



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 3, n.º 4, enero-junio, 2021
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2021.v3n4.10



El tratamiento de la prueba testimonial y su relación con la inmediación en el proceso penal

**The treatment of the testimonial evidence and its
relation to the immediation in the criminal process**

Jesús Gregorio Gavilán Pariguana*

Distrito Fiscal de Tacna
(Tacna, Perú)

jgavilandj@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-7600-3564>

Resumen: Las pruebas testimoniales significan un aporte valioso al proceso penal. Su uso, por tanto, es recurrente y generalizado. Pese a tales características y por lo general, la prueba testimonial no es valorada correctamente en las instancias judiciales, toda vez que se recurre a parámetros intuitivos y subjetivos. La génesis de dicha deficiencia viene de una concepción persuasiva de la prueba que se encuentra muy arraigada en nuestros sistemas judiciales. Por tal motivo, el contenido del principio de inmediación es sobredimensionado. Deja de ser considerado un instrumento para garantizar la correcta contradicción de las partes y es puesto como un

* Fiscal adjunto de la Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental de Tacna. Magíster en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Privada de Tacna.

fin del proceso, en sí mismo. La adscripción a dichos parámetros es utilizada como una válvula de escape a la motivación judicial y a su revisión, en tanto que la racionalidad y el carácter epistemológico que han de guiar el discurrir del proceso son reemplazados por un cóctel de percepciones subjetivas, una suerte de olfato e intuición. El presente trabajo tiene como objeto el plantear un debate en torno a la necesidad de redefinir los alcances actuales del principio de inmediación y su relación con la prueba testimonial, de cara a disminuir la arbitrariedad que se viene dando en el campo probatorio.

Palabras clave: intermediación, prueba, testimonio, apelación

Abstract: The testimonial evidence means a valuable contribution to the criminal process. Its use, therefore, is recurrent and widespread. Despite these characteristics, and in general, testimonial evidence is not correctly evaluated in court, since intuitive and subjective parameters are used. The genesis of this deficiency comes from a persuasive conception of the evidence that is deeply rooted in our judicial systems. For this reason, the content of the immediacy principle is oversized. It is no longer considered an instrument to guarantee the correct contradiction of the parties and is put as an end of the process, in itself. The ascription to these parameters are used as an escape valve to judicial motivation and its revision, while the rationality and epistemological character that must guide the course of the process are replaced by a cocktail of subjective perceptions, a luck of smell and intuition. The purpose of this work is to raise a debate around the need to redefine the current scope of the principle of immediacy and its relationship with testimonial evidence, in order to reduce the arbitrariness that has been occurring in the evidentiary field.

Key words: immediacy, evidence, testimony, appeal

RECIBIDO: 2/05/2021

REVISADO: 26/05/2021

APROBADO: 26/06/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

Dentro de los claustros y foros de las facultades de Derecho, en todo el país, es ya repetido aquel refrán que señala «...mientras la realidad corre, el Derecho camina». Y es que, en la práctica judicial, fiscal y sin duda también de la defensa técnica, en repetidas ocasiones se ha advertido cómo los instrumentos normativos con los que se cuenta (códigos, leyes, reglamentos, etc.), resultan insuficientes o hasta desfasados para la solución de la problemática fáctica que se les presenta.

Esto no obedece necesariamente a que el instrumento normativo haya sido dictado con el fin de poner trabas o entorpecer la administración de

justicia al momento de resolver determinado caso. Por el contrario, ocurre en que muchas veces estos instrumentos han sido dados en base a un contexto jurídico que en la actualidad ha dejado de ser vigente, ya sea por el avance social o científico sobre la materia que se pretendía regular.

Dicho fenómeno de desfase de instrumentos normativos y de las prácticas jurisprudenciales se viene repitiendo en nuestro proceso penal, específicamente, en lo que al análisis y tratamiento de la prueba testimonial se refiere. Y es que, como antecedentes, tenemos que el aspecto probatorio se ha venido tratando de forma artesanal, encumbrando a la convicción judicial, como objeto final del proceso penal, envolviéndolo como en épocas pasadas, de manifestaciones cargadas de subjetividad y sin base racional.

Son conocidas las prácticas probatorias dadas en la época del oscurantismo, donde se recurría muchas veces a las ordalías, al fuego y a torturas, de cara a que el ente divino develara la verdad; hasta después de los desarrollos de la ilustración, en donde se promovió la separación de los aspectos estatales (del que forma parte la administración de justicia), y la Iglesia, que propugnaron una valoración libre de la prueba por parte del juzgador.

No obstante, los avances de dicha época no permitieron un mayor desarrollo de la prueba, donde siguió primando la prueba enfocada como un mero procedimiento de convencimiento judicial. De ahí que surjan corrientes aún vigentes hoy en día como en el orbe del *common law*, como la denominada teoría persuasiva de la prueba, que, en resumidas cuentas, apunta a que lo verdadero es lo que finalmente el juez considera o cree como tal.

