neurociencias y derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal*, en *Neurociencia y proceso judicial*, Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll (directores), Madrid, 2013.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La prueba en segunda instancia*, en AA. VV., *La prueba en el proceso civil*, Cuadernos de derecho judicial, XXXIV, Madrid, 1993.

- *Derecho procesal civil* (con Moreno Catena, Víctor), Parte general, Valencia, 2012.

COUTURE, Eduardo, *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo II, Buenos Aires, 1989.

- *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano*, en *Estudios de derecho procesal civil*, Tomo I, Buenos Aires, 1989.

- *Fundamentos del derecho procesal civil*, Montevideo, 2002.

DE ASÍS ROIG, Rafael, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, 2005. - 1059

- *El razonamiento judicial*, Lima, 2007.

DE LA FUENTE, Javier, *El problema de recordar un problema para resolver un problema*, en *Anuario de psicología*, N° 52, 1992.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime, *Curso de derecho procesal civil*, Madrid, 2012.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel, *Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000*, en *Revista del poder judicial*, N° 65, 2002.

DE PAULA PÉREZ, Alfonso, *La prueba de testigos en el proceso civil español*, Madrid, 1968.

DEPAULO, Bella M., CHARLTON, Kelly, COOPER, Harris, LINDSAY, James J. y MUHLENBRUCK, Laura, *The accuracy-confidence correlation in the detection of deception*, en *Personality and social psychology review*, Vol. 1, N° 4, 1997.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, Cizur Menor, 2012.

DE VEGA, Manuel, *Introducción a la psicología cognitiva*, Madrid, 1984.

DE VICENTE Y CARAVANTES, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856 - 1858

DEL POZO PÉREZ, Marta, *La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Valencia, 2008.

DEFFENBACHER, Kenneth A., *Eyewitness accuracy and confidence: can we infer anything about their relationship?*, en *Law and human behavior*, Vol. 4, N° 4, 1980.

DEPAULO, Bella M., LINDSAY, James J., MALONE, Brian E., MUHLENBRUCK, Laura, CHARLTON, Kelly y COOPER, Harris, *Cues to deception*, en *Psychological bulletin*, Vol. 129, N° 1, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Declaración de parte y prueba de confesión*, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, 1966, N° 4.

- *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, 2002.

DÍAZ, Carmen y DE LA FUENTE, Inmaculada, *Dificultades en la resolución de problemas que involucran el teorema de Bayes*, en *Educación matemática*, Vol. 18, N° 2, 2006.

DÍAZ, Clemente, *La exposición de los hechos en la demanda*, en AA.VV., *Los hechos en el proceso civil*, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003.

DÍAZ FUENTES, Antonio, *La prueba en la ley de enjuiciamiento civil: tratamiento y práctica*, Barcelona, 2012.

DIGES JUNCO, Margarita, *Los falsos recuerdos: sugestión y memoria*, Barcelona, 1997.

DIGES JUNCO, Margarita y ALONSO-QUECUTY, María Luisa, *Psicología forense experimental*, Valencia, 1993.

DIGES JUNCO, Margarita y MANZANERO PUEBLA, Antonio L., *El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos*, en Seguridad vial: del factor humano a las nuevas tecnologías, Luís Montoro González, Enrique Carbonell Vayá, Jaime Sanmartín Arce y Francisco Tortosa Gil (editores), Madrid, 1995.

DIGES JUNCO, Margarita y MIRA SOLVES, José Joaquín, *La identificación de personas por parte de testigos y víctimas: medidas de imparcialidad*, en Justicia, N° 3, 1988.

DIGES JUNCO, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves, *La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*, en AA. VV., Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio, Madrid, 2014.

EICH, Eric, *Mood as a mediator of place dependent memory*, en Journal of experimental psychology: general, Vol. 124, N° 3, 1995.

EICH, Eric, MACAULAY, Dawn y RYAN, Lee, *Mood dependent memory for events of the personal past*, en Journal of experimental psychology: general, Vol. 123, N° 2, 1994.

EICH, Eric y MACAULAY, Dawn, *Fundamental factors in mood-dependent memory*, en Feeling and thinking: the role of affect in social cognition, Joseph P. Forgas (editor), New York, 2000.

EDWARDS, Ward, LINDMAN, Harold y SAVAGE, Leonard J., *Bayesian statistical inference for psychological research*, en *Psychological review*, Vol. 70, N° 3, 1963.

EISNER, Isidoro, *La intermediación en el proceso*, Buenos Aires, 1963.

- *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964.

EKMAN, Paul, *Facial expression of emotion: new findings, new question*, en *Psychological science*, Vol. 3, N° 2, 1992.

- *¿Qué dice ese gesto?*, Barcelona, 2004.

- *Cómo detectar mentiras: una guía para utilizar en el trabajo, la política y la pareja*, Barcelona, 2009.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki, *La instancia de apelación civil: estudio comparativo entre España y Alemania (dos modelos para el siglo XXI)*, Valencia, 2007.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Ideas y textos sobre el principio de publicidad en el proceso*, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Madrid, 1969.

