

VITOR DE PAULA RAMOS

LA PRUEBA TESTIFICAL

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

Presentación del autor
Daniel Mitidiero

Prólogo
Jordi Ferrer Beltrán

Traducción
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

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

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

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

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

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

PRESENTACIÓN DEL AUTOR

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

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

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

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

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

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

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

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

Daniel MITIDIERO

Porto Alegre, otoño de 2019

PRÓLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jordi FERRER BELTRÁN
Girona, mayo de 2019

AGRADECIMIENTOS

La publicación de este trabajo en castellano solo fue posible gracias al profesor Dr. Jordi Ferrer, la editorial Marcial Pons y la traductora, Laura Criado Sánchez, a quienes expreso mi agradecimiento.

El trabajo que ahora se presenta en castellano es fruto de mi tesis doctoral, bajo la dirección del profesor Dr. Daniel Mitidiero, de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, y del profesor Dr. Jordi Ferrer, de la Universidad de Girona. Ambos queridos amigos y brillantes profesores, a quienes les agradezco muchísimo su ayuda y el gran honor de aceptar la invitación de escribir la presentación del autor y el prólogo de este libro.

A continuación, le agradezco a la profesora Dra. Carmen Vázquez, que no solo participó muy activamente de la redacción del trabajo (fue prácticamente una codirectora), sino que también, muy amablemente, leyó con atención el libro y la traducción, sugiriendo correcciones formales y materiales brillantes y muy importantes. También, en este sentido, le agradezco a Diego Cazaux su atenta revisión.

Le agradezco, también, a los profesores Michele Taruffo, Daniel González Lagier y Margarita Diges, que integraron el tribunal de defensa, así como a los profesores Daniela Accatino, Klaus Koplín, Sérgio Mattos y Sérgio Arenhart, que participaron en los tribunales que valoraron la suficiencia académica de la tesis; todos me hicieron importantes críticas y comentarios, que fueron de gran utilidad a la hora de desarrollar este trabajo.

Por último, expreso mi agradecimiento a todos mis compañeros de la UFRGS y la UdG, en particular, en la UFRGS, a Paulo Mendes, que me dio la alegría de seguir de cerca el desarrollo del trabajo, debatiendo conmigo muchas de las ideas antes de que fueran al papel; Artur Carpes, Otávio Domit, Otávio Motta y Rafael Abreu, por el franco diálogo de siempre, así como a Alexandre Marder, Augusto Tanger Jardim, Valternei Melo; y, en la UdG, a Diego Papayannis y a los compañeros Alexander Vargas, Andrej Kristan, Carolina Fernández, David Sierra, Esteban Pereira, Joulina Roperero, Lucila Fernández, Pablo Rapetti, Rafael Petefi, María Victoria Inostroza, Natália Castro, Jorge Sendra y Jorge Baquerizo.

INTRODUCCIÓN

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

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

Como causa o consecuencia de ello, parece que el sistema procesal del *civil law* del siglo xx creó algunos dogmas sobre la materia y, desde entonces, la doctrina y la jurisprudencia siguen en su mayoría teniéndolos como mantras, sin actualizar el discurso de acuerdo con la base, bastante sólida, de los conocimientos científicos actuales. De este modo, el derecho, cerrado sobre sí mismo, no actualiza sus conocimientos sobre la prueba testifical y, por tanto, no solo deja de evolucionar, sino que, además, en gran medida y como se demostrará a lo largo de estas páginas, *va en contra de la ciencia*.

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

CAPÍTULO I

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

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

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

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

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

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

objetivo mucho más sencillo: solo pretende argumentar que el acercamiento a un modelo subjetivo de razonamiento probatorio excluye por sí solo la utilidad de este trabajo. En definitiva, como veremos, si el objetivo de la prueba es tan solo convencer al juez, de modo que estén «dentro» de él todos los estándares de corrección o de valoración de la prueba, ni siquiera sería pertinente la pregunta sobre cuál sería, objetivamente, el nivel de fiabilidad de una determinada prueba; el juez siempre tendría que convencerse, caso por caso, valorando subjetivamente la prueba (en el ámbito de este estudio, al testigo) que sirvió para convencerle y la que no.

Por otro lado, si se adopta un modelo objetivo, un sistema jurídico concreto necesita mejorar continuamente la búsqueda de los hechos que se lleva a cabo en el proceso, a fin de que los hechos investigados se correspondan con lo que en efecto sucedió «fuera». Esto supone que hay que tener en cuenta los avances de la ciencia, para modificar los procedimientos de acuerdo con los conocimientos actuales de la epistemología, la psicología, etcétera.