La subjetividad en la apreciación de la prueba, según demuestran autores como Jordi Ferrer Beltrán y Vitor de Paula Ramos, seguía y sigue siendo latente en las decisiones judiciales, en tanto que la convicción judicial resulta un fuero inexpugnable, ajeno a la fiscalización y control. Se otorgaba al juzgador un grado de discrecionalidad muy abierto, casi cercano a la arbitrariedad, exonerándolo de desarrollar y de plasmar aquellas razones —objetivas— que lo llevaba finalmente a decidir de tal manera.

Sin embargo, en los últimos años se ha venido produciendo importantes avances en cuanto al tratamiento de la prueba testimonial. Ello debido a los aportes efectuados principalmente por la epistemología jurídica y la psicología del testimonio. Estos surgen como antítesis, a aquel tratamiento probatorio de carácter subjetivo que se venía y viene dando en muchas latitudes judiciales, y con el fin de reemplazarlo por un ejercicio de razonamiento inductivo que sea pasible de ser contrastado, verificado y controlado.

De Paula (2019) afirma:

La ciencia y la epistemología han avanzado mucho durante el último siglo y es de suma importancia que el derecho se centre en analizar la calidad de los procedimientos y las decisiones cuyo objetivo es conocer los hechos que han sucedido, impulsando formas más acordes con la búsqueda de la verdad. Mediante la epistemología, por ejemplo, se estará en condiciones de debatir la posibilidad y la pertinencia de presumir como verdadero lo que diga un testigo. Con el análisis científico, sobre todo de la psicología del testimonio y de estudios sobre la percepción humana se podrá valorar bajo qué condiciones (si es que las hay), podríamos confiar en la información que obtenemos de la prueba testifical y los errores a los que estamos sujetos cuando procedemos de ese modo. (p. 37)

Conforme desarrollaremos en el presente artículo, veremos que, pese a la reforma procesal penal iniciada hace algunos años en nuestro país, parecen persistir en nuestra cultura jurídica, algunos tratamientos clásicos, artesanales o subjetivos de la prueba penal testimonial; básicamente compuestos de prejuicios, sesgos y prácticas automatizadas. Se parte de una posición sobredimensionada del principio de inmediación, producto de una concepción persuasiva de la valoración de la prueba, hasta dejar un gran margen de discrecionalidad al juez, blindando su decisión de cualquier intento de revaloración o corrección.

Tal facultad omnipotente en el tratamiento de la prueba testimonial resulta inconcebible con los postulados de un estado democrático, que surgieron precisamente para contrarrestar la existencia de una función o poder ilimitados, cualquiera sea su naturaleza; encumbrando la razón por sobre todo. Resulta ilustrativo lo señalado por Rivera (2011) quién refiere que: «Para alcanzar esto debe haber un sistema que efectivamente exija la racionalidad de la decisión y que esa racionalidad pueda ser controlada por instancias superiores» (p. 383). Es, por tanto, paso previo e imprescindible para dicho cometido desterrar algunos mitos respecto a la —estrecha y esencial— vinculación del principio de inmediación con la apreciación de la prueba testimonial. Por ello, Igartua (2018) señala que el cambio de horizonte que implica el tránsito del veredicto inmotivado a la sentencia motivada afectaría de lleno a la inmediación, puesto que el carácter tan arraigado de esta última, ha conllevado a que se sostenga la existencia de decisiones inmunes de control.

Los problemas que en la práctica forense se presentan en este ámbito, como vemos, aluden al principio de inmediación, como fundamento para avalar la exclusión de un control sobre la justificación de la suficiencia de la prueba testimonial. Por tanto, el presente trabajo tiene como principal objetivo plantear un esbozo de discusión respecto al tratamiento erróneo que se viene dando a la prueba testimonial, ahondando en sus orígenes de

cara a presentar criterios objetivos (verificables y controlables) que permitan su racionalización.

En razón a lo señalado, en el artículo se desarrollarán primero, algunos conceptos relacionados a la prueba y sus concepciones, el principio de inmediación y el testimonio, la relación de estas dos últimas. Finalmente, se mostrarán los resultados obtenidos, la discusión y las conclusiones a las que arribamos.

2. Materiales y métodos

El estudio se realizó en la dogmática nacional y extranjera, en nuestra legislación procesal penal y el tratamiento jurisprudencial en torno a la inmediación, la prueba testimonial y su revisión. Ello con el fin de contribuir al debate en torno a estas principales figuras y resaltar la necesidad de darles un tratamiento distinto, de cara a establecer y permitir un análisis racional de la prueba testimonial y consecuentemente hacer idóneo y factible un control por parte de los jueces de instancias superiores. Se aplicó como método el análisis descriptivo.

3. Resultados

3.1. La prueba penal

La prueba, dice Peña (2018), es «todo medio que produce un conocimiento cierto o probable, acerca de cualquier cosa y en sentido lato es el conjunto de motivos que suministran ese conocimiento» (p. 678). Tiene como finalidad contrastar la exactitud de las tesis fácticas postuladas por las partes en el proceso, por consiguiente, la prueba es una fuente de información.