FARIÑA RIVERA, Francisca, NOVO PÉREZ, Mercedes y ARCE FERNÁNDEZ, Ramón, *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*, en *Psicothema*, Vol. 14, N° 1, 2002.

FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1960.

FERNÁNDEZ, Ángel y ALONSO, María Ángeles, *Contexto ambiental y recuerdo: el efecto nulo de la manipulación de habitaciones*, en *Revista de psicología general y aplicada*, Vol. 47, N° 1, 1994.

- *Memoria y contexto: perspectivas actuales en la investigación*, en *Medio ambiente y comportamiento humano: revista internacional de psicología ambiental*, Vol. 3, N° 1, 2002.

FERNÁNDEZ, Ángel y GLENBERG, Arthur M., *Changing environmental context does not reliably affect memory*, en *Cognition*, Vol. 13, N° 4, 1985.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA.VV., Miguel Ángel Fernández-Ballesteros, José María Rifá Soler y José Francisco Valls Gombau (coordinadores), Tomo II, Barcelona, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, 2005.

- *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006.

- *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

FERRER GARCÍA, Ana María, *La segunda instancia penal, algo más que un recurso*, en AA. VV., Estudio de los nuevos recursos en el orden penal, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), Estudios de derecho judicial, N°149, Madrid, 2007.

FINKELSTEIN, Michael O. y FAIRLEY William B., *A bayesian approach to identification evidence*, en Harvard law review, Vol. 83, N° 3, 1970.

- *A comment on "Trial by mathematics"*, en Harvard law review, Vol. 84, 1971.

FISHER, R. P., GEISELMAN, R. E., RAYMOND, D. S., JURKEVICH, L. M. y WARHHAFTIG, M. L., *Enhancing enhanced eyewitness memory: refining the cognitive interview*, en Journal of police science and administration, Vol. 15, N° 4, 1987.

FONT FLOTATS, Rosa, *La valoración del interrogatorio de las partes* (con Fachal Noguera, Nuria), en AA.VV., El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, traducción de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995.

GABUCIO CERREZO, Fernando, *Razonamiento deductivo*, en Psicología del pensamiento, AA.VV., Fernando Gabucio (coordinador), Barcelona, 2005.



GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Apuntes para la urgente reforma de la segunda de la segunda instancia penal*, Actualidad jurídica Aranzadi, N° 647, 2004.

- *Los procesos civiles: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia* (con José María Torres Fernández de Sevilla y Luís Casero Linares), José Garberí Llobregat (director), Barcelona, 2010.

- *Derecho procesal civil: procesos declarativos y procesos de ejecución*, Barcelona, 2012.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *La prueba civil*, Valencia, 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, 1994.

GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, *El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002*, en AAVV., Constitución y garantías penales, Miguel Menéndez de Luarca (Director), Cuadernos de derecho judicial, XV, Madrid, 2003.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997.

GARNHAM, Alan y OAKHILL, Jane, *Manual de psicología del pensamiento*, traducción de Eva Juarros Daussá, Barcelona, 1996.

GARRIDO MARTÍN, Eugenio y MASIP PALLEJA, Jaume, *La obtención de información mediante entrevistas*, en *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, 2004.

- *Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006.

GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., FIRSTENBERG, I, HUTTON, L. A., SULLIVAN, S. J., AVETISSIAN, Y. V. y PROSK, A. L., *Enhancement of eyewitness memory: an empirical evaluation of the cognitive interview*, en Journal of police science and administration, Vol. 12, N° 1, 1984.

GEISELMAN, R. Edward, FISHER, Ronald P., MacKINNON, David P. y HOLLAND, Heidi L., *Eyewitness memory enhancement in the police interview: cognitive retrieval mnemonics versus hypnosis*, en Journal of applied psychology, Vol. 70, N° 2, 1985.

- *Enhancement of eyewitness memory with the cognitive interview*, en American journal of psychology, Vol. 99, N° 3, 1986.

GEISELMAN, R. Edward y FISHER, Ronald P., *La técnica de entrevista cognitiva para víctimas y testigos de crímenes*, en Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994.

GIGERENZER, Gerd, *How to make cognitive illusions disappear: beyond "heuristics and biases"*, en European review of social psychology, W. Stroebe y M. Hewstone (editores), Vol. II, Chichester, 1991.

- *On narrow norms and vague heuristics: a reply to Kahneman and Tversky (1996)*, en Psychological review, Vol. 103, N° 3, 1996.

GIGERENZER, Gerd, HELL, Wolfgang y BLANK, Hartmut, *Presentation and content: the use of base rates as a continuous variable*, en Journal of experimental psychology: human, perception and performance, Vol. 14, N° 3, 1988.

GIGERENZER, Gerd y HOFFRAGE, Ulrich, *How to improve bayesian reasoning without instruction: frequency formats*, en Psychological review, Vol. 102, N° 4, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1981.

- *La intermediación en la 2ª instancia y las sentencias arbitrarias de la primera*, en Diario La Ley N° 6876, 5 de febrero de 2008.

- *Derecho procesal civil*, Madrid, 2012.

GODDEN, Duncan R. y BADDELEY, Alan D., *Context-dependent memory in two natural environments: on land and underwater*, en *British journal of psychology*, Vol. 66, N° 3, 1975.

