

TITULO DEL PROYECTO: *“La valoración del testimonio en el marco del proceso penal”*.

Fecha de entrega del informe final: Abril de 2021

Director: Santiago M. Irisarri

Codirector: Israel Turano

Investigadores: María Isabel Trybalski Eichholz, Matías Nahuel Maugeri Abraham Carrasco Fuensalida, María Fernanda Galván, Lucía Yamila Caracotche.

INDICE

Resumen	p. 5
Introducción.....	p. 6
Objetivos.....	p. 7
Generales.....	p. 7
Específicos.....	p. 7
Tipo de investigación	p.8
Metodología	p.8
Esquema.....	p.9
Desarrollo	p. 12
1. Estructura conceptual	
1.1. El proceso y su finalidad	
1.2. Prueba, verdad y razonamiento probatorio	
1.2.1. Breves consideraciones sobre la “prueba”	
1.2.2. El funcionamiento de la prueba en el proceso y su relación con la verdad.	
1.2.3. El razonamiento probatorio	
1.2.3.1. El razonamiento probatorio y su conclusión probabilística	
1.2.3.2. Posibles críticas al grado de <i>probabilidad</i> del decisorio	
a) La discusión entre prueba directa y prueba indirecta	
b) Las pruebas “deductivas”	
1.2.4. La motivación como garantía contra la arbitrariedad	
2. La prueba testimonial	
2.1. Antecedentes históricos y concepto	
2.2. Problemas del testimonio	
2.3. La mentira y los errores sinceros	

2.2.1. Los motivos que pueden generar los errores sinceros

2.2.2.1. Momento de percepción

2.2.2.1.1. Factores del suceso

- a) El color y el cambio de luz
- b) La distancia y el movimiento
- c) Información especial
- d) La familiaridad

2.2.2.1.2. Factores del sujeto

- a) La edad
- b) Expectativa y estereotipos
- c) Ansiedad y emoción
- d) Drogas y alcohol

2.2.2.2. El momento de interpretación

2.2.2.3. Los momentos de memorización y recuperación

- a) La demora
- b) la recuperación múltiple
- c) Las sugerencias externas
- d) El contexto de recuperación y la entrevista cognitiva

2.4. El interrogatorio y su influencia en la creación de falsos recuerdos

2.5. La confianza y la exactitud en la declaración ¿Un vínculo aparente?

2.6 El reconocimiento en rueda y su problemática

3. Valoración del testimonio.

3.1. Detección de la mentira a lo largo de la historia

3.1.1. Las ordalías

3.1.2. La tortura

3.1.3. El suero de la verdad

- 3.1.4. La hipnosis
- 3.1.5. El polígrafo
- 3.1.6. El juramento
- 3.2. La intermediación ¿Un principio con fundamento epistemológico?
 - 3.2.1. El principio de intermediación y sus fundamentos
 - 3.2.2. Validez del fundamento epistemológico del principio de intermediación
- 3.3. Los juicios de credibilidad
 - 3.3.1. Presuntivismo vs. no presuntivismo
 - 3.3.2. Criterios de credibilidad
 - a) Bentham y su “medida nominal de comparación”
 - b) Mittermaier y su postulado basado en el “conocimiento del corazón humano y la práctica del mundo”
 - c) El criterio de Framarino dei Malatesta
 - d) Gorphe y la importancia de la psicología
 - e) Undeutsch y la “evaluación de validez de las declaraciones”
 - f) Wells y Lindsay, la credibilidad basada en la intuición
 - g) Manzanero y González: el modelo holístico de evaluación de la prueba testimonial (HELP)
 - h) Nuestro criterio de pensamiento: la necesidad de realizar un doble juicio valorativo
 - 3.3.3. Algunas consideraciones con relación al testigo único
- 4. Análisis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Objetivos alcanzados.....	p.236
Resultado	p. 237
Conclusiones finales	p. 238
Bibliografía	p. 239
Anexo	p. 251

Resumen: El presente trabajo se ocupa de la prueba testimonial y su valoración por parte de los organismos jurisdiccionales. En su desarrollo, y como punto de partida, se elabora un marco conceptual/ideológico a fin de establecer un criterio de pensamiento homogéneo con relación a cuestiones generales y estructurales sobre el proceso penal y la prueba, lo cual permitió la conformación de bases sólidas sobre las cuales se abordó la temática específica del testimonio y su valoración. Entre los temas más relevantes, toma notoriedad la distinción terminológica entre “mentira”, “sinceridad”, “veracidad” y “falsedad”. Advertimos que ni la doctrina ni la jurisprudencia habían abordado debidamente estas cuestiones, denotando errores conceptuales que, llevados a la práctica, podrían originar errores en la resolución de los casos concretos. A su vez, y asumiendo que todo testimonio se encuentra precedido por la captación del suceso, por su interpretación, por su memorización y por la recuperación del recuerdo, estudiamos los factores que podrían generar falta de concordancia entre lo que un sujeto honestamente manifiesta haber percibido y lo que realmente ocurrió en el mundo exterior.

Por otro lado, analizamos los diversos criterios de pensamiento desarrollados por los juristas y los comparamos con los resultados obtenidos de investigaciones científicas (realizadas en su gran mayoría por psicólogos), a fin de corroborar si las enseñanzas jurídicas son coherentes con lo que la ciencia ha puesto en evidencia (sobre todo en estos últimos años). A partir de allí, llegamos a la conclusión de que muchas prácticas judiciales, muchos fallos, gran parte de la normativa procesal vigente y muchos criterios de pensamiento esgrimidos por grandes autores del derecho procesal, colisionan con los conocimientos científicos existentes en la actualidad, facilitando la concreción de errores en la resolución de los casos puestos a consideración del sistema de justicia estatal.

Finalmente, se realizan sugerencias de cambio y posibles soluciones a los problemas planteados.

Introducción

El testimonio es considerado un medio de prueba “tan viejo como la humanidad”, en tanto, a diferencia de otros medios probatorios, los cuales han requerido de cierto desarrollo de las sociedades para originarse (prueba pericial, prueba documental, etc.), la prueba testimonial solo requirió del uso del lenguaje como medio de comunicación entre las personas.

En la actualidad, es una prueba notoriamente gravitante a los efectos de impartir justicia, siendo prácticamente impensada la existencia de un veredicto (condenatorio/absolutorio) que no haya sido precedido por la producción de prueba testimonial. En muchos casos, el testimonio se corresponde con el único medio de prueba producido a lo largo del proceso; a veces, incluso, existe un único testimonio que, a su vez, se corresponde con el de la propia víctima. De allí que una debida valoración de estos medios de prueba se torna una labor notoriamente gravitante a los efectos de impartir justicia.

Ahora bien, pese a la importancia de este particular medio de prueba, lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia ni los juristas en general le han dedicado el tiempo ni la profundidad de estudio merecida. Por lo general, los libros sobre prueba testimonial se limitan a estudiar y desarrollar cuestiones netamente procesales, como –por ejemplo- las facultades de abstención de las personas para declarar, las prohibiciones para declarar, el momento de ofrecimiento de esta prueba, los tipos de preguntas que pueden realizarse, pero nada se dice con relación a la valoración del testimonio. Y si bien la doctrina ha estudiado con cierto detenimiento los diversos sistemas de valoración probatoria (prueba legal, íntimas convicciones y sana crítica), dicho abordaje siempre ha sido realizado de forma abstracta y sin circunscribirse al testimonio; es decir, tanto los manuales, tratados y libros en general suelen abordar el problema de la valoración aludiendo a la clasificación entre los diversos sistemas, pero sin adentrarse en las cuestiones escabrosas que hacen al cómo debe valorarse en concreto un testimonio.

Ante la falta de un tratamiento pormenorizado de todo aquello que hace al juicio valorativo en concreto, se advierte la existencia de un sistema de juzgamiento que, en la práctica, se encuentra notoriamente influenciado por las creencias (infundadas y, en muchos casos, contrarias a los conocimientos científicos) del juzgador. Es decir, las decisiones jurisdiccionales dependerán del grado de convicción al cual haya arribado el organismo decisor, independientemente de las consideraciones que racional y objetivamente puedan surgir de la prueba producida.

De allí la necesidad de abordar con profundidad el estudio del testimonio para determinar qué debe tenerse en cuenta (y qué no) a la hora de valorar la prueba testimonial.

Objetivos:

Generales:

- Estudiar de forma particularizada la prueba testimonial a fin de dotar a los operadores del sistema judicial de conocimientos específicos para su correcta valoración.

Específicos:

- Analizar la finalidad del proceso penal y abordar el concepto de “verdad”.
- Distinguir la prueba directa de la prueba indirecta.
- Analizar los diferentes sistemas de valoración de la prueba.
- Comprender qué es un testimonio.
- Analizar las particularidades de la prueba testimonial como medio probatorio.
- Analizar los aportes que otras disciplinas/ciencias han realizado en los últimos tiempos y determinar sus implicancias en la valoración de la prueba testimonial.
- Analizar los métodos de detección del engaño desarrollados a lo largo de la historia.
- Estudiar el principio de inmediación y su eventual relación con la valoración de la prueba testimonial.
- Distinguir postulados presuntivistas de los no presuntivistas en lo que hace a la prueba testimonial.

- Explicar la relevancia de la asunción de un postulado racionalista de la valoración de la prueba testimonial.

Tipo de investigación

La investigación es exploratoria, teórica-documental; se pretende examinar el tema con el intento de ganar conocimientos sobre el mismo a fin de lograr perfeccionar el sistema de justicia; se comienza con la asunción de una idea general, utilizando el propio avance de la investigación como detector de problemas existentes en la actualidad, los cuales podrían ser estudiados con mayor detenimiento en investigaciones futuras. La investigación se sustentó en el estudio, análisis y comprensión de material bibliográfico jurídico, pero también no jurídico, correspondiente este último con diversas disciplinas, entre las cuales se destaca la psicología del testimonio. Así, la intención no ha sido generar respuestas o soluciones definitivas, sino explorar en el objeto de estudio a fin de acrecentar el campo de conocimiento existente en el mundo jurídico, detectar problemas y, en algunos puntos, sugerir posibles sugerencias de cambio para evaluar en el futuro.

Metodología

En virtud al tipo de investigación, la metodología ha sido la siguiente:

Primeramente se realizó una búsqueda de los libros que hemos encasillado bajo el rótulo de “clásicos” de derecho penal, derecho procesal penal y derecho probatorio¹ a fin de conocer cómo se ha abordado, desde qué óptica y cuánto se ha profundizado el estudio de la prueba testimonial y su valoración. A partir de allí, y tras realizar un diagnóstico inicial, pretendimos ahondar en la temática, acudiendo a las citas al pie de página de las obras utilizadas; todo ello a efecto de profundizar el estudio del tema, pero también a fin de poder determinar si las enseñanzas esgrimidas por estos autores “clásicos” se sustentan en argumentos valederos.

¹Nos referimos a: Bentham, Mittermaier, Carnelutti, Chiovenda, Florian, Framarino dei Malatesta, Velez Mariconde, Manzini, Claria Olmedo y Cafferata Nores. Su clasificación bajo el rótulo de “autores clásico” obedece a que, al día de hoy, se corresponden con la bibliografía obligatoria de prácticamente todos los programas de estudios universitarios, siendo imprescindible su mención en cualquier texto relacionado con la temática que aquí se aborda.

En segundo término, nos centramos en analizar y estudiar detenidamente los aportes que distintas disciplinas no jurídicas han realizado sobre el tema; en este sentido, advertimos que los psicólogos del testimonio vienen realizando desde hace décadas investigaciones relacionadas con la percepción de los hechos por parte de las personas, la interpretación de los datos captados, la memorización y los procesos de recuperación de la información, centrando sus estudios en los diversos factores que pueden afectar, de alguna u otra forma, estos diversos procesos. Las investigaciones encontradas han sido de las más variadas, por lo que decimos centrarnos principalmente en todas aquellas que han sido debidamente publicadas en reconocidas revistas jurídicas, tomando como punto de partida las obras de Antonio Manzanero, Margarita Diges y Giuliana Mazzoni (todos ellos, reconocidos psicólogos que se han abocado al estudio de la psicología del testimonio). Afín de correlacionar el material estudiado, elaboramos fichas bibliográficas, textual, de resumen y de crítica (dependiendo el caso). Vale aclarar que no todo el material analizado se encuentra fichado, en tanto solo nos limitamos a hacerlo con aquellas fuentes que hemos considerado de relativo interés. En Anexo adjunto a la presente, se encuentran las mismas.

Para finalizar se realizó un entrecruzamiento de datos tendiente a constatar si los criterios de pensamientos esgrimidos por los juristas, los cuales tienen notoria incidencia en la forma en que se desarrollan los juzgamientos y, principalmente, en los modos en que se valora la prueba testimonial, es coherente con los conocimientos científicos actuales.

A partir de las conclusiones obtenidas, elaboramos un “esquema” para desarrollar todos aquellos temas que consideramos relevantes para la realización de un juicio valorativo del testimonio, el cual se detalla a continuación:

Esquema

1. Estructura conceptual

1.1. El proceso y su finalidad

1.2. Prueba, verdad y razonamiento probatorio

1.2.1. Breves consideraciones sobre la “prueba”

1.2.2. El funcionamiento de la prueba en el proceso y su relación con la verdad.

1.2.3. El razonamiento probatorio

1.2.3.1. El razonamiento probatorio y su conclusión probabilística

1.2.3.2. Posibles críticas al grado de *probabilidad* del decisorio

a) La discusión entre prueba directa y prueba indirecta

b) Las pruebas “deductivas”

1.2.4. La motivación como garantía contra la arbitrariedad

2. La prueba testimonial

2.1. Antecedentes históricos y concepto

2.2. Problemas del testimonio

2.3. La mentira y los errores sinceros

2.2.1. Los motivos que pueden generar los errores sinceros

2.2.2.1. Momento de percepción

2.2.2.1.1. Factores del suceso

a) El color y el cambio de luz

b) La distancia y el movimiento

c) Información especial

d) La familiaridad

2.2.2.1.2. Factores del sujeto

a) La edad

b) Expectativa y estereotipos

c) Ansiedad y emoción

d) Drogas y alcohol

2.2.2.2. El momento de interpretación

2.2.2.3. Los momentos de memorización y recuperación

a) La demora

b) la recuperación múltiple

c) Las sugerencias externas

d) El contexto de recuperación y la entrevista cognitiva

2.4. El interrogatorio y su influencia en la creación de falsos recuerdos

2.5. La confianza y la exactitud en la declaración ¿Un vínculo aparente?

2.6 El reconocimiento en rueda y su problemática

3. Valoración del testimonio.

3.1. Detección de la mentira a lo largo de la historia

3.1.1. Las ordalías

3.1.2. La tortura

3.1.3. El suero de la verdad

3.1.4. La hipnosis

3.1.5. El polígrafo

3.1.6. El juramento

3.2. La intermediación ¿Un principio con función epistemológica?

3.2.1. El principio de intermediación y sus funciones

3.2.2. Validez de la función epistemológica del principio de intermediación

3.3. Los juicios de credibilidad

3.3.1. Presuntivismo vs. no presuntivismo

3.3.2. Criterios de credibilidad

a) Bentham y su “medida nominal de comparación”

b) Mittermaier y su postulado basado en el “conocimiento del corazón humano y la práctica del mundo”

c) El criterio de Framarino dei Malatesta

d) Gorphe y la importancia de la psicología

e) Undeutsch y la “evaluación de validez de las declaraciones”

f) Wells y Lindsay, la credibilidad basada en la intuición

g) Manzanero y González: el modelo holístico de evaluación de la prueba testimonial (HELP)²

h) Nuestro criterio de pensamiento: la necesidad de realizar un doble juicio valorativo

3.3.3. Algunas consideraciones con relación al testigo único

4. Análisis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Desarrollo

1. Estructura conceptual

El presente trabajo de investigación, cuya pretensión fundamental se centra en analizar los problemas que derivan de la valoración del testimonio, no puede ser realizado debidamente sin establecer previamente una estructura conceptual:

Entender qué es el proceso, cuál es su finalidad, cuál es el concepto de prueba y cuál es la relación entre prueba y proceso, es indispensable para establecer un punto de partida y, sobre todo, para solidificar un pensamiento con relación a las cuestiones generales que luego van a influir en las consideraciones que se realicen sobre los temas en particular. En tal sentido, la interpretación que se realice sobre cuestiones específicas (por ejemplo, la facultad del juzgador para preguntar, la validez y utilidad de la incorporación por lectura, la forma de los interrogatorios, etc.) estará supeditada a las consideraciones de orden general, permitiéndonos incluso a partir de estas últimas la realización de sugerencias de *lege ferenda*.

La no elaboración de esta estructura conceptual tornaría la labor del investigación muy dificultosa pues no solo no tendríamos un vehículo sólido sobre el cual navegar sino tampoco tendríamos demasiado en claro el rumbo que deberíamos tomar. Justamente,

² MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)”, *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36 2 , pp. 125-138.

clarificar los conceptos básicos y generales es lo que nos permitirá establecer criterios de pensamientos no contradictorios entre sí para cuando analicemos los temas concretos y particulares. De allí, la importancia de esta sección inicial.