En el tratamiento de la prueba, según De Paula (2019), existen básicamente dos grandes modelos: uno subjetivo, en el que el procedimiento probatorio gira alrededor de la convicción o creencia del juez. El otro modelo es el objetivo que aspira a desplazar la figura de la creencia del juez, del centro del procedimiento de confirmación y rechazo de las hipótesis sobre los hechos. Uno renunciaría a la búsqueda de la verdad, reemplazándola con la creencia judicial, en tanto el otro, apostaría por la verdad como correspondencia.

- a) **La prueba como convicción judicial o teoría subjetiva de la prueba.** La finalidad procesal de la prueba es convencer al juez. El procedimiento será exitoso si produce un convencimiento judicial. Será verdad lo que el juez decida que es. Sitúa como señala Ferrer (2005), al juez en una posición de infalibilidad, al eliminar cualquier criterio externo a la decisión.

Como señala Rivera (2011), debe entenderse que:

La convicción judicial no es un «estado anímico de certeza», ni fruto de inspiración mística, ni soplo divino, ni un estado psicológico de trance de revelación, sino el resultado de un proceso de conocimiento que se ha logrado con la participación dialéctica libre de las partes y en su culminación se han aplicado las reglas del pensar reflexivo científico – crítico, coherente, lógico, objetivo- para formular una decisión racional. (p. 416)

Conforme a esta teoría y en palabras de Gascón (2009), la libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incomunicable e incontrolable, como una especie de momento íntimo (y casi místico) capaz de permitir la valoración discrecional y no discutible de la prueba. Y es que la valoración de la prueba se reduce a la percepciones subjetivas como las impresiones e intuiciones del propio juez y no precisamente en la prueba en sí.

Se asimilan y equiparan los conceptos de convicción judicial y prueba. En esa línea, Igartua (2018) señala que:

Mientras que la «convicción» implica un conocimiento solipista y casi inexpresable, motivar la sentencia supone un saber compartible y comunicable; mientras que la «convicción» exalta la individualidad del juzgador, la motivación se orienta a la colectividad que rodea al juez y al proceso; y mientras la «convicción» rota sobre la libertad del juez para autoconvencerse, la motivación giraría en torno a la obligación judicial de ser convincente. (p. 141)

Entre las notas definitorias de esta clase de concepción, según Ferrer (2020) se encuentran los siguientes: a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) exigencias de motivación muy debiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos y los que interesan por sobre todo al presente trabajo; c) La defensa de una versión muy fuerte de inmediación, de modo que reserve casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias.

- b) **La prueba como teoría racional o modelo objetivo.** Para este modelo, De Paula (2019) asegura: «afirmar que «está probado que p» es igual a decir que «hay elementos de juicio suficientes en favor de p» (p. 31). El centro de gravedad deja de ser el convencimiento del juez, para situarse en el razonamiento probatorio de los elementos de juicio en los autos a favor de determinada hipótesis (de culpabilidad o inocencia).

El juez, en este modelo, ya no será más el centro de la actividad probatoria, en la medida en que todas las fases, admisión, práctica y valoración serán medios para lograr un fin: la búsqueda de la verdad, es decir, conocer lo que realmente sucedió, de forma objetiva. De este modo, todas las fases deberán basarse en criterios objetivos y no en la capacidad o no de convencer al juez A o a la jueza B. (De Paula, 2019, p. 32)

La principal ventaja de asumir esta segunda postura es la de reconocer la falibilidad de la decisión judicial, haciendo mas viable sus correcciones en la segunda instancia. Entre las sus notas definitorias —y en contraposición a las pertenecientes a la anterior postura—, Ferrer (2020) sostiene: a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; y d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores.

3.2. El principio de inmediación

Referiéndose a la Constitución, señala San Martín (2020) que es fuente de toda juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valores; destaca —siguiendo a Hakansson Nieto— que los principios pueden ser agrupados en cuatro rubros: a) Principios fundamentales del Estado; b) Principios técnico-jurídicos del ordenamiento; c) Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos; y d) Principios informadores del derecho. Los principios procesales estarían en este penúltimo grupo.

Siguiendo al citado juez supremo, el principio de inmediación presentaría dos planos: El primero, referido a las relaciones entre los sujetos del proceso y el segundo—que importa a los efectos de la presente investigación—relacionado a la recepción de la prueba y en las alegaciones sobre ella. Dicho principio ha sido recogido para la etapa de juicio oral, por el artículo 356 del Código Procesal Penal peruano, el cual señala que rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria.

Su fundamento recaería a eliminar toda interferencia o mediador, entre el juez o jueces que van a emitir la sentencia y las fuentes de prueba postuladas. De lo cual, según Igartua (2018), se desprendería a su vez tres consecuencias: a) la percepción directa y personal de los elementos probatorios útiles para la decisión; b) la inmutabilidad del juez; y la c) concentración procesal.