- *When does context influence recognition memory?*, en *British journal of psychology*, Vol. 71, N° 1, 1980.

GODOY-CERVERA, Verónica e HIGUERAS, Lorenzo, *El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 26, 2005.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto-Castro, Barcelona, 1936.

GÓMEZ COLOMER, Juan, *La prueba testifical en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: sus principales novedades respecto a la legislación anterior*, en *La prueba*, AA.VV., Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000.

- *Derecho jurisdiccional* (con Montero Aroca, Juan, Gómez Colomer, Juan Luís, Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía), Vol. II, Valencia, 2013.

GÓMEZ MARTÍNEZ, Carlos, *La grabación del sonido y de la imagen en los juicios civiles. Del juez lector al juez espectador*, en *Jueces para la democracia*, N° 48, 2003.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1979.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús, *Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud*, en AA. VV., *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008.

GONZÁLEZ LABRA, MARÍA José, *Introducción a la psicología del pensamiento*, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Argumentación y prueba judicial*, en Estudios sobre la prueba, México, 2006.

GORPHE, François, *La crítica del testimonio*, traducción de Mariano Ruiz-Funes, Madrid, 1980.

- *Apreciación judicial de las pruebas*, traducción de Luís Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 2007.

GRANT, Harry M., BREDAHL, Lane C., CLAY, John, FERRIE, Jennifer, GROVES, Jane E., McDORMAN, Timothy A. y DARK, Veronica J., *Context-dependent memory for meaningful material: information for students*, en Applied cognitive psychology, Vol. 12, N° 6, 1998.

GREENE, Edith, FLYNN, Marlene S. y LOFTUS, Elizabeth F., *Inducing resistance to misleading information*, en Journal of verbal learning and verbal behavior, Vol. 21, N° 2, 1982.

GUASP DELGADO, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, en Estudios jurídicos, Madrid, 1996.

- *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, en Estudios jurídicos, Madrid, 1996.

GUASP DELGADO, Jaime y ARAGONESES, Pedro, *Derecho procesal civil*, Madrid, 2005 - 2006.

GUENTHER, Kim, *Mood and memory*, en Memory in context: context in memory, G. M. Davis y D. M. Thomson (editores), Chichester, 1988.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, *De la prueba de testigos*, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981.

HALL, David F., LOFTUS, Elizabeth F. y TOUSIGNANT, James P., *Postevent information and changes in recollection for a natural event*, en *Eyewitness testimony: psychological perspectives*, Gary L. Wells y Elizabeth F. Loftus (editores), Cambridge, 1984.

HERNÁNDEZ FERNAUD, Estefanía y ALONSO QUECUTY, María Luisa, *The cognitive interview and lie detection: a new magnifying glass for Sherlock Holmes?*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 11, 1997.

HERRERA ABIÁN, Rosario, *La intermediación como garantía procesal*, Granada, 2006.

HOYA COROMINA, José, *El recurso de apelación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor, 2002.

IACOVIELLO, Francesco, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, 1997.

IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos*, en *Psicothema*, Vol. 12, Supl. N° 2, 2000.

- *Memoria de testigos: recuerdo de acciones e información descriptiva de un suceso*, en *Psicothema*, Vol. 12, N° 4, 2000.

- *Psicología del testimonio*, Donostia, 2000.

IBAÑEZ PEINADO, José, *Psicología e investigación criminal: el testimonio*, Madrid, 2009.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 31, 1991.

- *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.

- *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, 1998.

- *El nombre de la "intermediación" en vano*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2003.

- *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, 2003.
- *El Comité de derechos humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*, Madrid, 2004.

IGLESIAS MACHADO, Salvador, *El recurso de apelación civil por cuestiones de fondo*, Madrid, 2011.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1950.

JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.

- *El interrogatorio de las partes en el proceso civil*, Cizur Menor, 2007.

JOHNSON, Marcia y RAYE, Carol, *Reality monitoring*, en *Psychological review*, Vol. 88, N° 1, 1981.

JOHNSON-LAIRD, Philip, *Mental models: towards a cognitive science of language, inference, and consciousness*, Cambridge, 1987.

- *Mental models and probabilistic thinking*, en *Cognition*, Vol. 50, 1994

JOHNSON-LAIRD, Philip y SAVARY, Fabien, *Illusory inferences about probabilities*, en *Acta psychologica*, Vol. 93, 1996.

JORGE BARREIRO, ALBERTO, *Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)*, en *Jueces para la democracia*, N° 48, 2003.

KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, *Subjective probability: A judgment of representativeness*, en *Cognitive psychology*, 3, 1972.

- *On the psychology of prediction*, en *Psychological review*, Vol. 80, N° 4, 1973.

KAYE, David. H., *The laws of probability and the law of the land*, *University of Chicago law review*, Vol. 47, N° 1, 1979.

- *The paradox of the gatechasher and other stories*, en *Arizona State law journal*, N°1, 1979.

KIELMANOVICH, Jorge, *La prueba y los hechos*, en AA.VV., *Los hechos en el proceso civil*, Augusto Morello (director), Buenos Aires, 2003.