1.1. El proceso y su finalidad

El ordenamiento jurídico, entendido como conjunto de normas tendientes a regular el comportamiento de las personas en sociedad, carecería de sentido y/o efecto motivador si, ante el incumplimiento de las mandas legales, no se aplicasen las consecuencias preestablecidas por las propias normas.

La necesidad de concretar un “proceso” tendiente a verificar, acreditar o determinar la existencia del hecho jurídico se hace evidente³, pues en caso contrario (es decir, ante la inexistencia de un proceso de constatación) la norma jurídica perdería su efecto motivador y en consecuencia no lograría influenciar el comportamiento de las personas (sea evitando actos nocivos o generando actos saludables).⁴ Si bien durante la antigüedad y edad media tales procesos pudieron haber dependido de arbitrarias decisiones⁵, actualmente el proceso

³ FENECH, Miguel, “*El proceso penal*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1956, p. 17: “*El juicio instantáneo, en un solo acto, sólo Dios puede llevarlo a cabo al juzgar, y ello por cuanto su omnisciencia hace desaparecer la limitación propia de los humanos; Dios, para juzgar, no necesita proceso*”; en cambio “*los hombres, a diferencia de Dios, requieren de un proceso, tanto para juzgar como para ser juzgados*” (IRISARRI, Carlos A. “*El defensor en el sumario penal*”, T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 27).

⁴ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, Vol. 1, EJE, Buenos Aires, 1971, p. 10.

⁵ CARRARA, Francesco “*Programa de derecho criminal*”, Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972, p. 269: “*Apenas hubo concebido el hombre la idea de que aquel que violara el derecho ajeno tenía que sufrir algún mal en castigo de su delito, fue consecuencia lógica inevitable que el juicio, en su sentido objetivo, surgiera inmediatamente, es decir, que se ejerciera aquella operación intelectual mediante la cual, una vez comprobado que alguno ha violado un derecho, se saca del mal que hay que irrogarle. Pero mientras esta irrogación se presentó a la mente bajo la forma de una reacción de venganza privada, se confundieron naturalmente el sentido subjetivo y el objetivo del juicio, cuya forma extrínseca tenía que ser entonces completamente privada, arbitraria y tumultuaria, y por consiguiente, antijurídica. En ese estado de cosas, las reglas de procedimiento no tenían otra norma que la lógica natural, cuando no era sobrepuesta por la ira, es decir, ofensa privada, juicio privado y venganza privada. Los individuos reunían en sí mismos la pasión de la ofensa, el derecho a castigar, el juicio y hasta la ejecución de la pena de esa manera, el juicio, dictado por el odio, era casi siempre una nueva violación del derecho, y resultaba inepto, por falta de la fuerza necesaria para ejecutarlo*”.

se corresponde con un método rigurosamente determinado por el propio ordenamiento jurídico destinado a averiguar la *real existencia de estos hechos* que sirven de condición para la imposición de la consecuencia normativa. Sin un debido juicio, la ley no surgiría ni podría servir para cumplimentar los fines del Derecho.⁶

Carrara define al “juicio” como “*una serie de actos solemnes con que ciertas personas, legítimamente autorizadas para ello, y observando el orden y la forma determinados por la ley, conocen acerca de los delitos y de sus autores, a fin de que la pena no recaiga sobre los inocentes, sino sobre los culpables*”.⁷

A partir de esta definición, compartida en líneas generales por la mayoría de los doctrinario⁸, se advierte la existencia de tres elementos constitutivos:

- a) Elemento objetivo: conjunto de actos concatenados entre sí que de forma gradual o progresiva avanzan hacia la obtención de un resultado.
- b) Elemento subjetivo: los actos son realizados por órganos de actuación con capacidad de manifestar o declarar la voluntad en que consiste la expresión de esos actos.
- c) Elemento teleológico: el fin del proceso se corresponde con la búsqueda de la verdad y la consecuente concreción del derecho sustantivo.⁹

⁶ CARNELUTTI, “*Cómo nace el Derecho*”, Editorial Temis SA, Bogotá -Colombia-, 1989, p. 55; en igual sentido, véase HASSEMER, Winfried “*Fundamentos del Derecho penal*”, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

⁷ CARRARA, Francesco “*Programa de derecho criminal*”, Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972, p. 266; en igual sentido, FERRAJOLI al referir que la característica del proceso, que lo diferencia de la justicia por propia mano, está en sus dos finalidades: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes (“*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 604).

⁸ CLARIA OLMEDO, Jorge “*Derecho procesal*”, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 128; MANZINI, Vincenzo “*Tratado de derecho procesal Penal*”, T. 1, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 108; LEONE, Giovanni, “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, T. 1, EJE, Buenos Aires, 1989, p. 10.

⁹ En igual sentido, véase MANZINI, Vincenzo, “*Tratado de Derecho procesal penal*”, T. 1, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1996, p. 108; MAIER, Derecho procesal penal, t. I, “*Fundamentos*”, 1999, p. 844; CLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Derecho procesal*”, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 129.

Este último, elemento teleológico, enmarca concretamente cual es el fin del proceso, por lo que intentaremos abordarlo con mayor detenimiento:

Posiblemente uno de los autores que en estos últimos tiempos ha dedicado más esfuerzo en resaltar la necesidad de considerar la búsqueda de la verdad como el fin del proceso ha sido Michele Taruffo, quien con gran elocuencia a lo largo de sus obras pone de manifiesto que para hacer *justicia* (o para impartir una decisión *justa*) no solo es necesario una adecuada selección e interpretación de la norma aplicable al caso, sino la determinación de la *verdad* de los hechos que lo conforman.¹⁰ Pese a ello, explica que existen diversos postulados que niegan la búsqueda de la verdad como fin del proceso, los cuales se estructurarían bajo los siguientes argumentos:

1. La imposibilidad teórica: excluye la cognoscibilidad de la realidad (deriva, en general, de la asunción de una u otra teoría idealista o antirrealista de la realidad).¹¹
2. La imposibilidad ideológica: la verdad de los hechos no puede ser alcanzada porque *no debe* ser alcanzada (el fin del proceso estaría delimitado por la solución de conflictos, para lo cual la averiguación de la verdad no solo que no es necesaria, sino que puede llegar a ser un óbice para la pacificación de los conflictos).¹²

¹⁰ Véase TARUFFO, Michele *“La prueba de los hechos”*, Trotta, Madrid, 2011.

¹¹ En este punto vale citar a Balcarce, pues, si bien el autor en realidad esgrime su crítica contra el concepto de *verdad* como *correspondencia*, sus palabras denotan el criterio de pensamiento expuesto en el párrafo que aquí se comenta. Sostiene el autor que *“no adherimos a esta definición [de verdad] por varias razones. En primer lugar, porque la misma, más que describir lo que es la verdad, analiza una articular teoría del conocimiento en la cual el sujeto es capaz de aprehender el objeto conocido. En segundo lugar, ella se convierte en un axioma que, quizás pueda ser cierto, pero no es verificable. En tercer lugar, asumir esta noción implica reconocer la existencia de un ente capaz de conocer la verdad absoluta. Dicho ente no sería otro que un Estado Absoluto, y ya todos sabemos los riesgos de conocer un Estado Omnicomprensivo, elevado a la categoría de Dios”* BALCARCE F. *“La prueba en el proceso penal. Principios generales”*, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996, p. 30)

¹² Quizás uno de los autores contemporáneos que mas fuertemente han rechazado la búsqueda de la verdad con meta procesal, es Chaia al sostener que: *“de este modo, el saber del juez —o del jurado— se forma a partir de la información que las partes le presentan y por tanto, está limitado a ella. No investiga ni encuentra la verdad, dice lo que piensa, resuelve el caso en función de lo que ve...A partir de estas limitaciones o recortes se cae el mito del proceso generador de verdades. Su objetivo es más mundano y quizás más útil. Convertir el conflicto en una disputa reglada donde se permite a las partes desahogar sus pasiones a través de la vía argumental y con ello, sellar la suerte de las personas que se someten a él con una*

3. La imposibilidad práctica: la verdad de los hechos no puede ser obtenida en el proceso esencialmente por razones prácticas (tiempos limitados, caducidad de instancias, regulación de la prueba que puede utilizarse, cosa juzgada, etc.).

Estos tres puntos son analizados y replicados uno por uno por el autor italiano, alegando que la búsqueda de la verdad se sustenta en:

1. La posibilidad teórica: asume como aceptable la concepción semántica de verdad como *correspondencia* (Tarski)¹³ y aclara que el proceso posibilita la determinación de la verdad de los hechos.
2. La oportunidad ideológica: la búsqueda de la verdad es ideológicamente oportuna e incluso en muchos sentidos necesaria (aquí es donde el autor desarrolla principalmente su postulado conceptual sobre las *decisiones justas*).
3. La posibilidad práctica: la regulación legal del proceso no es un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, pues la verdad que surge del mismo, al igual a la que se obtiene por fuera de este, es *relativa* y ligada al *contexto* en el que es establecida.¹⁴

nueva e indiscutible versión del conflicto pacificado mediante una sentencia que dirá qué sucedido más allá de lo que las partes, en sus aspiraciones individuales, crean que ocurrió. En definitiva, el proceso no esclarece, sino que establece los hechos...con asiento en ello, se puede sostener que la verdad en términos absolutos es un objetivo inalcanzable en el proceso penal, por tanto, no se ha de buscar" (CHAIA Rubén A., "Técnicas de litigación penal", t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 28)

¹³ El concepto de "verdad" puede remontarnos a la conversación entre Pilatos y Jesús cuando este último manifiesta "tú dices que Yo soy el rey. Yo para esto he nacido, y para esto he venido al mundo: para dar testimonio en favor de la verdad. Todo el que es de la verdad, oye mi voz", a lo que Pilatos le contesta "¿qué es la verdad?". Creemos que una resumida pero clara explicación de las distintas teorías sobre la verdad puede verse en GASCÓN ABELLÁN, "Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba", Marcial Pons, Madrid, 2010, o en CHAUMET, Mario e. "Argumentación", Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 330.

¹⁴ TARUFFO, Michele "La prueba de los hechos", Trotta, Madrid, 2011, p. 75: "Cualquier verdades pues, en este sentido, relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las que la verdad procesal sea, por definición, algo menor. Existen sólo verdades relativas, dentro y fuera del proceso, porque cualquier situación cognoscitiva está de algún modo caracterizada por los límites que afectan a los medios que pueden ser empleados para establecer la verdad. Esto no significa que esas verdades sean iguales e intercambiables: son, en cambio, distintas por varias razones, especialmente por el hecho de que en las distintas situaciones varían los límites relativos a los medios cognoscitivos disponibles. Esas variaciones pueden producirse, como ya se ha mencionado, también dentro del proceso en función de las diferencias entre modelos procesales distintos y pueden surgir en la relación entre un sistema procesal (o todos los sistemas procesales) y situaciones cognoscitivas extrañas al proceso. Debe quedar claro, no obstante, que se trata de variaciones de

No trataremos el primero de los puntos, sino los dos restantes:

a) La búsqueda de la verdad desde un plano ideal:

Si bien la búsqueda de la verdad podría originarse en la necesidad de obtener resoluciones *justas* (como expone Taruffo), existe también otro argumento igualmente válido y legítimo que podrían explicar el motivo por el cual la verdad es tan importante para el proceso: la necesidad básica y elemental de aplicar la ley.¹⁵

Si asumimos que la norma jurídica posee una estructura condicional compuesta por un hecho condicionante y una consecuencia, la averiguación de la verdad se tornaría imprescindible; para que se comprenda podemos ejemplificar con el art. 79 del Código penal argentino que establece: “*se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro...*”; el hecho condicionante se corresponde con el enunciado “*al que matare a otro*” y la consecuencia normativa sería “*se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años*”. Si para que la consecuencia legal sea aplicada es necesario la existencia del hecho condicionante, la búsqueda de la verdad pasa a tener un valor fundamental, pues si se aplica la consecuencia (la pena) sin que el supuesto fáctico haya ocurrido (el homicidio), la norma no estaría siendo aplicada o, en caso de serlo, estaría siendo “aplicada” incorrectamente.

grado sobre una escala sustancialmente homogénea (en función de la mayor o menor disponibilidad de medios de conocimiento), no de diferencias cualitativas y absolutas”.

Una crítica al relativismo puede encontrarse en Hessen cuando refiere “*una verdad que no sea universalmente válida representa un sinsentido. La validez universal de la verdad está fundada en la esencia de la misma. La verdad significa la concordancia del juicio con la realidad objetiva. Si existe esta concordancia, no tiene sentido limitarla a un número determinado de individuos. Si existe, existe para todos. El dilema es: o el juicio es falso, y entonces no es válido para nadie, o es verdadero, y entonces es válido para todos, es universalmente válido. Quien mantenga el concepto de la verdad y afirme, sin embargo, que no hay ninguna verdad universalmente válida, se contradice, pues, a sí mismo. El subjetivismo y el relativismo son, en el fondo, escepticismo. Pues también ellos niegan la verdad, si no directamente, como el escepticismo indirectamente, atacando su validez universal*” (HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1982, p. 43).

¹⁵ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo “*Curso de Derecho Procesal Penal*”, Rubinzal, Santa Fe, 1985, p. 15.

En este punto la doctrina suele sustentar sus explicaciones haciendo alusión a la teoría del “silogismo judicial” según la cual la decisión del magistrado sería el resultado de la subsunción del hecho concreto bajo la norma jurídica.¹⁶ Esta tesis pretende evidenciar la estructura de la decisión judicial, la cual se encontraría conformada por una premisa mayor (constituida por el enunciado normativo), una premisa menor (constituida por el hecho concreto) y una conclusión que evidencia la aplicación de la consecuencia normativa al caso particular¹⁷.

A fin de ejemplificar:

- 1) Premisa mayor → “Quien mate a otro deberá ser castigado con pena de prisión”.
- 2) Premisa menor → “Juan ha matado a Pedro”.
- 3) Conclusión → “Juan deberá ser castigado con pena de prisión”.¹⁸

La utilidad del silogismo judicial se sustenta en su carácter de razonamiento deductivo¹⁹ que, por su condición de tal, permite determinar si la decisión judicial (la

¹⁶En palabras de Beccaria: “debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena” (BECCARIA, Cesare “De los delitos y de las penas”, EJEA, Buenos Aires, 1974, p 98); un acabado estudio del tema puede verse en ITURRALDE, Victoria “Sobre el silogismo judicial”, en Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, 239.272;.

¹⁷ CARNELUTTI, “La prueba civil”, p. 4; en igual sentido, ATIENZA, “Las razones del Derecho”, p. 20; Alchourrón y Bulygin lo explican de la siguiente manera: “El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. (ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, título original “Limits of logic and legal reasoning”, A. A. Martino (ed), Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Diritto, Vol II, Firenze, 1989).

¹⁸ CHAUMET, “Argumentación”, p. 44: “Cuando uno analiza un argumento o un razonamiento como habituales indicadores de conclusiones se indican las siguientes expresiones: por lo tanto, por ende, así, luego, se sigue que, por consiguiente, podemos inferir que, se concluye que, de esta manera, con lo que; mientras que de premisas pueden señalarse: puesto que, en tanto que, por razón de que, ya que, como, dado que...” además, explica que “Para que una conclusión se desprenda con necesidad lógica de las premisas es indispensable que las relaciones que los términos guardan cumplan ciertas condiciones que usualmente se denominan ‘reglas del silogismo’. Dichas reglas son: 1) el silogismo debe tener tres términos; 2) ningún término debe figurar en la conclusión con mayor extensión que en las premisas; 3) el término medio debe ser tomado una vez por lo menos en toda su extensión en las premisas; 4) la conclusión no debe contener el término medio”; una clara explicación, aunque sin referirse explícitamente al “silogismo judicial”, puede verse en FERRAJOLI, “Derecho y Razón”, Trotta, Madrid, 1997, p. 48.

conclusión) se encuentra justificada y es válida desde el punto de vista lógico.²⁰ La deducción es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una regla y un caso subsumible en esta, y pretendemos inferir un resultado. La particularidad de estos argumentos está dada en que no pueden afirmarse las premisas sin afirmar su conclusión²¹;

¹⁹ También podemos hablar de “razonamiento analítico”, en tanto como explica Chaumet “*el razonamiento analítico se parte de premisas necesarias (o por lo menos indiscutiblemente verdaderas) que gracias a inferencias válidas conducen a conclusiones necesarias o verdaderas. Es imposible que la conclusión no sea verdadera si se razona correctamente a partir de premisas verdaderas. De ello resulta que los razonamientos analíticos son impersonales, no dependen de la opinión de los hombres*” (p. 25); por otro lado, vale aclarar que si bien es habitual sostener que el razonamiento deductivo va “de lo general a lo particular” (en contraposición al razonamiento inductivo que va “de lo particular a lo general”), esto no necesariamente es así (no es algo falso, pero tampoco verdadero), en tanto no todo razonamiento deductivo va “de lo general a lo particular”.

Por ejemplo:

Si Pablo corre, Carlos corre

Pablo corre

Carlos corre

En este caso, se deduce lo particular de lo particular.

Por ello, “una definición hoy muy común y que se aplica a todas las formas de deducción, es la que sostiene que en el proceso deductivo se derivan ciertos enunciados de un modo puramente formal, esto es, en virtud sólo de la forma (lógica) de los mismos (FERRATER MORA, José “*Diccionario de Filosofía de bolsillo*”, Alianza Editorial Madrid, Madrid, 1994).