Este principio, aduce San Martín (2020), dota de:

Una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia y limita considerablemente su revisión impugnativa, la cual en este caso solo podrá analizar si los razonamientos y conclusiones son ilógicos, arbitrarios o contrarios a derechos, no puede entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el juzgador. (...) La inmediatez es, sin duda, una garantía, pero solo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible del contacto directo, una valoración racional de la prueba que pueda a su vez ser racionalmente enjuicada por terceros. (p. 118)

Por su parte, Rivera (2011) señala:

El principio de inmediación de la prueba impone como condición de su eficacia la intervención del juez como director del proceso, tanto al admitirla como al practicarla, manteniendo el control de la producción de la prueba, lo cual asegura su legalidad y licitud, al tiempo que hace posible una apreciación más adecuada del acervo probatorio para la decisión final. (p. 397)

Una de las consecuencias más importantes que produce este principio es que solo se podrá valorar aquella prueba que haya sido objeto de oralización y confrontación ante el juez que va a decidir la causa, en consecuencia, esta función no podrá ser delegada o comisionada a otro funcionario. Como se resalta, gracias a la inmediación, el juez ante el cual se produce la actuación probatoria, se situaría en una posición privilegiada. La inmediatez (o inmediación), es decir, el contacto inmediato del juez con la prueba, se erigió como uno de los cánones de la oralidad, apuntándose como la única salida para que el juez pudiera ser realmente «libre» a la hora de valorar la prueba (De Paula, 2019, p. 58).

Es más, el principio de inmediación es considerado como una suerte de garantía para una decisión acertada y como un límite infranqueable que el tribunal revisor no puede alterar. Por su virtud, según Gonzales (2011) se exige que: «el funcionario juzgador presencie de manera directa y personal la prueba vertida a favor y en contra del acusado y solo con fundamento en las conclusiones que le produzca dicho contacto con la realidad investigada es que puede tomar una decisión acertada» (p. 87). Agrega el citado autor, que esto traería como consecuencia que el tribunal de apelación que no ha visto ni oído la prueba solo puede incidir en cuestiones de derecho, pero nunca de hecho. La doctrina nacional, acoge también esta postura, así Rosas (2013) señala que:

Con la vigencia plena del principio de inmediación, es decir lo que él observó, desde los gestos hasta las reacciones del acusado, del agraviado, del testigo y de los peritos al momento de responder o explicar sobre los hechos, constituye una garantía plena que va a resolver con conocimiento de causa. (p. 669)

De igual forma, nuestra máxima instancia judicial se ha pronunciado en la Casación n.º 9-2007-Huaura del 18 de febrero del 2018, al señalar que «la inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo, sino que la lee de un acta, no está en condiciones —por capaz que sea— de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. Además, tal declaración no puede ser contraexaminada y, por tanto, sometida al test de la contrariedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí que debe proteger la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba».

Hasta aquí, se han mostrado las principales caracterizaciones que muestra el principio de inmediación, en la concepción persuasiva de la prueba. Y es que, el citado principio recibe un tratamiento y dimensión distintos, en la concepción racional de la prueba. En esta última, el principio de inmediación es débil, no es una finalidad en sí mismo. No es un instrumento de valoración de la prueba sino un instrumento para garantizar la contradicción.

3.3. La inmediación en la valoración de la prueba testimonial

El testigo como fuente de prueba es aquella persona física que, sin estar relacionada a los hechos materia de imputación, alcanza sus percepciones sensoriales al juez. La oralización de estas percepciones es lo que se denomina el testimonio. Por su parte Mixan Mass (1991), considera que el testimonio consiste en «la atestiguación oral, válida, narrativamente hecha ante la autoridad competente que investiga o juzga, producida sobre aquello que es inherente al thema probandum, con sujeción a la prescripción procesal pertinente, por una persona natural sin impedimento natural ni legal, citada o concurrente motu proprio» (p. 285).

La inmediación y la supuesta posición privilegiada en que coloca al juez respecto a la prueba han sido hasta, hoy en día, los principales argumentos para rebatir cualquier intento de control y fiscalización sobre el mérito probatorio, dada a la prueba testimonial en primera instancia.

Y es que, como afirma Igartua (2018) que:

Suele servir para legitimar sentencia que de hecho emplean incluso menos información que las verbalizaciones transcritas en las actas. Semejante perversión pasa desapercibida porque la «inmediación» ha sido colocada en la órbita de ese astro rey que es la «convicción» (judicial). Pero hora es de tomar la saludable determinación de liquidar las ideas muertas del siglo XVIII dando el adiós a otra época e instalando a la «motivación» en el trono vacío. (p. 141)

De igual manera, Ibañez (2007) manifiesta que:

La práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción. En efecto, entendido este como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos solo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento y la justificación de los resultados. (p. 156)

Precisamente, estos autores se muestran críticos a dar un tratamiento sobredimensionado a la intermediación, en tanto concebida desde el plano de la prueba como persuasión o convicción, abriría una zona de imposible fiscalización por parte de quien no hubiera participado, y en idéntico plano de proximidad de la misma singular experiencia, por ejemplo los tribunales de segunda instancia.