KÖHNKEN, Günter, MILNE, Rebecca, MEMON, Amina y BULL, Ray, *The cognitive interview: a meta-analysis*, en *Psychology, crime & law*, N° 5, 1999.

KORIAT, Asher, LICHTENSTEIN, Sarah y FISCHHOFF, Baruch, *Reasons for confidence*, en *Journal of experimental psychology: human learning and memory*, Vol. 6, N° 2, 1980.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Sobre la garantía de inmediación no es lo mismo el cine que le teatro (STC 120/2009)*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 9, 2010.

LEIPPE, Michael R., *Effects of integrative memorial and cognitive processes on the correspondence of eyewitness accuracy and confidence*, en *Law and human behavior*, Vol. 4, N° 4, 1980.

LESSONA, Carlo, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Tomo I, traducido por Enrique Aguilera de Paz, Madrid, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980.

LIPTON, Jack P., *On the psychology of eyewitness testimony*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 62, N° 1, 1977.

LOFTUS, Elizabeth F., *Leading questions and the eyewitness report*, en *Cognitive psychology*, Vol. 7, N° 4, 1975. - 619

- *Eyewitness testimony*, Cambridge, 1979.

LOFTUS, Elizabeth F., GREENE, Edith L. y DOYLE, James M., *La psicología del testimonio del testigo presencial*, en *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994.

LOFTUS, Elizabeth F. y LOFTUS, Geoffrey T., *On the permanence of stored information in the human brain*, en *American psychologist*, Vol. 35, N° 5, 1980.

LOFTUS, Elizabeth F., MILLER, David G. y BURNS, Helen J., *Semantic integration of verbal information into a visual memory*, en *Journal of experimental psychology: human learning and memory*, Vol. 4, N° 1, 1978.

LOFTUS, Elizabeth F. y PALMER, John C., *Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory*, en *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 13, N° 5, 1974.

LOFTUS, Elizabeth F., SCHOOLER, Jonathan W., BOONE, Stanley M. y KLINE, Donald, *Time went by so slowly: overestimation of event duration by males and females*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 1, N° 1, 1987.

LOFTUS, Elizabeth F. y ZANNI, Guido, *Eyewitness testimony: the influence of the wording of a question*, en *Bulletin of the psychonomic society*, Vol. 5, N° 1, 1975.

LOIS ESTÉVEZ, José, *La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídicoprocesal*, Santiago de Compostela, 1951.

LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús, *La constitucionalidad del razonamiento inductivo*, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°23, 2011.

LORCA NAVARRETE, Antonio María y LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel, *Tratado de derecho procesal civil: parte general*, San Sebastián, 2002.

MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880*, Tomo III, Madrid, 1955.



MANZANERO PUEBLA, Antonio, *¿Puede la información postsuceso modificar la memoria de los testigos?*, en AA. VV., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Manuel García Ramírez (compilador), Sevilla, 1993.

- *¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos?*, en *Anuario de Psicología jurídica*, N° 14, 2004.

- *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*, Madrid, 2008.

- *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Madrid, 2010.

MANZANERO PUEBLA, Antonio y DIGES JUNCO, Margarita, *Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones: la credibilidad*, en *Anuario de psicología jurídica*, N° 3, 1993.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos, *La oralidad y la segunda instancia civil*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. II, Valencia, 2008.

MARTÍN PASTOR, José, *Derecho procesal civil*, AA.VV., Manuel Ortells Ramos (dirección y coordinación), Cizur Menor, 2012.

MASIP PALLEJA, Jaume, *¿Se pillan antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño*, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 26, 2005.

MASIP PALLEJA, Jaume y ALONSO, Hernán, *Verdades, mentiras y su detección: aproximaciones verbales y psicofisiológicas*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006.

MASIP PALLEJA, Jaume, ALONSO, Hernán y HERRERO ALONSO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en AA. VV., *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006.

MASIP PALLEJA, Jaume y GARRIDO MARTÍN, Eugenio, *La detección del engaño mediante la técnica del control de la realidad*, en Encuentros en psicología social, Vol. 1, N° 5, 2003.

MASIP PALLEJA, Jaume, GARRIDO MARTÍN, Eugenio y HERRERO ALONSO, Carmen, *La detección del engaño sobre la base de sus correlatos conductuales: La precisión de los juicios*, en Anuario de psicología jurídica, N° 12, 2002.

- *La detección de la mentira mediante la medida de la tensión en la voz: una revisión crítica*, Estudios de psicología, Vol. 25, N° 1, 2004.

MAZZONI, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*, traducción de José Manuel Revuelta, Madrid, 2010.

MAZZONI, Giuliana y MEMON, Amina, *Imagination can create false autobiographical memories*, en Psychological science, N° 14, Vol. 2, 2003.

McCLOSKEY, Michael y ZARAGOZA, María, *Misleading postevent information and memory for events: arguments and evidence against memory impairment hypotheses*, en Journal of experimental psychology: general, Vol. 114, N° 1, 1985.

MEDINA CEPERO, Juan, *La valoración judicial del interrogatorio de las partes en el proceso civil*, en Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, N° 7, 2003.