²⁰ Sobre este punto no existe acuerdo en los especialistas, en tanto varios autores se han expresado en contra del silogismo judicial (por no ser útil para seleccionar las premisas que forman parte de la estructura del silogismo, por no ser un silogismo lógico propiamente dicho, entre otros argumentos). Estas cuestiones son explicadas claramente por Iturralde en *Sobre el silogismo judicial*” en Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, 237/272; Alchourron y Bulygin, en cambio, explican que “las objeciones corrientes a esta tesis [se refiere al silogismo judicial] que tratan de mostrar que el razonamiento jurídico no es una inferencia deductiva porque entraña ciertas operaciones que no son lógicas no son pertinentes. Aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva (“*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*”, título original “*Limits of logic and legal reasoning*”, A. A. Martino (ed), Preproceedings of the III International Conference on Logica Informatica Diritto, Vol II, Firenze, 1989, Traducido por Eugenio Bulygin).

²¹ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*” Jueces para la democracia 47, 2003; también vale citar a Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, quienes enseñan que: “*un razonamiento tal que, a partir de proposiciones verdaderas, garantiza la verdad de su conclusión. Este fenómeno, en verdad, ocurre si y sólo si el razonamiento constituye una aplicación de leyes lógicas. Las leyes lógicas constituyen, a su vez, la representación de formas válidas de inferencia, de modo que también puede decirse que la deducción es una inferencia fundada en leyes lógicas. En el razonamiento deductivo, pues, la verdad de la conclusión se obtiene bajo dos condiciones: la verdad de las premisas y la validez de la inferencia. Conviene recordar aquí que la verdad es una propiedad de las proposiciones, en tanto la validez es una propiedad de los razonamientos. Un razonamiento analiza, procesa y transforma las proposiciones de las que parte; pero por perfecto (válido) que sea su funcionamiento, sólo garantiza la verdad de sus resultados si las premisas que le proponemos son verdaderas. Si éstas son falsas, ninguna seguridad obtendremos sobre la verdad o la falsedad de la conclusión. Y, por supuesto, lo mismo ocurrirá si el razonamiento no es válido (es decir, si no constituye una correcta aplicación de leyes lógicas)*” (GUIBOURG, Ricardo A., GHIGLIANI, Alejandro M. y

en otras palabras, la verdad de las premisas hace a la verdad de la conclusión.²² Pero no toda decisión correcta desde el plano lógico-formal significa que sea verdadera (como tampoco que sea falsa)²³; es decir, no por haber llegado a una conclusión donde se aplique la pena correctamente desde el plano lógico, podremos efectivamente dar por hecho que la premisa menor (el hecho condicionante) sea verdadero. Para que se entienda, una cosa es la validez formal del razonamiento y otra muy distinta la veracidad de sus componentes (las premisas que lo conforman).²⁴

GUARINONI, Ricardo V. “Introducción al conocimiento científico”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1988, p. 159); en igual sentido CHAUMET, p. 43; ATIENZA, Manuel “Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 13

²² Explica Atienza que: “A los efectos que nos interesan, se puede considerar como la forma de un argumento aquello que queda del mismo cuando se hace abstracción del significado concreto de las proposiciones que lo componen y del contexto en el que se argumenta. Tomemos el siguiente ejemplo de argumento: «el juez que cometa un acto de prevaricación debe ser condenado con una pena mínima de un año; el juez J ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto, el juez J debe ser condenado a una pena mínima de un año». Su análisis formal podría hacerse así: la primera premisa es una proposición condicional que consta a su vez de dos proposiciones: un antecedente y un consecuente (si p, entonces q); la segunda premisa es la afirmación del antecedente del condicional (p); y la conclusión, la afirmación del consecuente del mismo condicional (q). La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia (formal) llamada *modus ponens* y que justifica el paso de las premisas a la conclusión; se formula precisamente así: a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente se puede derivar la afirmación del consecuente” (“Curso de argumentación jurídica”, Trotta, Madrid, 2013, p. 171).

²³ FERNANDEZ RUIZ, Graciela “Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Doctrina Jurídica* -revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-, Ciudad de México, 2017, p. 7: “Se dice que un razonamiento es correcto cuando a partir de sus premisas se deriva lógicamente —esto es, en virtud de las leyes de la deducción— su conclusión. La corrección de un razonamiento sólo se refiere a la congruencia interna del mismo, y es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y conclusión; por ejemplo, si yo acepto las premisas “todos los Filósofos son extraterrestres” y “Sócrates es Filósofo”, concluyo necesariamente que “Sócrates es extraterrestre”. En este último ejemplo, ya sea que las premisas y la misma conclusión sean verdaderas o sean falsas, la conclusión se deriva correctamente de las premisas, pues realmente se deduce de ellas: hay una congruencia interna”

²⁴ FERNANDEZ RUIZ, Graciela “Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *Doctrina Jurídica* -revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-, Ciudad de México, 2017, p. 3: “Un argumento está conformado por materia (las proposiciones que lo integran) y forma (su estructura, el encadenamiento entre sus partes). Tradicionalmente se considera que el primero de estos elementos es estudiado por la “lógica material”, que analiza las condiciones para que las proposiciones sean verdaderas, mientras que el segundo es el objeto de la “lógica formal”, que considera las condiciones para que el razonamiento sea correcto. Aunque en el habla coloquial a veces se consideran como sinónimos los términos verdad y corrección, en realidad designan cosas distintas: la verdad

Por ejemplo:

- a) Razonamiento válido que obtiene una conclusión verdadera de premisas verdaderas:
 - 1) Todos los hombres son mortales
 - 2) Juan es un hombre.
 - 3) Juan es mortal.
- b) Razonamiento válido que obtiene una conclusión falsa de premisas falsas:
 - 1) Todos los hombres vuelan.
 - 2) Juan es un hombre.
 - 3) Juan vuela.

Entonces, si asumimos que el decisorio judicial debe velar por la aplicación de la ley, no podremos negar que la premisa fáctica sobre la cual se estructure el razonamiento debe ser verdadera, pues, en caso contrario, solo tendríamos una decisión válida formalmente, pero sin aplicación de la ley o, como dijimos anteriormente, sin una *correcta* aplicación de la ley. De allí la necesidad de ir en búsqueda de la verdad de los hechos.²⁵

Con un criterio relativamente similar, aunque sin referirse a la teoría del silogismo, explica Ubertis que el fin de la jurisdicción está dado por la aplicación de la ley en el caso concreto, para lo cual se requiere ir en búsqueda de la verdad, pero aclarando que esta averiguación no es, en sí y por sí, el fin último del proceso, sino el *presupuesto* para poder decidir adecuadamente cuál es la ley aplicable al caso. En efecto, “el juicio de verdad concerniente a la reconstrucción de los hechos que constituyen el caso judicial emerge en el ámbito del proceso como fundamento indefectible para la emanación de una *decisión justa*”, pues independientemente del criterio que se adopte con relación al concepto de justicia en

es una característica de las proposiciones en sí mismas, mientras que la corrección es una característica de los enlaces que se establecen entre las proposiciones dentro de un razonamiento”

²⁵ Para ser más exactos – o correctos- deberíamos decir “la verdad de los enunciados que se refieren a la existencia de los hechos”.

la decisión, es innegable que no se podrá adquirir tal calidad si la misma se sustenta en una base fáctica errónea.²⁶

Otro punto de vista puede encontrarse en Ferrajoli, quien desde otra perspectiva también sostiene que el fin del proceso está dado por la búsqueda de la verdad, en tanto lo equipara a una *garantía* tendiente a evitar resoluciones arbitrarias, sosteniendo que “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida *con verdad*, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica”²⁷. En este punto, el padre del garantismo penal pone énfasis en evidenciar que la oposición entre garantismo y autoritarismo se corresponde a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitivismo y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad, concluyendo en que, si bien pretender una justicia “con verdad” puede constituir una utopía, una justicia penal “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad.²⁸

Por nuestra parte, creemos que los postulados antedichos son complementarios, en tanto desde distintas ópticas o bajo distintos argumentos se concluye en que la búsqueda de la verdad no puede ser negada en el ámbito procesal (es decir, por uno u otro motivo, todos propician un modelo *cognoscitivista*). Si asumimos que el Derecho pretende motivar el comportamiento de las personas, no podremos desconocer que tal motivación deviene de la correcta aplicación de las sanciones legales, tornando a la búsqueda de la verdad una actividad imprescindible para cumplimentar debidamente tal tarea. En este sentido, para evitar que las personas cometan homicidios se debe castigar a quienes han cometido homicidio y no a quienes no lo han hecho, pues de no ser así el efecto motivador de la norma no lograría cumplirse. Pero incluso asumiendo que el proceso tiende a la realización de decisiones *justas*, no podemos negar que la verdad es una condición necesaria de estas. Para entender lo que venimos diciendo basta con preguntarnos “¿es justo condenar a quien

²⁶ UBERTIS, Giulio “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017, p. 12.

²⁷ FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 36.

²⁸ FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 45.

no ha cometido delito alguno?”, la respuesta es sencilla: “no, no es justo condenar a quien no ha cometido delito alguno”. Esto último evidencia que, independientemente de las consideraciones particulares que puedan realizarse con relación a la *justicia* de las decisiones, es innegable que la misma debe sustentarse en una determinación correcta de los hechos que condicionan la aplicación de la consecuencia legal.

b) La búsqueda de la verdad desde el plano práctico:

La racionalidad es un basamento estructurar en la búsqueda de verdad.

Esto que parece tan claro, sencillo e indiscutido, no lo es o, por lo menos, no lo ha sido para el proceso, pues no siempre ha realizado esta búsqueda respetando estos parámetros²⁹: en la antigüedad, y más concretamente en las etapas primitivas, la búsqueda de la verdad estaba dominada por lo mágico o sobrenatural, siendo el Derecho una representación de fuerzas misteriosas o la exteriorización de la divinidad no susceptible de ser accedida completamente por la razón humana. Las ordalías (o los juicios de Dios) son la prueba más categórica de esta concepción del proceso, conforme la cual se determinaba la inocencia o culpabilidad del acusado a partir de la realización de pruebas tales como caminar entre brasas ardientes, recoger piedras sumergidas en agua hirviendo, aguantar la respiración por largos períodos de tiempo, etc. Desde el plano epistemológico, la irracionalidad es manifiesta.³⁰ Al respecto, Gascón Abellán ha manifestado que “sólo con un cierto abuso del lenguaje cabe decir que la ordalía fuese un procedimiento enderezado al conocimiento de unos hechos previamente tipificados como condición inexcusable de la pena”; en el fondo, superar o cumplir con la prueba divina no hace más que demostrar la

²⁹ Los autores no han sido concordantes en las clasificación de las distintas etapas que hacen a la evolución histórica de la prueba; por ejemplo, FERRI se refiere a la Fase primitiva, fase religiosa, fase legal, fase sentimental y fase científica; en cambio, CAFFERATA NORES nos habla solamente de ordalías y prueba científica; por su parte, BALCARCE se refiere al: sentimiento de la superstición religiosa, sentimiento social del estado omnipotente, sentimiento de libertad, necesidad de investigación científica y necesidad de proteger los derechos individuales y esenciales.

³⁰ Véase GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 8.

fuerza, destreza o, incluso, suerte del acusado, pero nada más.³¹ Tal irracionalidad, si bien fue variando notoriamente con el paso del tiempo, llegando incluso a desaparecer, tomo notoriedad con el sistema de prueba tasada o prueba legal conforme el cual sería el legislador quien estableciere cómo debería realizarse el razonamiento probatorio para determinar la culpabilidad del reo a partir de la existencia de determinadas pruebas. De tal forma, la ley consagró estimaciones o valores generales para cada tipo de prueba, quedando la labor del magistrado limitada a la verificación de la existencia de estas (propiciando un razonamiento claramente deductivo).³²

Esta irracionalidad fue mitigada notoriamente a partir de la consolidación del sistema de la sana crítica racional.³³ No pretendemos aquí analizar detenidamente las particularidades de este sistema, pero vale manifestar que el razonamiento probatorio ya no quedó supeditado a disposiciones genéricas preestablecidas legalmente, sino que pasó a estar en cabeza del magistrado. De allí en más, sería el juzgador quien valoraría y, en consecuencia, determinaría la importancia de las pruebas para la acreditación del hecho jurídicamente relevante; pero, sin perjuicio de ello y pese a propiciarse la libre valoración probatoria sustentada en la razón, lo cual podría ser entendido como un sistema más viable para la obtención de la verdad, es innegable que en todo proceso existirán restricciones contra-epistémicas (por ejemplo, imposibilitar la realización de allanamientos sin orden judicial) que, como tales, no van a favorecer esta libre búsqueda, sino que van a obstaculizarla.

³¹GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 9.

³²FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 135: “*El método de las pruebas legales acompañó durante cinco siglos, desde el fin del siglo XIII hasta la Revolución francesa, a la experiencia procesal de la inquisición desarrollada en toda Europa continental. En el plano epistemológico, señala una decidida regresión respecto de la tradición tópico-retórica del ars opponendi et respondendi que había informado a la concepción clásica de la prueba, desde la época griega y romana hasta la primera fase del proceso romano-canónico medieval. La idea de la prueba como ‘suficiente’, gracias a su conjunción con una norma, para garantizar deductivamente la verdad de la conclusión fáctica, no obstante su aparente racionalidad, en realidad es idéntica. Ala que fundamenta las pruebas irracionales de tipo mágico y arcaico: la ordalía, el duelo judicial, el juramente, la adivinación*”

³³Explica Cafferata Nores que “este sistema se caracteriza, como ya se vio, por la inexistencia de disposiciones legales que predeterminen el valor conviccional de los elementos probatorios. La valoración de éstos queda exclusivamente en manos del juzgador, quien podrá extraer libremente sus conclusiones a condición de que, para llegar a ellas, respete las reglas que gobiernan el razonamiento humano: lógica, psicología y experiencia común” (CAFFERATA NORES, José “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, 1986, p. 124).

A partir de aquí, es decir, a partir del conocimiento de la existencia de estas “reglas contra-epistémicas”, podemos concretar tres diversos postulados: 1) asumir que la verdad obtenida en el proceso es una “verdad formal” que no necesariamente tiene relación con la “verdad material”; 2) negar la distinción entre “verdad formal” y “verdad material”, alegando que toda verdad es relativa y contextual (tanto fuera como dentro del proceso); 3) negar la distinción entre “verdad formal y verdad material”, alegando que el decisorio final no determinará la veracidad del enunciado fáctico (del hecho), sino solo determinará que el mismo ha sido probado (pudiendo o no ser verdadero).

Intentaremos entrelazar e ir desarrollando (aunque sea brevemente) estos postulados (que entre sí nada tiene en común), para luego manifestar cuál es nuestro criterio de pensamiento:

La cantidad de reglas procesales (pruebas legales, términos preclusivos, formalidades en la admisión de pruebas, nulidades, testimonios inadmisibles, pruebas prohibidas o ilícitamente obtenidas, secretos amparados por la ley, etc.) han llevado a gran parte de la doctrina (la amplia mayoría) a sostener que el proceso nunca podrá llegar a buen puerto, en tanto todas estas reglas no hacen más que coartar la búsqueda de la verdad.³⁴ Si bien algunas de estas reglas tienen un fundamento epistémico (es decir, pretenden colaborar con la búsqueda de la verdad), existe un gran número de prohibiciones cuyo fundamento es contra-epistémico (impiden realizar una libre averiguación de la verdad). Pese a que estas últimas varían conforme la legislación (tornando imposible realizar afirmaciones genéricas que puedan ser aplicadas a todos los sistemas procesales), podemos sostener que en líneas generales se caracterizan por tutelar o salvaguardar intereses que no se condicen con la averiguación de la verdad como podría ser la dignidad de las personas, su patrimonio, su intimidad, etc. Pongamos un ejemplo para comprender a qué nos referimos: la prohibición

- ³⁴ Explica Gascon que “a diferencia del conocimiento científico, histórico o detectivesco, donde la averiguación de la verdad puede reputarse sin grave esfuerzo como libre, la fijación judicial de los hechos tiene que perseguir su objetivo -la formulación de aseveraciones verdaderas, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, la necesidad de preservar otros valores”, aunque, en las notas a sus propias consideraciones, la autora parece matizar su pensamiento al sostener que “claro está que la libertad nunca es absoluta, pues las comunidades científicas e historiográficas imponen ciertas reglas a la actividad de científicos e historiadores, y la actividad del detective también está limitada; como mínimo las reglas jurídicas que protegen la libertad de las personas. Pero fuera de estas limitaciones las actividades mencionadas son libres” (GASCÓN ABELLÁN, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010.).

de allanar un domicilio sin orden judicial pretende tutelar la intimidad de las personas; sin embargo, nadie duraría que realizar allanamientos sin orden judicial posiblemente sea un medio idóneo para la averiguación de la verdad. De igual manera, interceptar la correspondencia entre el imputado y su abogado seguramente serviría para obtener información con relación a los hechos que hacen al caso concreto, pero tal comportamiento violentaría el derecho de defensa, la libre comunicación entre abogado e imputado, el resguardo del secreto profesional, etc.

Quizás el principal exponente que puso en evidencia esta cuestión ha sido Carnelutti al alegar que “basta un límite mínimo a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenere en un proceso formal de fijación; en términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. *La verdad es como el agua: o es pura o no es verdad*. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que esta no puede ser conocida en todo caso y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un *proceso defijación formal de los hechos*”.