Y es que según la concepción persuasiva de la prueba que defiende un principio de intermediación fuerte, el juez con tan solo ver la cara al testigo, observar sus ademanes, su tono de voz, su nerviosismo, tartamudeo, podía determinar si era o es fiable. En la mayoría de nuestros sistemas judiciales, en el que se incluye el nuestro, se subestima desde un inicio la percepción directa de la prueba, la verdad o la mentira, circunscribiéndolas a circunstancias solamente subjetivas.

Se considera que el juez, al tener un contacto directo con el testigo, podrá tener un control sobre todos los problemas de la prueba testifical, puesto que el juez, con su «prudente arbitrio» podrá valorar la prueba testifical «de conformidad con el conocimiento que los testigos muestren tener sobre los hechos» (De Paula, 2019, p. 61). Autores como Cerda (2003) sostienen que la intermediación colocaría en un grado epistemológicamente superior al juez de primer instancia, quien «gracias» a su contacto directo con el testigo producirá en él un tipo de conocimiento más puro del que puede alcanzar un tribunal superior, que solo tendría a su disponibilidad lo escrito, mas no lo verbalizado, oído, ni observado. Esto conlleva a que el tribunal superior no se encuentre en la capacidad de cuestionar lo valorado por este. Ello es un carácter ínfimo y propio de la concepción persuasiva de la prueba.

Esta relación viene dada con la percepción —a través de la intermediación— de aquellas características no verbales del testigo (nerviosismo, llanto, muecas, movimiento de las manos, enrojecimiento de las mejillas, etc.). Todos estos indicios, según los acérrimos defensores de este principio, permitirían al juez llegar a una convicción racional al juez respecto a la verosimilitud o no de lo dicho por el testigo. Sin embargo, como veremos más adelante, ni estas características fisiológicas son sinónimo de veracidad o falsedad, ni el juez

se encuentra en la capacidad técnica (psicológica o médica) de interpretar sólidamente estos signos no lingüísticos, mucho menos de fundamentar una sentencia basada siquiera en dichos datos.

Como escribe Lacoviello, la intermediación, deja de ser una técnica de formación de las pruebas, para convertirse en un método para el convencimiento del juez. Señala Talavera (2017) que «la intermediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento» (p. 128).

Con razón Abellán (2009), señala que:

Si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cual se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si duda o está entero, y –mediante todo ello si dice la verdad o miente), entonces esa convicción no es susceptible de exteriorización ni por consiguiente de motivación y control. (p. 101)

De igual manera, Ibañez (2007) magistralmente reseña:

En efecto, la intermediación, la relación de proximidad témporo-espacial utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables para hacerlos objeto de valoración racional explícita será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuentes de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento. (p. 159)

En algunas ocasiones, se utiliza el principio de intermediación para rehuir al derecho a la debida motivación y ello resalta aún más en las instancias superiores, quien refiere carecer de dicho principio y por tanto estar proscritos o vedados de realizar un control sobre el análisis probatorio de lo resuelto en primera instancia. Ello parte, según Rivera (2011), de sobredimensionar la intermediación, de suerte que sea utilizado como un refugio o mecanismo, que impida el control de la racionalidad judicial. En base al citado principio, se otorga al órgano de instancia un poder prácticamente omnímodo, incontrolable e ilimitado en materia de valoración fáctica, que en un Estado social constitucional y democrático, es simplemente inconcebible.

Muchos sectores acogiendo a este criterio, postulan la imposibilidad del control sobre la decisión judicial concerniente a la valoración de la prueba, quién en base a dicha apreciación, tendría absoluta libertad. Postura

que además ha sido recogido en nuestro Código Procesal Penal, que en su artículo 425, numeral 2, señala: «(...) La sala penal superior no puede otorgar valor diferente probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia».

Esto encuentra correspondencia con la mayoría de pronunciamientos judiciales en nuestro país. Así, por ejemplo, en la Casación n.º 385-2013-San Martín, se señala que «en segunda instancia, respecto a la labor de valoración de la prueba personal, debemos tener en cuenta que el *ad quem* solo puede valorar los medios probatorios que se actuaron ante él, ello en virtud del principio de inmediación. Dicho de otro modo, las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el *ad quem*, lo que significa que este órgano debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada por el *ad quo*.» De igual forma, en la Casación n.º 1773-2018-Lambayeque se establece que «el órgano de apelación tiene una restricción en su poder de revisión probatoria, circunscrita a la prueba actuada en la instancia de apelación y a la prueba no personal. Sin embargo, la prohibición de revaloración probatoria es más extendida tratándose de la prueba personal en primera instancia, cuyo sentido probatorio no puede ser modificado en segunda instancia, por exigencias del principio de inmediación. De acuerdo con este principio, la actividad probatoria debe desarrollarse en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados en el proceso, que le permitirá ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria».