MEMON, Amina, MEISSNER, Christian A. y FRASER, Joanne, *The cognitive interview: a meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years*, en Psychology, public policy, and law, Vol. 16, N° 4, 2010.

MENDONCA, Daniel, *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, 1997.

METZGER, Richard L., BOSCHEE, Pamela F., HAUGEN, Terry y SCHNOBRICH, Barbara L., *The classroom as learning context: changing rooms affects performance*, en Journal of educational psychology, Vol. 71, N° 4, 1979.

MIRA, José Joaquín y DIGES JUNCO, Margarita, *Teorías intuitivas sobre memoria de testigos: un examen de metamemoria*, en Revista de psicología social, Vol. 6, N° 1, 1991.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Manual de psicología jurídica*, Barcelona, 1980.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

- *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, 2004.

MONTERO AROCA, Juan, *Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución*, en Trabajos de derecho procesal, Barcelona, 1988.

- *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*, en La prueba, AA.VV., Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000.

- *Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)*, en La prueba, AA.VV., Juan Montero Aroca (director), Madrid, 2000.

- *Los principios políticos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001.

- *La nueva Ley de Enjuiciamiento Española, los poderes del juez y la oralidad*, en Proceso (civil y penal) y garantía: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, 2006.

- *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2007.

- *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en AAVV, Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de recursos en el proceso civil*, Valencia, 2014.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Juan Luís y Barona Vilar, Silvia), Vol. I, Valencia, 2012.

MONTERO AROCA, Juan, *Derecho jurisdiccional* (con Gómez Colomer, Juan Luís, Barona Vilar, Silvia y Calderón Cuadrado, María Pía), Vol. II, Valencia, 2012.

MONTÓN REDONDO, Alberto, *Valoración de la prueba e interpretación de los resultados probatorios*, en *Revista de derecho procesal*, N° 2-3, 1978.

MORENO CATENA, Víctor, *El recurso de apelación y la doble instancia penal*, AA. VV., en *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal*, Ana María Ferrer y Consuelo Madrigal (Directoras), *Estudios de derecho judicial*, N° 149, Madrid, 2007.

MORRIS, Valerie y MORRIS, Peter E., *The influence of question order on eyewitness accuracy*, en *British journal of psychology*, Vol. 76, N° 3, 1985.

MÜNSTERBERG, Hugo, *On the witness stand: essays on psychology and crime*, Littleton, 1981.

MUÑIZ CALAF, Bernardino, *La segunda instancia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, 2002.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *La crisis de motivación de las resoluciones judiciales*, en *Revista jurídica de Cataluña*, N° 2, 1973.

- *Métodos y elementos para una psicología jurídica*, en *Introducción a la psicología jurídica*, Lluís Muñoz Sabaté, Ramón Bayés y Frederic Munné, México D.F., 1980.

- *Inmediación y estabilidad judicial*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 1987.

- *Técnica probatoria: estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Barcelona, 1993.

- *Fundamentos de prueba judicial civil: L.E.C. 1/2000*, Barcelona, 2001.

- *Jurisprudencia constitucional sobre pertinencia y relevancia de la prueba y la política del "lápiz rojo"*, en *Técnica procesal: 25 años de estudios forenses*, Barcelona, 2012.

NAVARRO MASSIP, Jorge, *El recurso de apelación y la segunda instancia: diez años de la doctrina iniciada mediante la STC 167/02*, en Revista Aranzadi doctrinal, N° 11, 2012.

NESSON, Charles R., *Reasonable doubt and permissive inferences: the value of complexity*, en Harvard law review, Vol. 92, N° 6, 1979.

- *The evidence or the event? On judicial proof and the acceptability of verdicts*, en Harvard law review, Vol. 98, N° 7, 1985.

NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000.

- *Enjuiciamiento prima facie*, Atelier, 2007.

- *Los problemas de la oralidad*, en Justicia, N° 1-2, 2007.

- *La valoración de la prueba*, Madrid, 2010.

- *“Inmediación” y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad*, en Diario La Ley, N° 7783, 2012.

- *Oralidad e intermediación en la prueba: luces y sombras*, en Justicia, N° 1, 2012.

- *La duda en el proceso penal*, Madrid, 2013.

- *Derecho procesal I. Introducción*, Madrid, 2014.

NISBETT, Richard y ROSS, Lee, *Human inference: strategies and shortcomings of social judgment*, New Jersey, 1980.

OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana, *El recurso de apelación en el proceso civil (partes, intervinientes y terceros)*, Barcelona 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2012.

PAGANO, Francesco Mario, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1787.

PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, 2007.

- *La prueba entre la oralidad y la escritura*, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. I, Valencia, 2008.

PASCUAL SERRATS, Rosa, *El recurso de apelación civil (facultades de las partes y poderes del tribunal "ad quem")*, Valencia, 2001.

PATTI, Salvatore, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, en *Rivista di diritto processuale*, 1985.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Notas sobre la publicidad y proceso*, en *Estudios de derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990.

PÉREZ ASENJO, Ana, *La valoración de la prueba en segunda instancia*, en *Aspectos problemáticos en la valoración de la prueba civil*, Joan Picó i Junoy y Xavier Lluch (directores), Barcelona, 2008.