Este conglomerado de reglas prohibitivas contra-epistémicas, sumado a la posible falta de concordancia entre los hechos probados en el ámbito judicial y los hechos realmente ocurridos³⁵, fue un factor determinante para que la doctrina alemana decimonónica distinguiera la “verdad material” de la “verdad formal”: la primera se correspondería con la verdad extrajudicial, la verdad real o histórica, mientras que la segunda se identificaría con la verdad obtenida a partir de las constancias obrantes en el expediente o, en otras palabras, la verdad reconocida por el juez de la causa al emitir su decisión final³⁶. Sobre este punto, gran parte de la doctrina ha manifestado que la verdad procesal no necesariamente se corresponde con la verdad material, en tanto una cosa es lo que dictamina el juzgador y otra lo que pudo haber ocurrido realmente. Estas ideas han sido seguidas por autores de gran envergadura como Hassemer, quien ha sostenido que atento a la cantidad de limitaciones que existen a la hora de buscar la verdad, la meta del proceso no

³⁵ Basta ver, en la actualidad, las cifras esgrimidas por el Innocence Project.

³⁶ FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 73.

puede estar dada por la búsqueda de la verdad material, sino por la obtención formalizada de la verdad, denotando que la verdad obtenida tras la realización del proceso no será sino una “verdad forense” que no necesariamente tendrá relación con la realidad.³⁷

Pero vale preguntarse ¿es correcto distinguir la “verdad formal” de la “verdad material”? ¿existe realmente una diferencia entre ambos conceptos? ¿es racional o, por lo menos, válido alegar que el proceso debe buscar “su propia verdad”?

A modo de anticipo, debemos decir que desde el plano racional todos los campos de conocimiento, por lo menos en lo que hace a los conocimientos empíricos, son limitados, ya que difícilmente logren poder sostener que el conocimiento adquirido es infranqueable, absoluto o certero³⁸. La explicación a ello, la cual se hace extensible al ámbito jurídico, esta dada en que la reconstrucción de los hechos (es decir, la averiguación de la realidad de los hechos acaecidos) se desarrolla a partir de indicios (hechos conocidos) que mediante la realización de razonamientos inferenciales dan paso a la conclusión.³⁹ Esta última siempre tendrá un carácter *probabilístico*, por lo que nunca podrá otorgar certezas absolutas (siempre habrá lugar para la duda o para la existencia de otra hipótesis plausible -por más remota o improbable que sea-).⁴⁰ Basta pensar que los conocimientos más sólidos e incluso

³⁷ HASSEMER, Winfried “*Fundamentos del derecho penal*”, Bosch, Barcelona, 1984, p. 191.

³⁸ Vale aclarar que varios autores al referirse a la *certeza* lo hacen desde un plano pura y exclusivamente subjetivo, equiparándolo al estado mental de convencimiento: véase Framarino dei Malatesta, quien en su obra “*Lógica de las pruebas en materia criminal*” alega “*la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva*”. Así, el autor sostiene que la certeza, considerada en su naturaleza intrínseca, no debe confundirse con la realidad exterior. En igual sentido BALCARCE F. “*La prueba en el proceso penal. Principios generales*”, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996, p. 56.

³⁹ Al respecto, FERNANDEZ RUIZ nos aclara que: “*Cabe distinguir en la palabra “argumento” un sentido fuerte y uno débil. En el sentido fuerte, “argumento” sería un razonamiento en el que, una vez sentadas ciertas proposiciones, otra proposición diferente se deriva de ellas de manera necesaria. En el sentido débil de “argumento”, la proposición deriva -da puede seguirse de las otras de una manera no necesaria, sino simplemente “verosímil”...El paradigma de argumento, en su sentido fuerte es el razonamiento analítico-deductivo. En él se parte de premisas necesarias y, mediante razonamientos rigurosamente deductivos se llega a premisas igualmente necesarias. En cambio la “argumentación” en su sentido débil parte de premisas tan sólo probables (entendiendo “probables” como “verosímiles” o “comúnmente aceptadas”) y llega a conclusiones igualmente opinables*”. (“*Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*”, en *Doctrina Jurídica* -revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-, Ciudad de México, 2017, p. 7).

⁴⁰ “*Para las nuevas epistemologías empiristas, el objetivo del conocimiento inductivo no es ya la búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las*

propiciados por las mentes más brillantes de una época han sido dejados de lado y calificados como falsos con el paso del tiempo; por ejemplo, en su momento se creía que la tierra era plana y, hace quinientos años, que el sol giraba a su alrededor. Tales “conocimientos” no eran más que la opinión dominante que, en un tiempo determinado, se correspondía con “la verdad”; cualquier hipótesis alternativa no era más que una disparatada creencia. Pero claro, tales consideraciones fueron modificándose, a tal punto que aquello considerado como un “conocimiento” en realidad no lo era, o quizás sí lo era y la equivocación, que pasó a ser dominante, vino luego: como dice el maestro cantor Joaquín Sabina “*las verdades científicas son como el amor: eternas mientras duran*”⁴¹.

En este punto, Ferrajoli sostiene que la *verdad procesal fáctica* (integrante de la *verdad procesal o formal* junto con la *verdad jurídica*) es en realidad un *tipo particular de verdad histórica*, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia.⁴² Citando a Lewis, explica que la verdad de estas proposiciones solo puede ser enunciada conforme a los *efectos* producidos (los *signos de lo pasado*), los cuales han sido dejados en el presente por los eventos ocurridos. La investigación judicial, entonces, consistirá en recolectar estos datos, procurando además la producción de nuevas fuentes de prueba (testimonios, careos, reconocimientos, pericias, inspecciones judiciales, etc.), pero sin que todo ello permita al juzgador *producir* los hechos delictivos objeto del juicio; es decir, no podrá examinar el hecho que se pretende juzgar por ser un hecho del pasado y, en consecuencia, ya ocurrido. El nexo entre las pruebas y la conclusión se sustenta en inferencias que solo generarán una conclusión con un valor *probabilístico* (por ejemplo, se podrá concluir que “*probablemente*” Juan ha matado a Pedro, pero sería imposible concluir de forma absolutamente certera que “Juan a matado a Pedro”, pues esto realmente nunca lo sabremos). Esta verdad, entonces, no estará demostrada como lógicamente deducida de las premisas, sino sólo determinada como

hacen probables. En esto radica su miseria, pero también su grandeza: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de probabilidad, un elemento de objetividad” (GASCON ABELLAN, p. 8).

⁴¹ Esta misma frase es utilizada por Ferrer Beltran en las primeras páginas de su libro “*La valoración racional de la prueba*” para evidenciar, en tan solo pocas palabras, su pensamiento.

⁴² FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 52.

lógicamente *probable* o razonablemente plausible según los principios de la inducción.⁴³ La verdad (no solo la procesal, sino la de cualquier campo de conocimiento empírico) siempre será una “verdad no definitiva, sino contingente, no absoluta sino relativa”, por lo que será “inevitablemente aproximativa respecto del modelo ideal de la correspondencia”.⁴⁴ Entonces, si bien el padre del garantismo esgrime la existencia de una “verdad procesal”, clarifica su concepto al decir que solo será una verdad *probable* y nunca absoluta.

En forma concordante, Ubertis esgrime que a la jurisdicción le corresponde y le concierne una “verdad judicial”, caracterizada por ser contextual y funcional al objetivo de hacer justicia (históricamente determinada por la particular composición de los valores presentes en el pueblo en cuyo nombre la justicia es administrada); incluso se refiere a “la ilusión” del conocimiento judicial objetivo, alegando que la pretensión de obtener una verdad absoluta es una tarea inalcanzable.⁴⁵

Taruffo, por su parte, niega la verdad absoluta asumiendo que toda verdad no es más que relativa y, en consecuencia, contextual. Se opone a la distinción entre verdad material y verdad procesal, pues incluso por fuera del proceso la verdad seguirá siendo relativa, todo ello sin negar la *verdad* (justamente, su postulado se estructura sobre la verdad como elemento imprescindible para la obtención de resoluciones *justas*). Más aún, de forma categórica expresa que la distinción entre verdad procesal y verdad material es “inaceptable” y que solo “la doctrina menos superficial” lo ha puesto en evidencia, esgrimiendo que “parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente ‘distinta’ y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas. La existencia de reglas jurídicas sirve, a todo evento, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, pero no por ello podremos consagrar la existencia de una verdad formal diferente de aquella de la que se habla por fuera del proceso. La escisión entre verdad procesal y verdad material no hace más que

⁴³ FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 53; aclaramos en este punto que -a nuestro modo de ver- todo razonamiento (por más que aplique una fórmula deductiva) descansará en algún punto en una inducción (la cual nos permita la creación de la regla aplicable y utilizada luego en el razonamiento deductivo); volveremos sobre este punto más adelante.

⁴⁴ FERRAJOLI, “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 51.

⁴⁵ UBERTIS, Giulio “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017, p. 14.

dejar sin contenido o, por lo menos, sin definición a esta última. Para el autor, la verdad siempre será relativa.⁴⁶

González Lagier, al repasar las distintas teorías filosóficas, explica que una afirmación sobre hechos es *verdadera* cuando tales hechos realmente ocurrieron, por lo que sostener que la verdad de una afirmación está probada solo evidencia que a criterio del juez tales hechos realmente han sucedido, sin que ello sea cierto. Lo que es inadmisibles es sostener que la afirmación es verdadera y que los hechos no han sucedido”.⁴⁷ En este punto, el autor distingue entre hechos externos, hechos internos y hechos interpretados, dando a entender que aquello que ocurre en el mundo exterior puede no ser captado o interpretado debidamente por el sujeto. Así, dejando de lado el escepticismo, el relativismo ontológico y/o epistemológico, asume un ideal emparentado con el objetivismo crítico, alegando que debemos ser conscientes de las dificultades para el conocimiento, pero sin caer en la desilusión radical acerca de la posibilidad de aprehender datos (suficientemente) objetivos de la realidad. Por ello, el objetivista crítico debe someter los hechos a un riguroso análisis tendiente a determinar en qué medida son independientes y en qué medida son construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad”.⁴⁸ Ya abocado a la verdad procesal, sostiene que nunca es absoluta, sino aproximativa, manifestando que los enunciados probados en el proceso son *probabilísticos*, al igual que ocurre con todas aquellas ciencias que operan con verdades, pues todo conocimiento científico (al fin y al cabo) descansa en razonamientos inductivos. Entonces, en el ámbito del proceso, “un enunciado X es una *verdad procesal* cuando, a través de los medios procesales previstos en el Derecho, con sus exigencias y limitaciones, un órgano judicial ha llegado al convencimiento de que es altamente probable que ese enunciado

⁴⁶ TARUFFO, Michele “*La prueba de los hechos*”, Trotta, 2011, p. 24.

⁴⁷ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 37.

⁴⁸ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 40.

describa un hecho realmente ocurrido”; lo que hace *procesal* a la verdad es el contexto en el que se obtiene, nada más.⁴⁹

Gascón Abellán, al tomar como referente a Ferrajoli, manifiesta la necesidad de adoptar un modelo *epistemológico cognoscitivista* cuyo núcleo básico estaría constituido por las siguientes notas: a) los enunciados fácticos se conciben como *descripciones* de hechos que tienen existencia independiente de esos enunciados; y b) decir que los enunciados fácticos son verdaderos significa que los hechos han sucedido (el concepto de verdad es el semántico de la verdad como correspondencia o adecuación). De esta forma, la autora asume un modelo basado en una epistemología mínimamente realista que permite mantener la esperanza en un conocimiento objetivo; concretamente, el conocimiento de los hechos es concebido como la relación entre sujeto cognoscente y mundo real, lo cual permite calificar el conocimiento como verdadero o falso, dependiendo de que los acontecimientos que describen hayan sucedido o no (la autora avanza en la idea desarrollando desde distintos planos -conceptual, práctico y valorativo- la conveniencia de asumir este modelo).⁵⁰ Por otro lado, la autora sostiene que hay que tomar conciencia del carácter *relativo* y no absoluto del *conocimiento* alcanzado, y que tal vez por ello sea preferible hablar de *probabilidad* o conocimiento *probable* en lugar de *verdad*.

Con buen criterio el maestro Ferrer Beltrán rechaza la distinción entre verdad formal y verdad material alegando que entre prueba y verdad existe una relación *teleológica*, pero *no conceptual*. Si bien es cierto que el proceso, a partir de la realización de la prueba, debe ir en búsqueda de la verdad, no se puede asumir que la misma se constituye a partir de la definición del caso. Que el juzgador haya determinado que se encuentra probado determinado enunciado, no implica que tal enunciado sea verdadero (pues quizás no lo es). Sin titubear, el autor explica que *‘está probado que p’* debe ser entendido como *‘hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de p’*, sin que *p* sea

⁴⁹ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 104.

⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 65.

necesariamente verdadero. Está claro que, en el caso de la prueba judicial será el juez o tribunal (o, en ocasiones, el jurado) quien tenga que tomar una decisión acerca de la existencia o inexistencia de elementos de juicio suficientes para aceptar *p* como probada. Pero puede suceder que esa decisión resulte errónea; no porque no sea verdadera, sino porque los elementos de juicios no satisfacen dicho estándar probatorio. Así, puede suceder que el juzgador debidamente tenga por probado un hecho (y que las constancias del expediente así lo avalen) pero sin que el mismo sea *verdadero*; en este último caso, se producirá una disociación entre lo que el juez o tribunal declara o tiene por probado y lo que realmente *ocurrió* (o es verdadero). De este modo, a diferencia de lo que ocurre en las concepciones subjetivistas o irracionalistas de la prueba, la *verdad* de un enunciado probatorio (del tipo ‘está probado que *p*’) no depende de lo que resuelva el juez, un tribunal o un jurado, pues ellos pueden decidir tener por probado *p* (declararlo probado), pero la *verdad* del enunciado probatorio no dependerá de su decisión, sino exclusivamente de su correspondencia con el mundo. Entonces, asumiendo que un enunciado *probado* no necesariamente es *verdadero*, el autor propone dejar de lado el término *verdad*, asumiendo que la decisión del juzgador no hace más que tener por probado *p*, es decir, que “ha aceptado *p* como verdadera en su razonamiento”, sin que necesariamente lo sea⁵¹; por todo ello debe ser abandonada la distinción entre tipos de verdades, asumiendo que la correcta distinción debería ser entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero” o “ser aceptado como verdadero”.⁵²

Por nuestra parte, asumimos en un todo el postulado del maestro Ferrer Beltrán a la par que entendemos que parcialmente debe complementarse con el de Gascón Abellán. La doctrina procesal, al advertir la existencia de reglas contra-epistémicas, no tuvo mejor idea que crear su propio concepto de verdad: una verdad que no es verdad, pero que, en el ámbito procesal y para la ciudadanía, debe serlo o, por lo menos, debe ser considerada como tal. No se comprende este pensamiento, pues, independientemente de que hoy en día es netamente mayoritario en el plano doctrinal, no hace más que evidenciar la existencia de

⁵¹ FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 77.

⁵² FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 75.

una “no verdad” camuflada de “verdad”. Al respecto, cabe preguntarse ¿cómo es posible que exista más de una verdad? Pues no es posible. El enunciado fáctico “Juan mató a Pedro” es verdadero o no lo es, pero no “verdadero formalmente” y no “verdadero materialmente”; volviendo a Carnelutti “*la verdad es como el agua: o es pura o no se verdad*”.

De igual forma, rechazar la distinción entre verdades asumiendo que esta es relativa también es criticable pues, como expresa Hessel, se incurre en una contradicción análoga a la del escepticismo (al contradecirse a si mismo y sostener que no hay ninguna verdad). Alegar que no existe ninguna verdad “universalmente válida”, sosteniendo que la verdad siempre es “relativa”, no es más que un sinsentido, en tanto el solo hecho de afirmar la no existencia de una verdad universalmente válida refleja una afirmación esgrimida como universalmente válida: “la verdad no es universalmente válida”. De allí que la validez universal de la verdad, justamente, está fundada en la esencia de esta; la verdad significa la concordancia del juicio con la realidad objetiva, por lo que, si existe esta concordancia, no tiene sentido limitarla a un número determinado de individuos. Si existe, existe para todos.⁵³

La decisión final no determinará *la verdad* de los enunciados fácticos, sino solo determinará que han sido *probados* (dependiendo, por supuesto, del *estándar probatorio* consagrado por la legislación en concreto, el cual determinará el grado de suficiencia que debe alcanzar un enunciado fáctico para ser efectivamente considerado como *probado*) y, a lo sumo, que el suceso fáctico *probablemente* haya sucedido (este punto será tratado detenidamente más adelante)⁵⁴. En el fondo, creemos que la verdad no es *relativa*, la verdad es universal o única; en todo caso, lo relativo es el conocimiento que se tiene sobre ella.⁵⁵

⁵³ HESSEN, Johannes, “*Teoría del conocimiento*”, Editorial Losada, Buenos Aires, 1982, p. 42.

⁵⁴ La cuestión será abordada con mayor detenimiento más adelante cuando tratemos la relación entre *prueba* y *verdad*.

⁵⁵ Volveremos sobre estos puntos más adelante cuando abordemos la relación entre *prueba* y *verdad*.