Vale la pena señalar que se trata de modelos ideales², no necesariamente existentes en concreto, que servirán solo para fines didác-

² Existen dos formas básicas de trabajar con modelos jurídicos. La primera, la describe MARTINS-COSTA (2014: 28) de la siguiente forma: «[S]u configuración [de un modelo] no está de una sola vez lista y acabada: por lo contrario, los modelos legislativos, jurisprudenciales, de costumbres y negociales están tejidos en un proceso que interconecta la experiencia social y los esquemas teóricos por los que aquella se capta y objetiva en estructuras cognitivas». Para utilizar este primer modelo, por ende, es imprescindible recorrer la historia y el desarrollo de una determinada concepción, conjugando «retrospectividad [...] y prospectividad» (MARTINS-COSTA, 2014: 29), con la finalidad de vincular (en el caso de modelos doctrinales) «tradición y anticipación». Si este fuera el objetivo del presente capítulo, para describir el modelo de la tradición racionalista, por ejemplo, sería necesario analizar en profundidad la tradición, su historia, sus principales autores y, sobre todo, su desarrollo en el tiempo (esto es una sugerencia, p. ej., de la Dra. Carmen VÁZQUEZ, que realizó una importante, amable y atenta revisión crítica de este trabajo). La segunda forma de trabajar con modelos (utilizada, p. ej., por TARUFFO, 1991: 11, y MITIDIERO, 2015: 13 y ss.) es la forma de organizar una determinada materia en modelos ideales. Desde esta perspectiva, el autor diseña modelos *macro*, en los que se describen determinados presupuestos y fines que entiende que están presentes en cada modelo, para intentar explicar desde el punto de vista teórico el funcionamiento de una determinada institución jurídica y las razones por las que, a su juicio, esta institución funciona de ese modo. TARUFFO (1991: 11), por ejemplo, habla de dos modelos de cortes de vértice, el modelo de Corte Suprema («dotada de una función de control de legitimidad en estado puro, es decir, de interpretación de la ley en general») y el modelo de la corte de tercera instancia («que es suprema porque se encuentra en el

ticos como guía para la evaluación de sistemas concretos y reales de la prueba testifical. Así pues, se mostrará que, si partimos de un modelo objetivo de razonamiento probatorio, en relación con la prueba testifical deberán hacerse muchas críticas y adaptaciones en el procedimiento, que resulten acordes con los actuales conocimientos de la epistemología y la psicología.

1. EL MODELO SUBJETIVO: LA CREENCIA DEL JUEZ COMO CENTRO DE LA PRUEBA

El modelo subjetivo gira en torno a la idea de que aquello que se tiene como probado se vincula a la creencia o la convicción del juez sobre los hechos. En el derecho procesal clásico, hay autores que se refirieron a la convicción afirmando que mediante la prueba el juez llegaría «a un resultado que se traduce en una convicción sobre los elementos que fueron objeto de la prueba [...]. Es lo que se pretende con la prueba: alcanzar la convicción, llegar a ella»³; que «la finalidad procesal de la prueba es convencer al juez»⁴ o, incluso, «formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento sobre la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio»⁵. La idea también está presente en los tribunales brasileños, que han afirmado, por ejemplo, que se «exige la convicción probatoria, es decir, que los elementos aportados a los autos sean idóneos para convencer al juez de las afirmaciones de la parte»⁶, que el «objetivo de la prueba es convencer al juez»⁷.

vértice del sistema de recursos»), para explicar que, dependiendo de la finalidad que se le asigne a una determinada corte de vértice (es decir, si la corte concreta, existente en el mundo, está más próxima al modelo de Corte Suprema o se acerca más al modelo de corte de tercera instancia), se deberán esperar, según el autor, funcionamientos y resultados de un tipo o de otro. Este modo de trabajar con modelos, por ende, cuándo se utiliza de un modo *macro*, puede acabar eliminando características finas y *micro* de los sistemas o las ideas. En este capítulo, trabajaré con esta segunda forma de modelos, lo que, sin lugar a dudas, significará que haré un diseño *macro* que, a veces, resultará como un «dibujo realizado con un pincel grueso» (como bien ha señalado la Dra. Carmen VÁZQUEZ).

³ SENTIS MELENDO, 1979: 40. En el mismo sentido, GOLDSCHMIDT, 1936: 255-256.

⁴ PONTES DE MIRANDA, 1974: 225.

⁵ COUTURE, 1942: 179.

⁶ TJRS, 7.^a Cámara Civil, recurso (agravo de instrumento) núm. 70072677222; ponente: Jorge Luís Dall' Agnol; fecha de la sentencia: 31 de mayo de 2017.

(Véase nota 7 en página siguiente)