PÉREZ ECHEVERRÍA, María, *Solución de problemas*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008.

PÉREZ ECHEVERRÍA, María y BAUTISTA, Alfredo, *Pensamiento probabilístico*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008.

PÉREZ-MATA, María de las Nieves y DIGES JUNCO, Margarita, *Introducción de información engañosa y atribución de fuente de la información*, en AA. VV., *Psicología social aplicada en los procesos jurídicos y políticos*, Manuel García Ramírez (compilador), Sevilla, 1993.

PETERSON, Lloyd R. y PETERSON, Margaret Jean, *Short-term retention of individual verbal items*, en *Journal of experimental psychology*, Vol. 58, N° 3, 1959.

PICHERT, James W. y ANDERSON, Richard C., *Taking different perspectives in a story*, en *Journal of educational psychology*, Vol. 69, N° 4, 1977.

PICÓ I JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996.

- *El derecho a la prueba en el proceso civil y su nueva configuración legal*, en Homenaje a don Eduardo Font Serra, Madrid, 2004.

- *La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil*, en Aspectos prácticos de la prueba civil, Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (directores), Barcelona, 2006.

- *El principio de oralidad en el proceso civil español*, en Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente, Federico Carpi y Manuel Ortells (editores), Vol. I, Valencia, 2008.

- *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007.

- *Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio*, en Revista jurídica de Catalunya, Vol. 108, N° 3, 2009.

- *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, en AAVV, Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Juan Montero Aroca (coordinador), Valencia, 2011.

PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, en Rivista di diritto processuale, N° 1, 1978.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Madrid, 1947.

- *Claves para la reconstrucción histórica y práctica del derecho español sobre la confesión judicial*, en Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, Vol. I, Madrid, 1950.

- *Precisiones sobre escritura y oralidad en el derecho procesal español*, en Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil, Madrid, 1950.

- *Manual de derecho procesal civil*, Madrid, 1962.

- *Derecho procesal civil*, Madrid, 1988.

PRIETO EDERRA, Ángel, DIGES JUNCO, Margarita y BERNAL, M., *El impacto del testigo presencial sobre el jurado*, en AA. VV., *La psicología social en la sala de justicia*, Jorge Sobral y Ramón Arce (editores), Barcelona, 1990.

- *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*, en AA. VV., *La psicología social en la sala de justicia*, Jorge Sobral y Ramón Arce (editores), Barcelona, 1990.

PRIETO EDERRA, Ángel, DIGES JUNCO, Margarita y SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *Testigos presenciales: influencia de la información posterior al suceso*, en *Estudios de psicología*, N° 51, 1994.

PRIETO EDERRA, Ángel y SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge, *Impacto persuasivo del testimonio seguro e inseguro: ¿dos caras del mismo fenómeno?*, en *Psicothema*, Vol. 15, N° 2, 2003.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, Barcelona, 1997.

- *Enjuiciamiento civil: cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, 2008.

RICCI, Edoardo, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, N° 1, 1978.

RICCI, Francesco, *Tratado de las pruebas*, traducción de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Pamplona, 2005.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *La segunda instancia en el proceso civil*, Barcelona, 1998.

RODRIGUEZ BOENTE, Sonia, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Santiago de Compostela, 2003.

RODRÍGUEZ ESPEJO, José, *La confesión judicial bajo juramento decisorio y su eficacia en la legislación española*, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, N° 3, 1959.



RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, *El interrogatorio de testigos*, Madrid, 2003.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La prueba de confesión y el interrogatorio del acusado, una visión psicológica*, Barcelona, 1989.

- *Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal*, en *Actualidad penal*, Vol. 2, 1991.

ROSENBERG, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Ángela Romera Vera, Buenos Aires, 1955.

RUSSO, Riccardo, WARD, Geoff, GEURTS, Hilde y SCHERES, Anouk, *When unfamiliarity matters: changing environmental context between study and test affects recognition memory for unfamiliar stimuli*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory, and cognition*, Vol. 25, N°2, 1999.

SAKS, Michael J. y KIDD, Robert F., *Human information processing and adjudication: trial by heuristics*, en *Law & society review*, Vol. 15, N° 1, 1980-1981.

SCHOOLER, Jonathan W., CLARK, C. A., y LOFTUS, Elizabeth F., *Knowing when memory is real*, en *Practical aspects of memory: current research and issues*, Vol. 1, M. M. Gruneberg, P. E. Morris y R. N. Sykes (editores), Chichester, 1988.

SCHOOLER, Jonathan W., GERHARD, Delia y LOFTUS, Elizabeth F., *Qualities of the unreal*, en *Journal of experimental psychology: learning, memory and cognition*, Vol. 12, N° 2, 1986.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*, en *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1967.

- *Introducción al derecho probatorio*, en *Estudios de derecho procesal*, Buenos Aires, 1967.

- *¿Qué es la prueba? (Naturaleza de la prueba)*, en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, N° 2-3, 1973.

- *Valoración de la prueba*, en *Revista de derecho procesal iberoamericano*, N° 2-3, 1976.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luís, *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: disposiciones generales y presunciones*, Cizur Menor, 2002.