Entonces, en base a esto último y asumiendo que el decisorio judicial no determinará la verdad de ningún enunciado fáctico ¿tenemos que dejar de lado la búsqueda de la verdad?

Claro que no. La verdad debe seguir siendo el faro que guía nuestro andar a lo largo del proceso; la búsqueda de la verdad será necesaria, pero a sabiendas de que dicha búsqueda no necesariamente terminará en un buen puerto o, si se quiere, a sabiendas de que dicho puerto pueda llamarse “verdad”.

1.2. Prueba, verdad y razonamiento probatorio

1.2.1. Breves consideraciones sobre la “prueba”

En términos generales se considera a la prueba como aquel fenómeno observable o perceptible con aptitud para ser utilizado como premisa de un razonamiento que conducirá a una conclusión respecto de algún asunto de interés⁵⁶ o, más sencillamente, lo que corrobora, justifica o da la razón de algún hecho o circunstancia⁵⁷.

Las personas, en sus actividades cotidianas, se valen de pruebas para poder sacar conclusiones con relación a determinadas situaciones; por ejemplo, el llanto del bebe es *prueba* de que tiene hambre, el agua sobre el asfalto es *prueba* de que ha llovido, las ramas quebradas son para el cazador una *prueba* de que un animal ha transitado por allí, etc. (todo ello sin perjuicio de que tales afirmación quizás no sean correctas, pues el bebe puede estar llorando por estar asustado o el asfalto puede estar mojado por una filtración en una cañería). Pero la prueba no solamente es importante para el desarrollo de la vida diaria, sino también es relevante para la ciencia o distintas disciplinas como por ejemplo la medicina, que se vale de los síntomas o signos (*pruebas*) para determinar que una persona

⁵⁶ ACCATINO, Daniela “*Apuntes sobre el concepto de prueba en el Derecho*”.

⁵⁷ BALCARCE F. “*La prueba en el proceso penal. Principios generales*”, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996, p. 15.

está sufriendo o ha sufrido alguna enfermedad; de igual forma que para la psicología, arqueología, botánica, arquitectura, física, biología, etc.⁵⁸.

En lo que hace al ámbito procesal, la prueba presenta ciertas limitaciones que no existen en otros ámbitos de la experiencia (como las ciencias)⁵⁹: la primera limitación se relaciona con el marco en el que se desarrolla la actividad probatoria y en el que el juzgador decide sobre los hechos probados (existe un lapso temporal prefijado y son las partes quienes tienen la posibilidad de aportar medios de prueba en favor de los hechos que defiendan); la segunda limitación está dada por la institución de la cosa juzgada (a diferencia de cualquier otro ámbito de conocimiento, el derecho pone fin a la discusión, estableciendo un límite temporal bien preciso); finalmente, la tercera limitación se corresponde con la existencia de una apreciable cantidad de reglas jurídicas (reglas que establecen cómo y cuándo debe presentarse la prueba, cuál puede ofrecerse y cuál no, cómo debe ser apreciada, etc.).⁶⁰

Pero más allá de estas cuestiones, hablar de “prueba” en el ámbito del proceso no siempre es hablar de lo mismo. Concretamente el término “prueba” puede ser utilizado: a) para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez (prueba testimonial, prueba pericial, prueba documental, etc.); b) para referirse a

⁵⁸ DEVIS ECHANDÍA, “Teoría general de la prueba judicial”; Carnelutti, por su parte, explica que “en el lenguaje común, prueba se usa como comprobación, de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada.... En este sentido, justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen, pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen. Sin embargo, ya en el lenguaje común se produce una transposición (traslación) en el significado del vocablo, en virtud de la cual, prueba no designa tan sólo la comprobación, sino asimismo el procedimiento o la actividad usada para la comprobación; la prueba no es ya la demostración de la exactitud de la operación aritmética obtenida mediante otra operación, sino esta misma operación; prueba no es ya la comprobación de la verdad de una afirmación mediante el conocimiento del hecho afirmado, sino este mismo conocimiento cuando se obtiene para la comprobación de la afirmación. Se opera así un cambio entre resultado y procedimiento o actividad, que responde en sustancia a una función intransitiva o transitiva del vocablo. En este sentido, es justo decir que el objeto de prueba son los hechos y no las afirmaciones: los hechos se prueban, en cuanto se conozcan, para comprobar las afirmaciones” (p. 38).

⁵⁹ FERRER BELTRAN, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, Estudios Sobre la Prueba. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p.5

⁶⁰ Un acabado desarrollo de estos postulados puede verse en FERRER BELTRAN, Jordi, “La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión”, Estudios Sobre la Prueba. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006, p.5

la acción de probar (alegando que le corresponde al actor o al demandado la prueba de tal o cual hecho); y c) para designar el resultado producido por los medios aportados (a lo cual diremos que un enunciado fáctico ha sido probado o no)⁶¹. Por otro lado, es importante no confundir la prueba con el “objeto de la prueba”, el cual en un sentido amplio se correspondería con cualquier hecho que puede ser objeto de conocimiento (desde esta perspectiva podemos sostener que la prueba tiene por objeto la demostración de la existencia de un hecho, pero también puede tener por objeto la inexistencia de algún hecho).⁶² En base a ello será el lector quien deberá determinar qué sentido asignarle al término, para lo cual deberá analizar el contexto en el cuál ha sido utilizado.

1.2.2. El funcionamiento de la prueba en el proceso y su relación con la verdad.

Existen dos cuestiones gravitantes que deben ser analizadas a los efectos de comprender esta investigación: 1) los modelos de funcionamiento de la prueba; y 2) la relación entre prueba y verdad.

Con relación al primer punto, debemos decir que existen dos modelos de funcionamiento de la prueba: uno subjetivo y otro objetivo⁶³.

⁶¹ ALSINA, Hugo, “*Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, T. III, 1961, Buenos Aires, Ediar, p. 224; por su parte, Florian refiere que el término prueba puede indicar: “1) la materia que debe probarse y propiamente el objeto de la prueba; 2) la actividad de los sujetos procesales y de los terceros, que la verdad de los hechos averiguan y establecen; 3) los medios que se emplean para esta investigación; 4) el procedimiento en que se desarrolla la prueba; 5) el resultado; ya sea específico de un medio especial de prueba, ya sea total del conjunto de las pruebas tomadas, esto es, en el sentido de que la comprobación de determinado objeto de prueba sea obtenida o no lo sea. Por ello, cuando se habla de prueba unas veces se hace referencia a su contenido sustancial, otras a su manifestación formal, y otras, en fin, al resultado que de ella surge”; en forma similar, CAFFERATA NORES, “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 13; BALCARSE más sencillamente se refiere la prueba desde dos puntos de vista: uno dinámico (el cual se corresponde con la actividad probatoria) y uno estático (emparentado con los medios o elemento) (BALCARSE F. “*La prueba en el proceso penal. Principios generales*”, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996, p. 15.

⁶² ALSINA, Hugo, “*Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*”, T. III, 1961, Buenos Aires, Ediar, p. 239; en realidad, para ser más precisos, deberíamos aclarar que los hechos no se prueba, lo que se prueba es el enunciado que hace referencia a la existencia o inexistencia de un hecho.

⁶³ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 25.

El primero (modelo subjetivo) pone al juez en el centro de la escena, asumiendo que la prueba tendería a generar el convencimiento del magistrado con relación a la existencia de los hechos que hacen al caso en concreto (es decir, la prueba serviría para *convencer* al juez)⁶⁴. Quizás el autor de mayor renombre que ha asumido este postulado ha sido Chiovenda al sostener que probar significa “crear el *convencimiento* del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”; en igual sentido, Gorphe al asumir que la prueba “tiende a convencer al juez”⁶⁵. Más explícitamente y también más contemporáneo, Chaia explica que el proceso y concretamente la prueba a partir de las labores desarrolladas por las partes, pretenden lograr la *convicción* del magistrado, alegando que como la verdad es un objetivo inalcanzable en el ámbito del proceso, directamente no debe ser ni siquiera buscada (para el autor, hablar de “verdad” es lisa y llanamente hablar del *convencimiento del juez*, en tanto la verdad es algo que “se construye”; de allí sus frases “la verdad es la convicción de culpabilidad” y -ya con relación a la actividad probatoria- “no se habla de ‘probar’ la verdad de los hechos debatidos sino de obtener la razón”).⁶⁶

El modelo objetivo, en cambio, aparta al juez del centro de la escena, estableciendo que la verdad, entendida como *correspondencia*⁶⁷, es el fin último de la institución

⁶⁴ Este modelo o forma de concebir la prueba es habitualmente conocido como “concepción persuasiva” de la prueba el cual, citando a FERRER BELTRAN, podríamos caracterizar bajo los siguientes puntos: “a) la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; b) la defensa de una versión muy fuerte del principio de inmediación, de modo que se reserva casi en exclusividad al juez de primera instancia la valoración de la prueba; c) exigencias de motivación muy débiles o inexistentes respecto de la decisión sobre los hechos; y d) un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control o revisión del juicio sobre los hechos en sucesivas instancias. Como puede observarse, la combinación de estas distintas notas nos sitúa ante un modelo perfectamente coherente, pero carente de racionalidad desde el punto de vista epistemológico” (FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 62).

⁶⁵ GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 34; en igual sentido CARRARA, Francesco “*Programa de derecho criminal*”, Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972, p. 381, FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, T. 2, TEMIS, Bogotá, 1976, 112.

⁶⁶ CHAIA, Rubén A., “*Técnicas de litigación penal*”, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 28 y 169.

⁶⁷ Una clara y breve explicación de la teoría de la verdad como correspondencia y su diferencia con las distintas teorías de la verdad puede verse en GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010; en igual sentido y para los mismos fines FERNANDEZ RUIZ, Graciela “*Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*”, TARUFFO, “*Simplemente la verdad*”,

probatoria (es decir, la prueba no busca convencer al juez, sino el acercamiento a la verdad). Ya no importará si el magistrado se convenció o no de la culpabilidad del acusado; importará solo si las pruebas obrantes en autos han sobrepasado el estándar probatorio preestablecido por el ordenamiento jurídico procesal para considerar al enunciado fáctico como “probado”. Pongámoslo con un sencillo ejemplo: supongamos un debate donde se pretende determinar si Pedro ha matado a Juan. Pues bien, si no tenemos pruebas concretas que hagan pensar que Pedro es el autor del delito, el juez, por más convencido que esté, no podrá condenarlo, pues el basamento probatorio no avalaría dicha decisión. En cambio, si las pruebas obrantes en la causa (prueba pericial, testimonios, etc.) avalan la hipótesis acusatoria rebasando el estándar probatorio exigido por el código procesal, entonces el juzgador deberá condenar, incluso aunque no esté totalmente convencido de la culpabilidad.⁶⁸

La diferencia es explicada claramente por Taruffo al manifestar que el modelo subjetivo no hace más que considerar a la prueba como una herramienta *persuasiva* con una función netamente *retórica*; en cambio, para la corriente objetiva la prueba sería una herramienta de *conocimiento* y, en consecuencia, su función sería *epistémica*. Así, una perspectiva racional solo tendría correspondencia con el segundo postulado, pues la *persuasión retórica* es un fenómeno que se plantea en la vertiente de los hechos psicológicos, pudiendo desencadenar en las personas cualquier consideración sobre la existencia de los hechos por más ilógicos o irracionales que fueren (creer que la tierra es plana y que el sol gira alrededor de la misma es una posibilidad; incluso, al día de hoy mucha gente lo cree).⁶⁹ Yendo más allá, el maestro italiano relaciona los distintos modelos con cuestiones relativas a los sistemas de valoración probatoria al sostener que “*según la*

GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997. Ya si lo que se pretende es un detallado y riguroso análisis de las teorías de la verdad puede encontrarse en SUCAR, German “*Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

⁶⁸ Una crítica a los estándares probatorios subjetivos puede verse en LAUDAN, Larry “*¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?*”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ISSN: 0214-8676 pp. 95-113.

⁶⁹ TARUFFO, “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 31.

*versión más radicalmente subjetivista del concepto de la intime conviction [íntima convicción]... la valoración de las pruebas y, por lo tanto, las decisiones sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, inescrutable e irreduciblemente subjetiva, que por razones desconocidas surge en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. De hecho, está claro que esta interpretación del principio de la libre convicción del juez representa el fundamento de una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos. La opción a favor de una concepción racionalista supone, en cambio, que el principio de la libre convicción del juez se interprete en el sentido de que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas ha de ejercerse según criterios que garanticen el control racional de la misma. Esto supone, a su vez, que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba”.*⁷⁰

Couture, por su parte, advierte la existencia de esta divergencia al referir que la prueba puede ser entendida como “verificación” y como “convicción”, pero aclara que no necesariamente estamos ante modelos opuestos, sino que ambos tendrían vigencia en el marco de un mismo proceso: mientras el primero se podría relacionar con las labores del juez, quien debe verificar la exactitud de las proposiciones esgrimidas por las partes a lo largo del juicio (búsqueda de la verdad), el segundo se vincularía con una visión más cercana a las partes, quienes, efectivamente, pretenden convencer al magistrado de que sus alegaciones son las que se corresponden con la realidad de los hechos.⁷¹

Si bien coincidimos con el doctrinario uruguayo, creemos que un análisis correcto de la prueba y sus funciones no puede ser realizado a partir de los intereses de las partes, sino a partir de los fines del proceso y todo ello en el marco de la imparcialidad. Si asumimos que el proceso tiende a la búsqueda de la verdad, como hemos hecho, debemos apartarnos de las posturas que ponen énfasis en la obtención de la convicción del juzgador. Nadie niega que las partes, o por lo menos aquellas que no tienen la obligación de actuar

⁷⁰ TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 22.

⁷¹ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil”, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 217; en igual sentido, TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 31.

con el deber de objetividad, solo busquen convencer al juzgador, pero esto no deberá condicionar el entendimiento que realicemos sobre el concepto prueba y sobre su finalidad en abstracto y con relación al proceso. La cuestión debe ser abordada desde la óptica del juzgador y no desde los eventuales intereses que puedan tener las partes (pues incluso no todos los intervinientes tendrán los mismos intereses⁷²); en caso contrario, es decir, poniendo énfasis solamente en la obtención de la convicción del juzgador, nos alejaremos seguramente del camino correcto para la obtención de soluciones *justas*⁷³.

Pasemos al segundo tema propuesto: la relación entre prueba y verdad.

Explica Ferrer Beltrán que existen dos postulados explicativos: 1) entre prueba y verdad existe una relación *conceptual*; 2) entre prueba y verdad existe una relación *teleológica*.

El primero, sostenido por la doctrina que podríamos denominar clásica (que a su vez es ampliamente mayoritaria en los procesalistas)⁷⁴, se sustentaría en que una proposición está probada solo si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor (la verdad, entonces, sería una condición necesaria, pero no suficiente para determinar que una proposición esté probada). Para los autores que adhieren a esta concepción la prueba no

⁷² Por ejemplo, si bien algunas víctimas pretenden obtener un veredicto condenatorio, seguramente la mayoría obtendrá conocer verdaderamente lo acaecido para que el veredicto condenatorio no recaiga sobre un inocente.

⁷³ Sin perjuicio de ello, aclara Ferrer Beltrán que “*si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, también lo es que ese no es el único objetivo. Como también señala Van Fraasesen (1980:24), decir que algo es la finalidad de una institución o actividad, no excluye que existan otras finalidades o propósitos. Y éste es el caso de la regulación jurídica de la prueba, que en muchos casos puede ser entendida como la imposición de reglas de excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección de otros valores, que comparten protección jurídica con la averiguación de la verdad*” (FERRER BELTRAN, Jordi “*Valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 31).

⁷⁴ Ferrer Beltrán, en cambio, no considera que tal postulado sea mayoritario y alega que partir de la primera mitad del siglo XX se alzaron voces doctrinales rechazando explícita y claramente la distinción entre diversos tipos de verdades, convirtiéndose -desde entonces- en un postulado ampliamente mayoritario (FERRER BELTRAN, Jordi “*Valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 16). Creemos que, en esta oportunidad, no le asiste razón al catedrático de la Universitat de Girona en tanto la doctrina procesal (me refiero a la doctrina procesal propiamente dicha, la cual se encuentra alejada de los postulados filosófico-jurídicos) en su gran mayoría aún sigue manteniendo la distinción (basta con ver cualquier manual de derecho procesal o programa universitario de la materia).

sería más que un “medio para *establecer* la verdad de un hecho”⁷⁵, de tal forma que la fuerza del enunciado “*está probado que p*” sería *constitutiva*, denotando la imposibilidad de afirmar su falibilidad⁷⁶.

En cambio, el segundo postulado sostiene que entre prueba y verdad existe una relación *teleológica*, evidenciando que la finalidad de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad de los hechos, pero sin adjudicar a la verdad ningún papel definitorio.⁷⁷ Es decir, la prueba pretende acercarnos a la verdad, pero no por ello debemos considerar al hecho probado como verdadero. Pongamos un sencillo ejemplo: supongamos un proceso donde se pretenda determinar quién ha sido el autor de un abuso sexual producido contra una joven niña; en dicho contexto y habiendo realizado el debate, la víctima reconoce al imputado como autor del delito a la par que otras testigos esgrimen que el autor del delito tiene las mismas características físicas que el imputado (altura, color de piel, rasgos faciales, etc.). En base a este contundente plexo probatorio el juzgador no tiene más remedio que condenar a quien hasta el momento era solo un sospechoso. Pues bien, tal condena no torna al hecho como *verdadero*; lo que no quiere decir que no lo sea. Puede ser que efectivamente la persona condenada haya cometido el delito, como también puede ser que los testigos hayan mentido o que el imputado tenga un hermano gemelo o que la víctima sencillamente se haya confundido, etc. De tal forma, la decisión judicial que resuelve “*está probado que p*” no determinará la *verdad* sobre *p*, sino que solo referirá que existen elementos de juicio suficientes en favor de *p*.⁷⁸

⁷⁵ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 30.