Y es aquí donde la nueva psicología del testimonio ha dado uno de sus mas grandes aportes: el desmitificar, el hecho de que con la mera oralidad e inmediación y por arte mística, el juez va a estar en condiciones de escudriñar en las mentes humanas y por tanto de establecer si un testigo miente o no. Esta psicología, afirma Mora (2020), ha desmitificado la suficiencia de elementos conductuales externos para determinar la fiabilidad de un testimonio. Diges (2016), afirma con respecto a quienes piensan que las intenciones de un testigo se reflejan en signos externos observables, que:

Ni la cara (ruborizarse, palidecer, mirar a los ojos o no, mirar a la izquierda o derecha, como erróneamente afirma la programación neurolingüística), ni los gestos de manos, pies o la postura del cuerpo en general; ni desde luego los datos fisiológicos que proporciona el polígrafo, son indicadores fiables para disinstguir más allá del 50 % (el nivel delazar) entre verdad y mentira. Solo el análisis del contenido de la declaración añade un poco mas de precisión en la discriminación (p. 22).

Concordante a su vez con lo señalado Ferrer (2020), quien refiere que:

La idea misma de evitar la participación de intermediarios en la transmisión de la información aportada por las pruebas al juzgador está dirigida a ofrecerle a este la percepción directa de esa información. Esa percepción no podrá ser puesta en cuestión evidentemente por quien no haya tenido la misma relación directa con las pruebas. Sin embargo, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la intermediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen (p. 293).

Se cierra la posibilidad de un control y revisión sobre el mérito probatorio dada a la prueba testimonial, escudándose en el sagrado principio de intermediación. En relación a ello, afirma Nieva (2010) que «los tribunales de segunda instancia y casación han abusado tremendamente del valor de la intermediación (...). Argumentan los tribunales que no pueden valorar aquello que no han visto, y de ese modo prescinden de todas las declaraciones de personas» (p. 347).

Afirmar que el órgano jurisdiccional de segunda instancia no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente es consagrar una confusión sobre dos aspectos: a) sobre la prueba y lo que se conoce; y b) sobre la intermediación (Rivera, 2011, p. 412).

Por tanto, es necesario empezar a desmitificarse el principio de intermediación. Como magistralmente señalan Igartua (2018) y Ferrer (2020), la intermediación no lo es todo y que la actividad probatoria se basa también en un complejo juego de inferencias lógicas y no solo de percepciones muchas veces subjetivas.

4. Discusión

Hemos desarrollado cuáles son las consecuencias de adoptar una concepción persuasiva de la prueba en torno a la prueba testimonial y cómo es que finalmente se distorsiona el carácter de la intermediación. Tal situación no ha sido ajena en nuestro sistema procesal penal peruano. El legislador, siguiendo a los clásicos postulados, insertó una cláusula, que limita el control y la revisión del valor probatorio del testigo otorgado por el juez de primera instancia; adscribiéndose a este modelo subjetivista de tratamiento de la prueba testimonial.

En contraposición de los caracteres intuitivos, de mera percepción y subjetivos propios de una intermediación sobredimensionada, en primer lugar, es necesario contar con criterios objetivos y explicables que sirvan para la valorización del testimonio y su respectiva credibilidad, de cara a que puedan ser controlados o fiscalizados a través de la impugnación respectiva.

Al respecto, considero muy importantes los tópicos propuestos por Fenoll (2010), quien en primera línea advierte que no otorga una piedra filosofal de la credibilidad, pero considero un punto de partida importante de cara a otorgar racionalidad y control en estos extremos de poder de decisión del juez.

Resulta crucial abandonar la teoría persuasiva de la prueba y con ello sus criterios subjetivos para valorar el testimonio (aspectos conductuales, de lenguaje no verbal, corporal, entre otros), y asumir una teoría racional de la prueba, para dar, según Manzanero (2008), mayor énfasis a la credibilidad del testimonio, que a la credibilidad del propio testigo. Por ende, resulta —por sobre todo— necesario realizar un examen objetivo la declaración que un examen al propio declarante, en tanto el juez no tiene la formación profesional para ello.

Pese a la postura asumida por nuestro legislador, la realidad ha sido más que evidente. Los jueces —como todo ser humano— están sujeto a falibilidad y a error. Por ello, es que a nivel jurisprudencial se han establecido algunos tópicos que, pese a algunas limitaciones (en tanto se persiste en dar valor a aspectos meramente subjetivos), permiten al juez de apelación o casación, entrar a analizar el valor probatorio otorgado por la primera instancia.