- *El nuevo régimen jurídico del interrogatorio de parte*, en AA.VV., *El interrogatorio de las partes en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Xavier Abel Lluch (director), Barcelona, 2008.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Contribución al estudio de la prueba*, en Estudios de derecho procesal, Barcelona, 1969.

- *Liberalización y socialización del proceso civil. Las facultades del juez en la legislación y en la realidad procesales*, en Revista de derecho procesal iberoamericana, N° 2-3, 1972.

- *De la confesión*, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981.

- *De la prueba de las obligaciones*, en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Manuel Albaladejo (director), Tomo XVI, Vol. 2, Madrid, 1981.

- *El derecho a la prueba en el proceso español*, Libro Homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984.

SHAVIRO, Daniel, *Statistical-probability evidence and the appearance of justice*, en Harvard law review, N° 103, 1989-1990.

SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Madrid, 1963.

SOLÉ RIERA, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona, 1993.

SMITH, STEVEN M., *Remembering in and out of context*, en Journal of experimental psychology: human learning and memory, Vol. 5, N° 5, 1979.

- *Environmental context-dependent memory*, en Memory in context: context in memory, G. M. Davis y D. M. Thomson (editores), Chichester, 1988.

- *Mood is a component of mental context: comment on Eich (1995)*, en Journal of experimental psychology: general, Vol. 124, N° 3, 1995.

SMITH, Vicki L. y ELLSWORTH, Phoebe C., *The social psychology of eyewitness accuracy: misleading questions and communicator expertise*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 72, N° 2, 1987.

SMITH, Vicki L., KASSIN, Saul M. y ELLSWORTH, Phoebe C., *Eyewitness accuracy and confidence: within-versus between-subjects correlations*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 74, N° 2, 1989.

SPORER, Siegfried Ludwig, *A brief history of the psychology of testimony*, en *Current psychological reviews*, Vol. 2, N° 3, 1982.

- *The less travelled road to truth: verbal cues in deception detection in accounts of fabricated and self-experienced events*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 11, N° 5, 1997.

- *The science of eyewitness testimony has come of age*, en *Psychological science in the public interest*, Vol. 2, N° 2, 2006.

- *Lessons from the origins of the eyewitness testimony research in Europe*, en *Applied cognitive psychology*, Vol. 22, N°6, 2008.

SPORER, Siegfried Ludwig, McQUISTON-SURRETT, Dawn e IBABE, Izaskun, *Metamemoria de los testigos*, en *Psicología jurídica*, Eugenio Garrido, Jaume Masip y Carmen Herrero (coordinadores), Madrid, 2006.

SPORER, Siegfried Ludwig, PENROD, Steven, READ, Don y CUTLER, Brian, *Choosing, confidence and accuracy: a meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies*, en *Psychological bulletin*, Vol. 118, N° 3, 1995.

SPORER, Siegfried Ludwig y SCHWANDT, Barbara, *Moderators of nonverbal indicators of deception*, en *Psychology, public policy, and law*, Vol. 13, N° 1, 2007.

STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, traducción de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, 1990.

STELLER, Max, *Recent developments in statement analysis*, en *Credibility assessment*, J. C. Yuille (editor), Deventer, Vol. 47, 1989.

STELLER, Max y KÖEHNKEN, Guenter, *Análisis de declaraciones basado en criterios*, en *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, David C. Raskin (editor), Bilbao, 1994.

STERN, William, *Abstracts of lectures on the psychology of testimony and on the study of individuality*, en *The American journal of psychology*, Vol. 21, N° 2, 1910.

SUAU MOREY, Jaime, *Inmediación y apelación en el proceso penal*, Barcelona, 2011.

SULLY, James, *Illusions: a psychological study*, Londres, 1881.

TARUFFO, Michele, *Il diritto alla prova nel processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*, 1984.

- *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, en *Rivista di diritto processuale*, 1990.

- *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2005.

- *Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba*, en *Discusiones*, N° 3, 2003.

- *Cinco lecciones mexicanas: memorias del taller de derecho procesal*, México D.F., 2003.

- *La prueba científica en el proceso civil*, en *Estudios sobre la prueba*, México, 2006.

- *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2008.

- *Consideraciones sobre las máximas de la experiencia*, en *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, 2009.

- *Consideraciones sobre prueba y motivación*, en *AA.VV.*, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, 2009.

- *Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil* en *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, 2009.

- *Simply the truth: the judge and the construction of the facts*, traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid, 2010.

- *La verità nel processo*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 66, N° 4, 2012.

- *La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdoba Vianello, Madrid, 2011

- *Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 67, N° 2, 2013.

TRIBE, Laurence H., *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*, en *Harvard law review*, Vol. 84, N° 6, 1971.

TUBAU SALA, Elisabet, *Juicios de probabilidad y toma de decisiones*, en *Psicología del pensamiento*, AA.VV., Fernando Gabucio (coordinador), Barcelona, 2005.

TULVING, Endel, *Memory and consciousness*, en *Canadian psychology*, Vol. 26, N° 1, 1985.