⁷⁶ Una clara explicación puede encontrarse en FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁷⁷ FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 55: “*vale la pena señalar una diferencia entre las dos tesis presentadas que muchas veces se olvida: la primera de las tesis supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado, esto es, plantea una determinada posición acerca de la posibilidad de que una proposición sobre un hecho esté probada y resulta, contemporáneamente, falsa. En cambio, la segunda de las tesis, plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria. Si no se percibe esta diferencia entre las dos tesis presentadas, cayendo en la trampa de la ambigüedad del término ‘prueba’, se tiende a vincular ambas tesis, ya sea para sostenerlas ambas indistintamente, ya sea para rechazarlas*”.

⁷⁸ Para desarrollar con mayor profundidad esta cuestión véase FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005, obra en la que el autor trata de forma pormenorizada la “fuerza” y el “sentido” del enunciado “*está probado que p*”. De tal forma explica que la fuerza del enunciado referido puede ser: a) constitutiva; b) normativa; o c) descriptiva (esta última sería la adoptada por el autor); por otro

Asumir esta última tesis, en correlato con el entendimiento del funcionamiento de la prueba bajo un modelo objetivo, es fundamental para comprender debidamente esta investigación, pues si asumiéramos que la prueba es pura retórica y que con su producción solo se pretende convencer al juzgador quien, luego de convencido, determinará la realidad de los hechos, no lograremos otra cosa sino la teatralización del proceso y, a fin de cuentas, la concreción de una verdad no verdadera. Por ello, y en contra de esto último, creemos que el proceso debe ir en búsqueda de la verdad por medio de la prueba, pero asumiendo que la decisión final no determinará la realidad de los hechos, sino solo su probable ocurrencia.

1.2.3. El razonamiento probatorio

1.2.3.1. El razonamiento probatorio y su conclusión probabilística

Todo lo antedicho se correlaciona con el tema que trataremos a lo largo de los siguientes párrafos, en los cuales intentaremos contestar la siguiente pregunta: ¿por qué decimos que el decisorio judicial solo podrá alcanzar un grado de *probabilidad* y no de *certeza*?

Aquí la respuesta:

Más allá que anteriormente aclaramos que el objeto de prueba se corresponde con la búsqueda de hechos pasados, no explicamos qué debe entenderse por “hechos”. En este punto seguiremos las enseñanzas de González Lagier quien sostiene que, si bien por “hecho” podría entenderse todo aquello que existe en el mundo espacio-temporal, distinguiendo (como tipos de “hechos”) a los eventos (la caída de una silla) y a los objetos (una silla), en el ámbito jurídico el término “hecho” parecería estar destinado solamente a los eventos (denotando que el objeto de prueba se correspondería con *eventos*), los cuales

lado, explica que según el sentido, el enunciado “está probado que p” puede ser entendido como “es verdad que p”, “el juez ha establecido que p” o “hay elementos de juicio suficientes a favor de p” (adoptando el autor este último). Recomendamos su íntegra lectura.

pueden ser entendidos en sentido genérico o individual; por ejemplo, las erupciones volcánicas o los descarrilamientos de trenes serían hechos genéricos, mientras que la erupción del volcán Etna en julio del 2002 o el descarrilamiento del expreso de Irún serían hechos particulares. Cuando en el proceso judicial sostenemos que un hecho debe ser probado, nos referimos a estos últimos, es decir, a los hechos particulares; en cambio, cuando hablamos de hechos descritos en las normas como desencadenantes de las consecuencias jurídicas, lo hacemos en el primero de los sentidos. Sugiere el autor, como propuesta clasificatoria, que los hechos deben ser distinguidos según “hechos externos” (acaecimientos empíricos, realmente ocurridos, desnudos de subjetividades e interpretaciones), “hechos percibidos” (conjunto de datos o impresiones que el hecho externo causa en nuestros sentidos) y “hechos interpretados” (descripción o interpretación que hacemos de tales datos sensoriales); en tal punto, explica que no es lo mismo el hecho real “Juan agita su brazo”, la percepción que un observador tiene de ese movimiento y la interpretación que hace de esos movimientos (un saludo, una amenaza, etc.). Entre el hecho externo y el percibido pueden suceder problemas de percepción y entre el hecho percibido y el hecho interpretado problemas de interpretación.⁷⁹

Asumimos entonces que el proceso pretenderá el mayor acercamiento posible al conocimiento de los “hechos externos”, es decir, a aquellos hechos que existen ontológica e independientemente del sujeto que los percibe e interpreta. Por ejemplo, le importará saber si Juan mató a Pedro y no la percepción o interpretación del testigo sobre tal suceso, aunque, y aquí el *quid* de la cuestión, tal percepción (la cual se exteriorizará mediante el relato del testigo) será el punto de partida sobre el cuál podremos conocer si Juan mató o no a Pedro.⁸⁰

El razonamiento probatorio, entonces, pretenderá a partir de la evidencia recolectada (por ejemplo, el relato del testigo) *descubrir* si los hechos externos han o no existido⁸¹.

⁷⁹ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 20.

⁸⁰ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 54

⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 103.

Pero claro, esta tarea no es sencilla, en tanto el juez, por más esfuerzo que haga y por más prueba que produzca, no podrá ponerse en contacto directo con los hechos, pues los mismos ya han ocurrido (correspondiéndose con el pasado).

La actividad antedicha es propia de las ciencias *ideográficas*, las cuales se contraponen con las ciencias *nomotéticas*. Las primeras pretenden dar cuenta de sucesos únicos e irrepetibles (por ejemplo, un homicidio); en cambio, las segundas buscan establecer leyes generales repetibles indefinidamente. Decimos que las labores del magistrado se corresponden con la primera, pues este pretende averiguar la existencia de hechos que ya han transcurrido, es decir, hechos que ya no existen (algo similar a lo que ocurre con el historiador, el cual es un típico ejemplo de ciencia ideográfica). Esto denota una importante diferencia entre la actividad judicial y la del científico propiamente dicho, en tanto los procedimientos empíricos que utiliza la ciencia para verificar los enunciados generales sobre hechos son la observación, la medición y, sobre todo, la experimentación (véase por ejemplo la actividad de un químico); en cambio, el juez, para la verificación de los enunciados fácticos que constituyen las pruebas, no se vale del experimento. Los hechos del pasado (los cuales le interesan al juzgador) no son susceptibles de ser *reproducidos*; en realidad, lo que puede hacer el juez es *producir* nuevas fuentes de prueba (interrogatorios, careos, pericias, etc.), pero nada más, pues los hechos pasados son del pasado.⁸² Por ello es importante buscar las “huellas” que pudieron haberse originada a raíz del suceso fáctico, ya que estas son las evidencias o los indicios sobre los cuales luego se podrá estructurar el razonamiento que permita arribar a una decisión final sobre la *probable* existencia del suceso.⁸³

⁸² Sobre la distinción entre las ciencias ideográficas y las nomotéticas y, más concretamente sobre la analogía entre la labor del juez y la del historiador, explica Ferrer Beltrán que “*la distinción entre esos dos tipos de ciencias es más bien gradual. Esto es, las ciencias nomotéticas, aun las que podrían considerarse puras (como la electrodinámica teórica), deben tomar en cuenta casos particulares como única forma de aportar fundamento empírico a las leyes generales; y las ciencias ideográficas deben usar leyes generales como fundamento de las determinaciones de sucesos individuales. En resumen: creo que resulta más relevante para un correcto análisis del razonamiento probatorio el elemento de que se trata de probar hechos individuales irrepetibles que el elemento de que se trata de hechos pasados*” (FERRER BELTRAN, Jordi “*Valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 35).

⁸³ CARNELUTTI, Francesco “*Las miserias del proceso penal*”, Temis, Bogotá-Colombia, 1989, p. 45: “*Sería necesario, saber, ante todo, que es un hecho. Son palabras que se emplean intuitivamente; se las comprende de manera aproximativa; pero es necesario que nos detengamos a reflexionar sobre ellas. Un*

La actividad probatoria se encuentra integrada por tres momentos: 1) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre los cuales se adoptará una decisión; 2) la valoración de estos elementos; 3) la toma de decisión.⁸⁴ Todos ello hace al razonamiento probatorio.

Intentemos trasladar esto a la práctica:

Supongamos que se investiga la muerte de una mujer cuyo cadáver ha sido encontrado por la policía. Primeramente, debemos obtener *información* para desarrollar una hipótesis medianamente razonable de lo ocurrido, pues sin información las hipótesis serán infinitas. Asumamos que esta primera información es la declaración de un testigo (Juan) quien manifiesta haber visto esa noche a la mujer peleando con su pareja (una persona conflictiva y muy agresiva). A partir de este dato podremos establecer una primera hipótesis de trabajo: la mujer fue asesinada por su pareja. Supongamos ahora que, tras varios días de investigación se logra obtener: 1) autopsia que establece que la mujer ha muerto como consecuencia de heridas corto punzantes; 2) declaración de un vecino (Pedro) quien manifiesta que la mujer se encontraba en pareja con un sujeto con el cual convivía hace ya muchos años; 3) declaración de otro vecino (Jose) que se expresa en igual sentido, pero añade que este sujeto era demasiado conflictivo y que todas las noches discutían fuertemente; 4) declaración de un último vecino (Carlos) quien alega desconocer si estos sujetos realmente eran pareja, pero reconoce que era frecuente oírlos pelear por las noches. Para comenzar a comprender cómo se desarrolla el razonamiento probatorio, y en este caso asumiendo que estamos mayoritariamente ante prueba testimonial, debemos dejar en claro lo siguiente: la declaración del testigo, por sí sola, no da cuenta de que ambos sujetos estuvieran en pareja ni que existieran peleas previas ni que la pareja de la mujer era una persona conflictiva; solo da cuenta y refleja que el testigo Juan *dijo* tal cosa, que el testigo Pedro *dijo* tal otra, y así sucesivamente (es decir, la información obtenida da cuenta de que

hecho es un trozo de historia; y la historia es el camino que recorren, desde el nacimiento hasta la muerte, los hombres y la humanidad. UN trozo de camino, pues. Pero de camino que se ha hecho, no del camino que se puede hacer. Saber si un hecho ha ocurrido o no, quiere decir volver atrás. Este volver atrás es lo que se llama hacer la historia... las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer o, mejor aún, para reconstruir la historia ¿cómo hace quien, habiendo caminado a través de los campos, quiere recorrer en sentido contrario el mismo camino? Sigue las huellas de su paso”.

⁸⁴ FERRER BELTRAN, Jordi “Valoración racional de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 41.

“el testigo Juan *dijo* que la mujer se encontraba en pareja”, pero sin poder concluir, efectivamente, que la mujer estuviera en pareja, pues el testigo puede estar equivocado o puede estar mintiendo). Ahora bien, toda esta información parece confirmar la hipótesis inicial por lo cual el juzgador decide condenar a la pareja de la mujer por el delito de homicidio. Como se puede observar esta conclusión, por más correcta que pueda parecer, no necesariamente se corresponde con lo realmente ocurrido, pues incluso asumiendo que los testigos hayan declarado honestamente y que la autopsia haya sido debidamente realizada, nada obsta a que producto de problemas mentales sumados a los conflictos con su pareja la mujer haya decidido quitarse su propia vida mediante la utilización de un cuchillo de su cocina. Como deja en evidencia el caso, asumir que el hecho ha sido probado y en consecuencia considerar que ha existido, no significa que verdaderamente esto haya sido así, aunque *probablemente* así lo fuera.

Si pretendiéramos poner en evidencia lo antedicho mediante su esquematización, podríamos hacer mención a Toulmin, en tanto su esquema -quizás- sea el más utilizado a la hora de explicitar los razonamientos del juzgador que hacen a la argumentación del decisorio; el autor, un londinense nacido en 1922 que más tarde se doctoró en la Universidad de Cambridge, se opuso a la concepción de la lógica reducida a una ciencia formal, pregonando una dimensión pragmática de la argumentación y remitiendo todo su examen a la dimensión sintáctica (a la conformidad con las reglas o esquemas de proceder en la concatenación de argumentos). En este punto, explicó que la lógica formal realiza un aporte insignificante al razonamiento práctico, a la explicación de la vida diaria y a la toma de decisiones, por lo que la búsqueda de certezas absolutas de tipo empírico es un óbice en la capacidad razonable del pensamiento para mejorar las vidas. De allí su perspectiva práctica o aplicada.⁸⁵

Concretamente, sostenía que la corrección de un argumento deviene de una cuestión procedimental, a partir de los siguientes elementos: la hipótesis se identificará como la “pretensión” o *claim* (es decir, aquello que se quiere demostrar, concluir, acreditar); ante la puesta en duda de la pretensión, la misma se deberá sustentar en las “razones” o *ground*

⁸⁵ Véase, CHAUMET, Mario E. “Argumentación”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 120.

pues, utilizando el mismo ejemplo, podría ocurrir que la persona encontrada con el cuchillo y remera ensangrentada en realidad sea quien intentó socorrer a la víctima cuando ya se encontraba en el suelo, tomando el cuchillo para llevárselo a la policía; de igual forma también se podría sostener que esta persona, en realidad, era un carnicero que se dirigía a su casa y, por ese motivo, tenía su vestimenta ensangrentada portando el cuchillo que utilizaba para trabajar (las posibles explicaciones son innumerables).⁸⁷

Las máximas de experiencia⁸⁸ serán las reglas genéricas más gravitantes para el desarrollo de todo el razonamiento, en tanto por más que existan reglas fijadas legalmente (presunciones establecidas por el legislador) la sola existencia del indicio (sobre el cual se estructurará el razonamiento) requerirá de máximas de experiencia que permitan su constatación. Pongamos un ejemplo: supongamos que el código procesal establece que para tener por probado un homicidio solo se requiere de un testigo que acredite haber visto el suceso (presunción legal); pues bien, la sola existencia del testigo que presta su testimonio manifestando haber presenciado un homicidio requiere de una máxima de experiencia (es decir, requiere realizar un razonamiento anterior) que permita *confiar* en la observación directa del testigo (en este caso la máxima de experiencia podría establecer que “salvo errores de percepción, aquello que una persona honesta dice ver, es lo que vio”).

Así, podemos diferenciar las inferencias probatorias cuyo enlace se corresponde con una máxima de experiencia y aquellas que se sustentan en normas o reglas legales. Mientras que estas últimas serán inferencias probatorias *normativas*, las primeras serán consideradas inferencias probatorias epistémicas, las cuales ocuparan un lugar preponderante en el razonamiento probatorio pues su existencia estará siempre y en todo

⁸⁷ ANDRES IBAÑEZ, Perfecto “*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 56: “*Aún cuando, con frecuencia, los jueces y tribunales califican de deductivo el conocimiento final resultante de sus operaciones con la prueba, lo cierto es que el que se alcanza mediante tal modus operandi es de naturaleza inductiva y, por eso, probable; porque en el razonamiento probatorio el saber fáctico que se expresa en la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas, debido a que no está previamente contenido en ellas. Pues no existe ninguna ley de validez general universal que autorice a asociar indefectiblemente un cierto hecho a una determinada acción y a poner ésta en cargo de alguien*”.

⁸⁸ Las mismas se corresponden con definiciones o juicios hipotéticos generales que, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, provienen de la experiencia con la pretensión de tener validez para futuros sucesos similares (STEIN, Friedrich “*El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999).

razonamiento, incluso cuando el mismo esté conformado por inferencias normativas, ya que estas a su vez se estructuran sobre inferencias epistémicas (las cuales nunca podrán otorgar certeza).⁸⁹

Para concluir: por más que el razonamiento probatorio se consolide a partir de inferencias normativas, las mismas siempre e inexorablemente descansarán en inferencias de tipo epistémico; por ello, la conclusión a la que arribe el decisorio nunca podrá ser certera, sino *probable*.⁹⁰

1.2.3.2. Posibles críticas al grado de *probabilidad* del decisorio

En este punto, y habiendo asumido que la decisión judicial no podrá superar el grado de *probabilidad*, debemos realizar algunas consideraciones sobre dos temas bien concretos que podrían generar un error de entendimiento, haciéndole creer al lector que, ante determinadas pruebas o ante determinados tipos de razonamientos, la conclusión sí podría adquirir un grado de certeza (lo cual no es así).