San Martín (2020) refiere que «debe distinguirse las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las zonas francas, que sí son controlables en la segunda instancia» (p. 993). Las zonas opacas estarían constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación, tales como el lenguaje gestual del testigo, expresiones de nerviosismo, silencio, tono de voz, titubeo, entre otros. Las zonas francas, en cambio, estarían referidos a los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que al ser ajenas a la percepción sensorial, si podrían ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, los cuales a criterio del citado autor, estarían reservados a las documentales y pericias, ajenas al principio de inmediación.

Afirma Igartua (2018) que debe distinguirse entre el hecho externo (que está al margen de nuestra percepción y comprensión), el hecho percibido (que nos llega a través de nuestros sentidos) y el hecho interpretado (que no es el más que resultado de subsumir el hecho percibido en una clase de hechos), este último producto de las inferencias que realicemos. Y es que, siguiente al citado autor, sin duda la inmediación pone a disposición del juzgador un insumo informativo de elementos no lingüísticos o verbales, pero estos serían datos a valorar, no criterios para valorar. O sea «una vez obtenidas todas las informaciones (lingüísticas y extralingüísticas) del declarante termina la tarea de la inmediación». Por lo tanto, el juzgador que quisiera valorar estos signos debe, en primer lugar, dejar constancia de los mismos y seguidamente

interpretarlos, señalando las razones —verificables y controlables— por las cuales las considera como sinónimos de credibilidad o incredibilidad.

Ello ha sido materia de énfasis, en sede casacional, por parte de San Martín (2020):

El razonamiento de la prueba personal puede controlarse en casación desde las deducciones e inducciones que el juez de mérito puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral, dado que no dependen sustancialmente de la inmediatez, sino de la conexión del razonamiento que se debe fundar en las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y, en su caso, de los conocimientos científicos. (p. 118)

Se determina esta distinción (hecho externo/percibido/ interpretado) para ayudar al recurrente a situar las coordenadas para enfocar su recurso impugnativo. Y es que es perfectamente posible y necesario, reiteramos, que se justifique —y además se controle— las razones respecto de los datos percibidos y tenidos por relevantes para el juicio de fiabilidad y consecuentemente la decisión judicial. Por lo tanto, esa tesis abogaría también por desterrar —aunque de forma limitada— aquel postulado consistente en que el tribunal de apelación se encuentra en una posición limitada respecto del a quo, en lo que respecta a la revisión de todos los extremos que constan en los autos, siempre y cuando haya sido postulado en la impugnación.

Si bien saludamos estas posturas que abogan por dar racionalidad al tratamiento de la prueba, a través de fiscalización y control por parte del tribunal revisor, considero que se sigue persistiendo, aunque en menor medida, en validar posiciones subjetivas respecto a la prueba testimonial (denominadas zonas opacas), reconociendo a su vez, un aspecto más importante, el cual está constituido por las denominadas zonas francas o abiertas.

Este tratamiento, sin embargo, no es uniforme y recibida por la mayoría de la jurisprudencia nacional, quizá por su carencia de vinculatoriedad. Es por ello, que consideramos que sigue siendo necesario derogar el numeral 2) del artículo 425 del Código Procesal Penal, que constituye el principal límite legal para posibilitar un control por parte del tribunal superior revisor y para otorgar al testimonio, un valor probatorio distinto al otorgado por el juez de primera instancia, sujetando esta posibilidad a que se actúe nueva prueba en segunda instancia.

Por consiguiente, es necesario que a través del recurso se posibilite la fiscalización y control —plenos— del valor probatorio otorgado en primera instancia. Es necesario, también, una reforma respecto de las reglas de tratamiento del juicio oral. En ese sentido como *lege ferenda* proponemos además que se modifique el numeral 1) del artículo 361 del Código Procesal

para que establezca que las audiencias, principalmente las de actuación de pruebas, se documenten en video y se transcriba debidamente en actas y no como se hace a la fecha, en donde solo se coloca una breve síntesis o generalidad de todo lo actuado.

Ello como ocurre en el proceso laboral y penal español, venezolano y colombiano. Estas grabaciones de las sesiones del juicio oral, permitirían según Ferrer (2020) de forma idónea que los errores en la percepción de la prueba puedan ser corregidos en sede impugnatoria. Permitiendo, además, que el tribunal revisor se encuentre, sino es en la misma posición, en una más cercana a la posición epistemológica del juez de primera instancia para un control efectivo sobre el merito probatorio otorgado al testimonio.

Por otro lado, respecto a los criterios objetivos que permitan una adecuada valoración de la prueba testimonial, Nieva (2010) ha brindado parámetros que considero importantes:

- a) La coherencia del relato, que se exija una buena estructuración desde el punto de vista lógico, que no adolezca de contradicciones insalvables e irreconciliables.
- b) La contextualización del relato, que el testigo ofrezca detalles de un marco o ambiente (vital, espacial o temporal) en el que se habrían desarrollado los hechos.
- c) Que existan corroboraciones periféricas, que exista concordancia o coincidencia con el resto de pruebas obtenidas (otros testimonios, documentales, pericias, etc.)
- d) La existencia de detalles oportunistas a favor del declarante, que no se realice menciones innecesarias que tendrían como fin beneficiar a una de las opciones, tesis o partes que vienen debatiendo en el proceso, o, incluso, al propio declarante.