TULVING, Endel y PEARLSTONE, Zena, *Availability versus accessibility of information in memory for words*, en *Journal of verbal learning and verbal behavior*, Vol. 5, N° 4, 1966.

TULVING, Endel y THOMSON, Donald M., *Encoding specificity and retrieval processes in episodic memory*, en *Psychological review*, Vol. 80, N° 5, 1973.

TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, *Availability: A heuristic for judging frequency and probability*, en *Cognitive Psychology*, 5, 1973.

- *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, en *Science*, Vol. 185, N° 4157, 1974.

- *Judgments of and by representativeness*, en *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (editores), Cambridge, 1982.

UNDEUTSCH, Udo, *Statement reality analysis*, en *Reconstructing the past: the role of psychologists in criminal trials*, Arne Trankell (editor), Estocolomo, 1982.

VALIÑA, María Dolores y MARTÍN, Monserrat, *Razonamiento pragmático*, AA. VV., en *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008.

- *Razonamiento silogístico*, en AA. VV., *Psicología del pensamiento: teoría y prácticas*, Mario Carretero y Mikel Asensio (coordinadores), Madrid, 2008.

VARGAS ÁVILA, Rodrigo, *Concepciones de la prueba judicial*, en *Prolegómenos*, Vol. 14, N°28, 2011.

VÁSQUEZ SOTELO, José Luís, *Los principios del proceso civil*, en *Justicia*, N° 3-4, 1993.

VIEIRA MORANTE, Francisco Javier, *Contradicción e inmediatez en la práctica de las pruebas y su valoración en segunda instancia*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 563, 2003.

VRIJ, Aldert, *Criteria-based content analysis: a qualitative review of the first 37 studies*, en *Psychology, public policy, and law*, Vol. 11, N° 1, 2005.

VRIJ, Aldert, AKEHURST, Lucy, SOUKARA, Stavroula y BULL, Ray, *Will the truth come out? The effect of deception, age, status, coaching, and social skills on CBCA scores*, en *Law and human behavior*, Vol. 26, N° 3, 2002.

- *Detecting deceit via analyses of verbal and nonverbal behavior in children and adults*, en *Human communication research*, Vol. 30, N° 1, 2004.

- *Let me inform you how to tell a convincing story: CBCA and reality monitoring scores as a function of age, coaching, and deception*, en *Canadian journal of behavioural science*, Vol. 36, N° 2, 2004.

VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine y BULL, Ray, *Stereotypical verbal and nonverbal responses while deceiving others*, en *Personality and social psychology bulletin*, Vol. 27, N° 7, 2001.

VRIJ, Aldert, EDWARD, Katherine, ROBERT, Kim P. y BULL, Ray, *Detecting deceit via analysis of verbal and nonverbal behavior*, en *Journal of nonverbal behavior*, Vol. 24, N° 4, 2000.

VRIJ, Aldert, KNELLER, Wendy y MANN, Samantha, *The effect of informing liars about criteria-based content analysis on their ability to deceive CBCA-raters*, en *Legal and criminological psychology*, Vol. 5, N° 1, 2000.

WASON, Peter y JOHNSON-LAIRD, Philip, *Psicología del razonamiento*, traducción de Juan del Val Merino, Madrid, 1981.

WELLS, Gary L., *Applied eyewitness-testimony research: system variables and estimator variables*, en *Journal of personality and social psychology*, Vol. 36, N° 12, 1978.

WELLS, Gary L., FERGUSON, Tamara J. y LINDSAY, R. C. L., *The tractability of eyewitness confidence and its implications for triers of fact*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 66, N° 6, 1981.

WELLS, Gary L., LINDSAY, R. C. L. y FERGUSON, Tamara J., *Accuracy, confidence and juror perceptions in eyewitness identification*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 64, N° 4, 1979.

WELLS, Gary L. y LINDSAY, R. C. L., *Methodological notes on the accuracy-confidence relation in eyewitness identifications*, en *Journal of applied psychology*, Vol. 70, N° 2, 1985.

WELLS, Gary L. y MURRAY, Donna M., *Eyewitness confidence*, en *Eyewitness testimony: psychological perspectives*, Gary L. Wells y Elizabeth F. Loftus (editores), Cambridge, 1984.

WELLS, Gary L. y OLSON, Elizabeth A., *Eyewitness testimony*, en *Annual review of psychology*, N° 54, 2003.

WHIPPLE, Guy Montrose, *The observer as reporter: a survey of the "Psychology of Testimony"*, en Psychological bulletin, Vol. 6, N° 5, 1909.

YERKES, Robert M. y DODSON, John D., *The relation of strength of stimulus to rapidity of habit-formation*, en Journal of comparative neurology and psychology, Vol. 18, N° 5, 1908.

ZARAGOZA, María, McCLOSKEY, Michael y JAMIS, Mary, *Misleading postevent information and recall of the original event: further evidence against the memory impairment hypothesis*, en Journal of experimental psychology: learning, memory and cognition, Vol. 13, N° 1, 1987.

ZUCKERMAN, Miron, DEPAULO, Bella M. y ROSENTHAL, Robert, *Verbal and nonverbal communication of deception*, en Advances in experimental social psychology, Vol. 14, 1981.