Concretamente nos referimos a las pruebas directas y a las pruebas deductivas; a continuación, su desarrollo:

a) La discusión entre prueba directa y prueba indirecta

⁸⁹ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial p lanteados a partir de ellos*”, en *Hechos y razonamiento probatorio*, Coord. Por Carmen Vázquez, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018, p. 21)

⁹⁰ GONZALEZ LAGIER, Daniel: “*Se ha dicho que toda la ciencia descansa en inducciones a partir de la observación de la realidad, y dado que las conclusiones de una inducción nunca son necesariamente verdaderas, entonces se sigue que nuestro conocimiento nunca es necesariamente verdadero, sólo verdadero por aproximación. Por ello a la inducción se le ha llamado «la gloria de la ciencia» y «el escándalo de la filosofía». Ahora bien, mientras nuestras inducciones permitan el desarrollo de la ciencia y la técnica (es decir, nos permitan comprender el mundo, predecir sus cambios y desarrollar instrumentos para controlarlo) sin haber sido refutadas, seguiremos fiándonos de ellas*” (GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 68)

No es para nada sencillo establecer una distinción clara entre prueba directa y prueba indirecta; no porque las conceptualizaciones no lo sean, sino porque son de lo más variadas. Algunos autores asumen un criterio diferenciador que es absolutamente disímil al esgrimido por otros autores, todos hablan de lo mismo, pero a su vez todos hablan de cosas diferentes. Nuestra intención aquí no es tratar las posturas existentes (que son muchas) sino solo poner en evidencia como algunos de estos postulados podrían llegar a poner en peligro la conclusión probabilística del decisorio judicial, aunque también nos tomaremos el atrevimiento de establecer nuestro punto de vista, explicando porqué los mismos no alteran las consideraciones realizadas previamente con relación a la “probabilidad” del decisorio.

Decía Carnelutti en “*La prueba civil*” que la distinción entre prueba directa y prueba indirecta está dada por el grado de separación entre el objeto de prueba y el objeto de percepción por parte del magistrado. El *algo* que se debe probar (es decir, el objeto de prueba) es percibido por los sentidos del juez: cuando existe coincidencia entre dicho *algo* y la percepción estaremos ante una prueba directa, en cambio, si existe separación, la prueba será indirecta. Para que se comprenda, esta última se da cuando el juez no percibe el hecho a probar directamente, sino un hecho diverso que puede llevarlo hacia él. Asumiendo que no todo hecho puede ser constatado por la percepción directa del decisor, el acercamiento al objeto de prueba debe realizarse mediante una “deducción” la cual se sustentaría en pruebas indirectas. Para explicar esto Carnelutti utiliza el siguiente ejemplo: supongamos que en un litigio se deba acreditar la ubicación de unos árboles, en tanto, según manifiesta el actor, los mismos no respetarían la distancia legalmente establecida con relación al inmueble lindero. Para ello, el juzgador puede concurrir directamente al lugar donde se encuentren situados los árboles y constatar por sí su ubicación (sería el caso de una inspección judicial) o puede valerse de testigos o documentos. En el primer caso la prueba será directa, pues sin ningún tipo de intermediario el juzgador *percibe* los hechos; en cambio, si se vale de testigos o documentos, la prueba será indirecta (pues serán estos quien transmitan esta información). La superioridad de la prueba directa sobre la indirecta, dice el

autor, no tiene necesidad de ser subrayada: mientras más próxima a los sentidos, la prueba será más segura⁹¹.

Dejando momentáneamente de lado lo relativo al grado de certeza o probabilidad obtenido en el resolutorio final, debemos decir que al interpretar la obra de Carnelutti, se ha dicho que entre las pruebas directas se encuentra la declaración testifical y el documento, y entre las pruebas indirectas estarían las presunciones e indicios (algo que, a nuestro entender, no refleja el pensamiento del autor). Sin embargo, no creemos que Carnelutti considere a la prueba testimonial o documental como prueba directa, sino todo lo contrario, serían típicos casos de prueba indirecta. Tal entendimiento, deviene del análisis complementario de las diversas obras del autor, cuando, por ejemplo, en "*Lecciones sobre el proceso penal*" explica que "hablamos de pruebas directas o inmediatas cuando cae bajo la vista de un juez el mismo hecho a probar y, en cambio, de prueba mediata o indirecta cuando la prueba consiste en un hecho diverso del hecho a probar. Esta distinción es, sin embargo, muy problemática, y el problema que la misma envuelve llega a la raíz del concepto mismo de la prueba. Un delito de ultraje, por ejemplo, puede ser cometido tanto lejos del juez, que lo debe constatar, como a la vista del mismo: supóngase que un oficial de policía judicial, en su presencia y a causa de sus funciones, sea ofendido por el imputado, en la calle o, por el contrario, ante el tribunal mientras se desarrolla el debate; una diferencia entre las dos hipótesis es la de que el juez en el segundo caso ha visto y oído el hecho mismo de cuya existencia debe juzgar, y en el primero, por el contrario, falta su observación directa, en lugar de la cual él ve o escucha hechos diversos (por ejemplo, *testimonios*) arguyendo de ellos que el hecho haya ocurrido o no. Sobre estos datos se construye la distinción, llamando directa a aquella prueba que consiste en el mismo hecho a probar, e indirecta aquella otra, que consiste en un hecho diverso del hecho a probar". Entonces, las pruebas directas serían aquellas que permitan al juzgador percibir

- ⁹¹ CARNELUTTI, Francesco "*La prueba civil*", Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 53; es necesario aclarar, como se anticipó, que la conceptualización y distinción entre pruebas directas e indirectas no es uniforme, por ejemplo, Florián sostiene que las pruebas directas tienen por objeto esos "*hechos que se identifican con el hecho fundamental que ha de probarse (el hecho de la muerte, de la difamación*", en cambio", son objeto de las pruebas indirectas "*esos hechos que sirven para comprobar un hecho distinto, que a su vez sirve para demostrar el tema principal de la prueba*" (FLORIAN, Eugenio "*De las pruebas penales*", T. 1, TEMIS, Bogotá, 1976, p. 126)

inmediatamente el objeto de prueba (el hecho) y las pruebas indirectas las que no logren concretar la percepción directa. Justamente, como no siempre (incluso es raro que ocurra) el juzgador puede verificar por sí mismo la existencia del hecho, las pruebas directas se sustituyen por las indirectas.⁹²

Ahora bien, esta distinción entre pruebas directas y pruebas indirectas (considerando a estas últimas como indiciarias) generaría una falsa dicotomía en lo que hace a los posibles resultados que se obtendrían de cada una de ellas. Así, se ha sostenido que la prueba directa (aquella que permite la directa percepción por parte del juzgador) permitiría adquirir certeza con relación a los hechos, algo que no ocurriría si tratamos con pruebas indirectas (pues sería necesario la realización de un razonamiento inductivo que nos permita llegar a conclusiones probabilísticas). Pero, pese a ello, es el propio Carnelutti quien sostiene que esto no es así, aclarando que tras una profunda meditación de la cuestión ha podido (incluso rectificando su pensamiento original) sostener que “la raíz del error está en que cuando un hecho se desarrolla a nuestra vista nos parece que no haya nada a probar...pero basta, para corregir el error, fijarse en que la existencia de un objeto no es nunca el fruto de una simple sensación sino, en todos los casos, el contenido de un juicio; por lo general, cuando el objeto se ve o se toca, el juicio es tan fácil y rápido que escapa a la atención, pero, entre otras cosas, es siempre posible un engaño de los sentidos...la existencia de algo que nosotros vemos o tocamos, debe ser verificada y el fundamento de la verificación es la prueba”. Incluso, manifiesta que “el resultado del juicio formado con pruebas de esta segunda categoría [pruebas indirectas] es una certeza menor en comparación con la obtenida mediante la prueba directa, de donde se ha formado una antigua opinión, según la cual la prueba indirecta se distingue de la prueba directa porque de ella deriva, en lugar de la certeza, la probabilidad; pero lo cierto es que, con frecuencia, cuando la ley, mediante la cual el juez opera, está bien formulada y aplicada con diligencia, el resultado de la prueba indirecta no es inferior al de la prueba directa; el cual resultado, por lo demás, no puede nunca exceder los límites de la probabilidad, que, como dice la palabra misma, es todo lo

⁹² CARNELUTTI, Francesco “*Lecciones sobre el proceso penal*”, Vol. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, 296.

que se puede obtener con la prueba, no siendo otra cosa lo que entre nosotros se llama certeza sino el grado máximo de probabilidad, que la juicio humano le está consentido”.⁹³

Esto último es gravitante a los efectos de entender que, pese a que el juzgador tome contacto directo con los hechos que hacen al caso en concreto (por ejemplo, realizando una inspección ocular o siendo incluso testigo del delito⁹⁴) nunca podrá superar el grado de probabilidad pues nada obsta a que la directa percepción no haya adolecido de errores (concretamente, errores de percepción⁹⁵). Pero incluso, aunque traslademos la cuestión a las denominadas pruebas “históricas” (comúnmente relacionadas con la prueba testimonial y documental, en tanto representan un hecho ocurrido)⁹⁶, la cuestión no variaría, pues por más que un testigo alegue haber visto como Juan mataba a Pedro, no existe impedimento alguno para pensar que el testigo ha percibido erróneamente lo sucedido o que esté mintiendo; denotando, nuevamente, que el grado de *certeza* con relación a la existencia del hecho no podrá obtenerse. Por ello, la conclusión a la cual arribe el juzgador siempre será probable.

a) Las pruebas “deductivas”

Por otro lado, la conclusión también será con grado de *probabilidad* incluso en aquellos casos en que el razonamiento se sustente en las denominadas pruebas “deductivas” (es decir, las que devienen de inferencias probatorias de carácter deductivo que generarían un conocimiento válido -plano lógico-, pero no verdadero -plano epistemológico-), pues como bien expone Gascón Abellán, si bien esta clase de pruebas podría llegar a ser la excepción a la regla del conocimiento relativo, lo cierto es que no lo es, pues, por más que la premisa mayor del razonamiento (la regla general sobre la que se apoya) sea totalmente sólida, la fragilidad epistemológica estará dada por la premisa menor (los hechos singulares). Por ejemplo, piénsese en la prueba de ADN, cuyo grado de solidez

⁹³ CARNELUTTI, Francesco “*Lecciones sobre el proceso penal*”, Vol. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, 296.

⁹⁴ Lo cual, claro está, le quitaría su calidad de juzgador debiendo asumir la mera calidad de testigo.

⁹⁵ Este tema será abordado más adelante.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco “*Lecciones sobre el proceso penal*”, Vol. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, 302.

o fiabilidad suele identificarse con el 99.9%⁹⁷; si bien nadie negaría que tal prueba efectivamente garantiza la verdad del enunciado que pretende acreditar, lo cierto es que tal fiabilidad se encuentra absolutamente supeditada al correcto proceder en su realización.⁹⁸ En este punto, siempre se podrá alegar que la prueba no fue debidamente realizada, que la muestra ha sido alterada o se encuentra contaminada, que la escena del crimen ha sido violentada, etc. En consecuencia, si bien la prueba (el procedimiento) es válido y hasta podría decirse que es infalible, lo cierto es que nada asegura a ciencia cierta que el proceder en el caso concreto haya sido el correcto, por lo que la conclusión que se logre obtener no será certera sino probable.⁹⁹

Pongamos otro ejemplo para terminar de clarificar la idea: la regla de que “nadie puede estar en dos lugares al mismo tiempo” es absolutamente sólida para demostrar que las personas que están en un lugar, efectivamente, no están en otro. Si logramos acreditar que Juan estaba en Roma al momento del asesinato producido en Buenos Aires, debemos descartar su participación en el mismo (a lo cual algunos podrían incluso sostener que tal conclusión ya no sería probable sino certera); pero claro, sin perjuicio de la infalibilidad de la regla, el hecho al cual se le aplicará no goza de tal seguridad. Por más que la regla sea indiscutible y absolutamente sólida desde el plano lógico, nadie podrá asegurar con grado de certeza la verdad del enunciado que constituye la premisa menor del razonamiento (“Juan estaba en Roma al momento del asesinato”), en tanto la misma solo será *probable*, trasladando entonces dicha *probabilidad* a la conclusión. Por ello, es necesario separar debidamente la cuestión lógica (que hace a la validez de la conclusión) de la cuestión epistemológica (que hace a la verdad de la conclusión).¹⁰⁰

⁹⁷Lo cual tampoco sería un 100%.

⁹⁸ Un estudio detallado sobre la prueba de ADN puede verse en BOSSELLI, Gabriel O. “*El ADN en el proceso judicial*”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2019.

- ⁹⁹ Véase GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 100: “*pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser*”.

¹⁰⁰ GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 72: “*Lo relevante, sin embargo, es que se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica (es decir, siempre será probable, en el sentido de grado de credibilidad), por alguna o algunas de las siguientes razones: (1) Si la inferencia probatoria se*

1.2.4. La motivación como garantía contra la arbitrariedad

Una concepción racional de la justicia y en particular de la prueba, requiere que la decisión del magistrado sea la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de las pruebas, pasando de tal forma de la mera creencia subjetiva (íntima convicción) a un conocimiento subjetivo, comunicable y controlable (sana crítica racional); todo ello a fin de que la decisión final posea un carácter impersonal que se imponga a todos.¹⁰¹

Como dijimos anteriormente, todo razonamiento se debe evaluar desde una doble perspectiva: su justificación interna y su justificación externa. La primera se relaciona con la continuidad lógica (es decir, con el paso de las premisas a la conclusión), mientras que la segunda analiza particularmente las premisas que conforman el razonamiento, determinando si son correctas y/o verdaderas. Por ejemplo, si sostenemos que “Juan mató a Pedro” (premisa menor) y el art. 79 del CP establece pena de prisión para todo aquel que matare (premisa mayor), Juan debe ser castigado con pena de prisión. Sin dificultad se observa que la conclusión se obtiene de las premisas y, por ello, no dudaremos en sostener que el razonamiento goza de justificación interna, pero sin que esto transforme a la conclusión en verdadera, pues el razonamiento puede carecer de justificación externa (por ejemplo, si en realidad Juan no ha matado a Pedro).

La motivación, entonces, es lo que permitirá evidenciar la sana crítica racional del juzgador (si es que ha existido) o, en otros términos, permitirá conocer cuál ha sido el

reconstruye como una inferencia deductiva, dado que no podemos estar absolutamente seguros de que las premisas sean verdaderas, tampoco podemos asegurar que lo sea la conclusión, en el sentido de correspondiente con la realidad; (2) Si la inferencia probatoria se reconstruye como una inducción (en sentido amplio), además, el paso de las premisas a la conclusión no es necesario. La consecuencia de uno u otro tipo de probabilidad es, a los efectos que nos interesan, la misma: la falta de certeza lógica o absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad”.

¹⁰¹ GORPHE, François “La apreciación judicial de las pruebas”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 20.

razonamiento que llevó al magistrado a resolver de tal forma.¹⁰² Si asumimos que la decisión puede ser tomada de forma arbitraria y en contraposición a las constancias obrantes en la causa o puede haberse sustentado única y exclusivamente en prejuicios o creencias infundadas del juzgador, la motivación pasa a ser más que gravitante, pues estaremos obligando al organismo decisor a poner en evidencia estos fundamentos u obligará a no ponerlos en evidencia, pero sí a justificar su decisión en base a las pruebas producidas.

Con relación a esto último, debemos aclarar que no es lo mismo la “fundamentación” que la “motivación”; la primera se corresponde con lo que la doctrina ha llamado *contexto de descubrimiento*, mientras que la motivación se asemejaría al *contexto de justificación*. Así, el *contexto de descubrimiento* equivaldría a la actividad y procedimiento mental que toma el juez para adoptar una decisión (el cual puede estar cargado de prejuicios e incluso no tener nada que ver con la prueba producida en el proceso), mientras que el *contexto de justificación* hace al conjunto de enunciados que tienden a evidenciar las razones que sustentan la decisión adoptada, para lo cual el juzgador deberá buscar entre las pruebas obrantes en la causa que permitan avalar su decisión.¹⁰³

Hablar de *motivación* no es otra cosa que hablar de *discurso justificado constituido por argumentos racionales*.¹⁰⁴

En este punto, la doctrina¹⁰⁵ ha sostenido que la motivación goza de una doble función: a) la endoprosesal, y b) la extraprosesal. La primera permitiría la impugnación de

¹⁰² CHAUMET, Mario E. “Argumentación”, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 344.

¹⁰³ TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 37.

¹⁰⁴ TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 37.