Conforme a los postulados desarrollados por Jordi Ferrer Beltrán debiera tenerse en cuenta también:

- e) Que haya sido sometida al respectivo contradictorio, es decir, que se haya otorgado la posibilidad a la parte contraria (ya sea defensa o fiscalía), de formular los cuestionamientos y las preguntas respectivas, de modo tal, que el juez, a través de sus inferencias probatorias, pueda sostener con un grado de objetividad y motivación suficientes, cuál de las hipótesis en conflicto (responsabilidad vs. no responsabilidad o duda razonable) es la que más grado de corroboración ha alcanzado.

Dichos criterios deberán ser analizados de manera conjunta, sin que deban significar requisitos rígidos y únicos, de forma que la falta de alguno

de ellos no conlleven por sí solas a la desestimación del testimonio. Por lo tanto, el juez no deberá de tratar la cuestión como un tema matemático, esto es, como un ejercicio de suma o resta de criterios. Estos deberán de obedecer mas bien, siempre al caso en concreto, con todas las circunstancias del suceso fáctico, el contexto, la calidad de memoria del testigo, el tipo de delito, los sujetos involucrados en el mismo, entre otros.

5. Conclusiones

- a) El contenido y tratamiento del principio de inmediación varía dependiendo de la concepción de prueba que se adopte.
- b) La defensa de un acérrimo o fuerte principio de inmediación, su consideración como un método de valoración probatoria y por ende su absoluta revisión y corrección por parte de un tribunal distinto, son productos de una concepción persuasiva de la prueba.
- c) Desde el punto de vista racional de la prueba, la inmediación no debe ser considerada como un método de valoración probatoria infalible; mucho menos, servir de límite u obstáculo para la fiscalización para terceros. Debe ser considerada solo un método o instrumento para facilitar y hacer posible el contacto directo con las pruebas y la contradicción; mas no un método directo para la adquisición de conocimiento.
- d) Un poder absoluto en torno al tratamiento de la prueba testimonial, que implique una decisión jurisdiccional inmune a la fiscalización y revisión por parte de un tribunal superior, resulta contrario a la esencia misma de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Consecuentemente, se debe desterrar, concepciones y técnicas que vayan en menoscabo del control sobre el ejercicio del poder jurisdiccional en la decisión probatoria.
- e) Una propuesta de *lege ferenda* es de eliminar la prohibición o blindaje previsto en el artículo 425 numeral 2) del Código Procesal Penal, a efectos de permitir una revisión plena por parte del tribunal superior o de casación. Es necesario también que, a través de las disposiciones administrativas del ente jurisdiccional, se adopte que todas las actuaciones probatorias —principalmente las testimoniales— sean grabadas, de modo tal que se coloque al órgano jurisdiccional revisor en la misma calidad o nivel de percepción que el de primera instancia.
- f) Deben excluirse del ámbito de la valoración testimonial, cuestiones referentes a temas de percepción subjetiva y de lenguaje no verbal, en tanto no constituyen signos de debida motivación ni elementos útiles para identificar la fiabilidad o no de un testigo.

- g) Existen criterios objetivos que permiten una valoración objetiva y racional de la prueba testimonial, tales como la coherencia del relato, la contextualización del relato, debida contradicción, que existan corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas.

Referencias

- Andrés, P. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Editores del Puerto.
- Cerda, R. (2003). *Etapas intermedia, juicio oral y recursos*. Librotecnia.
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical*. Marcial Pons.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Estudios de psicología forense. Trotta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2020). *Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*. Hidalgo: Centro Jurídico Integral de Ciencias Penales y Criminología A.C.
- Gascón, M. (2009). *La motivación de la prueba*. En S. ORTEGA ROMERO, Interpretación y razonamiento jurídico. ARA Editores.
- Gonzales, A. (2011). *El juicio en el sistema penal acusatorio*. Leyer Editorial.
- Igartúa, J. (2018). *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Ediciones Olejnik.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio, una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide.
- Mixan, F. (1991). *La prueba en el procedimiento penal*. Ediciones Jurídicas.
- Mora, J. J. (2020). *Estándares probatorios (¿diferenciados?) en delitos contra las mujeres*. En D. A. Pisfil Flores, Prueba, verdad y razonamiento probatorio. Editores del Centro.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Peña, A. R. (2018). *Estudios de derecho procesal penal*. Tribuna Jurídica SAC.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Rosas, J. (2013). *Tratado de derecho procesal penal*. Pacífico SAC.
- San Martín, C. (2020). *Derecho procesal penal lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Talavera, P. (2017). *La prueba penal*. Pacífico SAC.