¹⁰⁵ ANDRES IBAÑEZ, Perfecto “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, DOXA-12 1992), TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, CHAUMET, Mario E. “Argumentación”, Astrea, Buenos Aires, 2017.

la decisión en el contexto procesal, mientras que la segunda garantizaría un control externo por parte del pueblo y de la opinión pública. Se advierte, entonces, que el control de los argumentos esgrimidos por el decisor no solamente será un control interno y propio del devenir del proceso, sino un control ajeno al mismo, lo que conllevaría una puesta de conocimiento de la ciudadanía de las razones del juez para fallar de uno u otro modo, evitando, de tal forma, el ejercicio abusivo y arbitrario de la judicatura.¹⁰⁶

El problema que advertimos o, por lo menos, la complicación, está dada en que el juzgador no solo deberá *justificar* su decisión en lo que hace a la *questio iuri*, sino también en lo que hace a la *questio facti*; es decir, no solo se abocará a dar su interpretación de la norma que considera aplicable al caso, sino que deberá explicitar las inferencias probatorias que le han permitido tener por probado el hecho. Y decimos que esto es una complicación pues históricamente la doctrina se ha dedicado principalmente a la *questio iuri* (la premisa mayor del silogismo judicial), dejando notoriamente de lado el estudio de la *questio facti* (premisa menor del silogismo)¹⁰⁷, sin advertir que esta última, quizás, sea la más relevante del decisorio, pues allí es donde se pretende acreditar la existencia de los hechos que validan la posterior aplicación de la norma. Más aún, la complejidad propia de la comprobación de los hechos, sumado a la falta de capacitación al respecto, hace que la *questio facti* sea uno de los ámbitos donde se advierte mayor posibilidad de arbitrariedades o errores por parte de los jueces¹⁰⁸. Basta con analizar los “programas de estudio” de las materias de las distintas Universidades de nuestro país para encontrarnos con un contenido de aprendizaje mayoritariamente (por no decir “casi totalmente”) dedicado al estudio de las normas, dejándose de lado las problemáticas relativas a los hechos. Nótese que, sin perjuicio de la enseñanza sobre los distintos medios de prueba y sobre los sistemas de valoración, nada se dice en concreto con relación a cómo efectivamente se debe valorar la prueba o cómo se debe probar la existencia de los hechos, lo que concluye -claro está- en

¹⁰⁶También creemos que la motivación sirve al propio juzgador para no dejarse llevar por las pasiones, para analizar la complejidad de algunos casos, para valorar detenida y detalladamente la prueba, evitando de tal forma la emisión de una decisión apresurada que pueda no tener correlato con la totalidad de la prueba producida (ANDRES IBAÑEZ, Perfecto “*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 57).

¹⁰⁷ CHAUMET, p. 311

¹⁰⁸ CHAUMET, p. 311

una dificultad cuando el día de mañana los alumnos -ya jueces- deban motivar sus decisiones. Incluso, basta con tomar algún manual de enseñanza procesal para advertir que las explicaciones no exceden lo meramente formal (todo se circunscribe al cómo debe ofrecerse la prueba, cuándo puede hacerse, qué pruebas pueden ofrecerse y cuáles no, cómo debe actuarse ante una prueba prohibida, etc., pero nada relativo al análisis racional de los elementos de prueba y cómo influyen estos en la verificación de los enunciados fácticos).¹⁰⁹ En lo que hace al tema de esta investigación, la justificación externa pone en cabeza del magistrado la obligación de mencionar las razones por las cuales ha determinado, por ejemplo, que un testigo es creíble y por qué su testimonio sirve para la acreditación de los hechos; de igual forma, si considera que determinada declaración no es fiable o no es sincera o no es veraz o la persona que emite el testimonio no es creíble, también deberá explicitar las razones que lo han llevado a tal conclusión.¹¹⁰ Pero además, todo ello deberá hacerlo bajo parámetros racionales, es decir, no basta con mencionar los fundamentos que han llevado al magistrado a tomar la decisión, sino que los mismos deben servir de justificación en sentido estricto; para que se entienda: a la motivación no le importa el *iter* psicológico que llevó al magistrado a tomar la decisión, sino las pruebas que lo justifican¹¹¹.

¹⁰⁹ Vemos aún vigentes las palabras de Ayarragaray quien en 1942 sostuvo: “*Antes, dos testigos contestes llevaban un hombre a la horca; hoy, con la apreciación por las reglas de la sana crítica o de la convicción, también pueden cometerse los mismos errores...las causas que pueden provocar errores en los pronunciamientos judiciales, tienen como base factores humanos que hasta ahora no han sido considerados en su plenitud, y en algunos casos ni siquiera sospechados...Ya no solamente se puede decir que los jueces han de ser mansos y buenos de espíritu, sino que han de tener una preparación técnica de tal naturaleza que los capacite plenamente para apreciar, mediante la crítica serena, los antecedentes legales que le han de permitir dar justicia verdadera ¿Por qué se ha de poder triturar al testigo mediante procedimientos empíricos o de lógica, y no se han de aplicar las mismas reglas y procedimientos para ver si los que han de valorarlos están en condiciones o no de aquilatar los diversos antecedentes y factores? No se trata de saber el rendimiento exacto de los diversos engranajes de una maquinaria, sino de ver cómo saben utilizarlos quienes han de emplearla*” (p. 17 y 21)

¹¹⁰ TARUFFO, Michele “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 41.

¹¹¹ FERRER BELTRAN, Jordi “*La valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2007, p. 67..

La motivación, a fin de cuentas, hace al conocimiento del decisorio. Si bien tranquilamente un fallo *no motivado* puede sustentarse en inferencias absolutamente racionales e incluso puede ser indiscutiblemente justo, lo cierto es que la falta de motivación nos impedirá saberlo.¹¹²

A modo de conclusión parcial, y como síntesis de los capítulos a anteriores, vemos conveniente transcribir la secuencia terminológica que realiza Taruffo para distinguir el proceso de juzgamiento basado en la *racionalidad* de aquel basado en la *irracionalidad*:

“Racionalidad —prueba como instrumento epistémico— decisión como fruto de inferencias lógicas —verdad/falsedad de los enunciados de hecho— motivación como justificación racional —posibilidad de control— concepción democrática del poder.

*Irracionalidad —prueba como instrumento retorico— decisión como fruto de intuición subjetiva incognoscible —verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/ falsedad de los enunciados de hecho)— motivación como discurso retórico o justificación ficticia-imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión— concepción autoritaria del poder”.*¹¹³

¹¹² ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto “*Motivar: qué, cómo y para qué*”, en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 91: “*No es inimaginable, en hipótesis, un fallo inmotivado y, sin embargo, objetivamente acorde con la información resultante de los antecedentes probatorios. Pero ¿cómo saberlo? Pues el incumplimiento del deber (jurídico) de motivar, por la inexpresividad de la sentencia, impedirá evaluar la calidad de la decisión y nadie está obligado a presumir que sea la debida; más bien lo contrario*”.

¹¹³ TARUFFO, “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p. 44.

Esta investigación se encuentra estructurada bajo una concepción racional de la prueba, pues bajo sus pautas lograremos un mayor acercamiento a la verdad y, en consecuencia, una mayor probabilidad de obtener resoluciones *justas*.

2. La prueba testimonial

2.1. Antecedentes históricos y concepto

La palabra “testigo” proviene del término latino *testis* que significa “*individuo que se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen*”¹¹⁴.

La prueba testimonial es la prueba por antonomasia, su origen se remonta a la antigüedad, siendo para algunos¹¹⁵ tan vieja como la humanidad; sin perjuicio de cuándo se originó, lo cierto es que estamos ante la prueba más antigua, en tanto mientras que la inspección judicial, la prueba pericial o documental requieren cierto desarrollo de la cultura, la prueba testimonial solo requiere del uso del lenguaje.¹¹⁶ Por ello, resulta natural que, durante muchos siglos en la antigüedad, en el derecho egipcio, babilónico, griego, romano, judío e hindú, en la edad media y en gran parte de la edad moderna, se haya considerado al testimonio como la prueba principal para la administración de justicia. Si

¹¹⁴ MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 257.

¹¹⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, T. 2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p 23; en igual sentido, CAFFERATA NORES, José “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, 1986, p. 93.

¹¹⁶ Florian, en cambio, sostiene que “*la prueba por testigos no surgió al mismo tiempo que el proceso penal. Fue menester cierto desarrollo del proceso. Fue menester cierto desarrollo del proceso; se hizo indispensable que este se diferenciara un tanto del proceso civil; que, por consiguiente, las partes no fueran factores predominantes de prueba, y que el formalismo cediera terreno como criterio dominante, como método prevaleciente; en fin, se hizo necesario cierto sentimiento de confianza hacia el prójimo. Pero una vez superadas las primeras fases del proceso penal, la prueba por testigos se infiltra en él, se introduce poco a poco en su desarrollo, lo acompaña en todas sus vicisitudes, se convierte en elemento integrante del proceso y refleja, en su estructura su cambiante expresión...desde el punto de vista histórico, la prueba por testigos gana terreno a medida que caen en descrédito o en desuso las pruebas formales bárbaras, conviene a saber, el juicio de Dios, el juramento del acusado y el duelo judicial*” (FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, T. 2, TEMIS, Bogotá, 1976, p 71).

bien con el avance de la escritura el testimonio perdió un poco su relevancia, requiriéndose para la comprobación de determinados hechos (por ejemplo, la existencia de algunos contratos) la existencia de prueba documental, el testimonio siempre ha estado presente como un medio de prueba tendiente a descubrir la verdad.¹¹⁷ En la actualidad, incluso, existen variadas sentencias que solo se apoyan en prueba testimonial para determinar la culpabilidad de las personas, las cuales, en algunos casos solo se sustentan en un único testimonio (el de la propia víctima).¹¹⁸

Más allá que el “testigo” ha sido objeto de innumerables definiciones¹¹⁹, una de las más divulgadas y aceptadas por la doctrina es la de Carnelutti, quien sostiene que “es, pues, un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo”. En este punto, a diferencia de otros doctrinarios que se refieren a *hechos percibidos*¹²⁰, el autor desplaza del concepto de testimonio el elemento de *percepción* al de la *no presencia* del hecho representado; es decir, la *percepción* no es un requisito del testimonio, pues quien declara puede referirse a hechos *por él realizados* (no *percibidos*), incluyendo también hechos *deducidos* (es decir, interpretaciones sobre lo percibido; en realidad, consideramos que el autor no se refiere a una deducción sino a una inducción).¹²¹

¹¹⁷DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, t.2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p 23; cabe señalar que la prueba testimonial no tuvo relevancia en los pueblos germánicos donde las costumbres bárbaras fueron primordiales en la resolución de los procesos (juicios de dios, ordalías), véase FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, t.2, TEMIS, Bogotá, 1976, p. 72.

¹¹⁸ IRISARRI, Carlos A. “*Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado*”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 470.

¹¹⁹ FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, t.2, TEMIS, Bogotá, 1976, p 71.

¹²⁰ MANZINI, Vincenzo “*Tratado de Derecho procesal penal*”, T. III, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, 247; CAFFERATA NORES, José “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, 1986, p. 96.

¹²¹ CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 135. Vale aclarar que la doctrina distingue testigo en sentido amplio y en sentido estricto: el primero se correspondería con cualquier persona, incluso alguna de las partes; en cambio, el segundo se encuentra limitado a los terceros, es decir, se excluyen a las partes. FLORIAN, por su parte, asume que cualquier sujeto es testigo, sin considerarse si es o no parte del proceso (FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, t.2, TEMIS, Bogotá, 1976, p. 86); en cambio, CHIOVENDA (CHIOVENDA, Giuseppe “*Principios de derecho procesal civil*”, Editorial REUS, Madrid, 1922, p. 306) y MANZINI (MANZINI, Vincenzo “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, t.3, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 247) sostienen que el testigo está fuera de la relación jurídica procesal. Por su parte, DE LA RUA, explica que “lo esencial, pues, en el concepto es la transmisión de una experiencia, el relato de una vivencia propia sobre un episodio cualquiera de la vida, que es objeto de averiguación en un proceso (DE LA RUA “*Teoría general del proceso*”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 115). Un esbozo de las distintas teorías al respecto, con un claro repaso por los distintos autores puede verse en

Por nuestra parte creemos que, aún tratándose de hechos realizados por el propio testigo, el conocimiento del mundo y en consecuencia el conocimiento del hecho sobre el cuál declarará se estructurara sobre aquello que ha tenido la oportunidad de percibir o sobre aquello que dice haber percibido.

¿Y qué ocurre con aquellos “testigos” que no se refieren a hechos directamente percibidos, sino a hechos cuyo conocimiento deviene del relato de otras personas? Devis Echandía asume que el testigo no solo manifestará hechos por él percibidos, sino también hechos que ha tomado conocimiento también por terceras personas (por ejemplo, el caso del testigo que toma conocimiento de un suceso a partir de los dichos de otro).¹²² No compartimos esta aclaración, pues incluso cuando el testigo manifieste conocer los hechos que hacen al caso en concreto a partir de los dichos de otros sujetos, seguirá manifestando hechos por él directamente percibidos (es decir, el testigo no manifestará haber percibido “el hecho”, sino haber percibido la narración que el otro individuo ha realizado sobre la existencia de tales hechos). Por ejemplo, si el testigo X refiere haber tomado conocimiento del accidente de autos por los dichos de J, no debe ser interpretado como que el testigo X está refiriéndose a hechos *no percibidos*, sino todo lo contrario, el testigo X se está refiriendo a hechos que ha *percibido*: la narración de J.

Se discute si para ser considerado “testigo” es necesario prestar declaración en el marco del proceso o basta con haber percibido el hecho. En otras palabras, para ser testigo ¿es necesario declarar en el proceso? Mittermaier explica que, si bien el testigo es la persona que tiene conocimiento sobre la existencia del hecho, en la práctica no adquiere tal calidad, sino hasta tanto *hable y se refiera a lo visto*¹²³; por su parte, Devis Echandía sostiene que testigo es quien declara, incluso cuando manifiesta no haber presenciado los hechos que hacen a la causa (en este supuesto, su testimonio carecería de mérito probatorio)¹²⁴; Florian

DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, t. 2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p. 33.

¹²² DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, t. 2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p. 28.

¹²³ MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, P. 257.

¹²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, t. 2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p 34.

considera que “testigo es una persona física, a quien se le ha citado al proceso penal a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel con el fin de establecer una prueba”¹²⁵ y, en clara contestación a la pregunta antedicha, aclara que si bien el testigo en sentido genérico, impropio y no jurídico no requiere intervención en el proceso, jurídicamente hablando es necesario que el testigo sea una persona llamada a participar del mismo.¹²⁶ Entonces, podemos sostener que desde un plano netamente procesal el testigo será aquel que sea convocado en el marco del proceso, mientras que desde un plano no procesal testigo será aquel que efectivamente ha logrado tomar conocimiento sobre la existencia de hecho pudiendo o no haber sido citado al proceso para que exponga sus conocimientos.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el testigo se refiere a hechos inexistentes, sustentando su declaración en puras mentiras que no tienen correspondencia con la realidad?

Creemos que, en este caso y desde la óptica procesal, el declarante no pierde su calidad como testigo. Sin perjuicio de que este tema no ha sido tratado demasiado por la doctrina, entendemos que la narración de sucesos inexistentes no modifica el *status procesal* del declarante que seguirá siendo “testigo”. En tal sentido, Carnelutti explica que el testigo realiza una declaración *representativa*, es decir, pretende representar hechos, aún cuando estos no se correspondan con la realidad (en dicho caso, estaremos ante una “declaración de voluntad”)¹²⁷. Un testigo falaz, sigue siendo testigo, aunque los hechos expresados se hayan originado en su imaginación¹²⁸. Quizás convendría diferenciar el testigo propiamente dicho (aquel que presenció los hechos) y el testigo del proceso o testigo

¹²⁵FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, T.2 , TEMIS, Bogotá, 1976, p. 83.

¹²⁶ FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, T.2 , TEMIS, Bogotá, 1976, p. 84: “*Para caracterizar al testigo basta que se le llame al proceso penal, ya que no siempre el testigo que ha sido presentado declara lo que se suponía que debía acerca de la causa y hasta puede no saber nada. Por ello, lo que le da a una persona la calidad de testigo es su citación, su llamamiento al proceso penal, mas no el resultado, esto es, la deposición*”.

¹²⁷ CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 138; en igual sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, t. 2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p. 28.

¹²⁸ Nótese que un entendimiento contrario (es decir, asumir que el testigo falaz no es testigo) nos llevará a la nefasta conclusión de que no se puede castigar a dicha persona con el delito de falso testimonio, pues justamente nos faltaría el sujeto activo del delito (un testigo).

en sentido meramente procesal (aquel que es llamado a declarar ante la autoridad competente, pudiendo o no haber presenciado los hechos¹²⁹). Según este último sentido, estaremos ante un testigo incluso cuando el sujeto mienta o, directamente, ignore completamente los hechos.

El testigo no opina ni juzga, tampoco realiza juicios de valor con relación a la culpabilidad o inocencia del acusado.¹³⁰ De Paula Ramos, yendo incluso más allá, considera que los testigos tampoco pueden expresar sentimientos o estados subjetivos¹³¹, lo cual no nos parece correcto, pues existen delitos que, necesariamente, se consolidan a partir de determinados estados subjetivos por parte de la víctima (la cual al momento de narrar los hechos pasa a adquirir la calidad de testigo). Véase por ejemplo el delito de abuso sexual (art. 119 C.P.), cuya nota característica está dada por el estado subjetivo de la víctima (ultraje al pudor) con relación al comportamiento del victimario. O los delitos contra el honor (arts. 109 y ss. C.P.) donde, independientemente del honor objetivo, lo que hace a la conducta criminal es la vulneración del honor subjetivo (el honor según la percepción de la persona agraviada). Por ello nos preguntamos, ¿cómo es posible indagar sobre la existencia de un abuso sexual si no se le pregunta a la víctima cómo receptó el comportamiento del agente? o ¿cómo sabremos si un determinado acto violentó el honor de una persona si esta no lo pone de manifiesto? En estos casos, justamente, la comisión del delito se encuentra supeditada a la materialización de un resultado que se corresponde con los sentimientos o

¹²⁹ Sobre la declaración ante la autoridad, MANZINI entiende que solo habrá prueba testimonial cuando se haya realizado oralmente y ante el magistrado, no incluyendo la prueba realizada ante la autoridad policial. Esta última, si es transcripta, será solo tenida como prueba documental (MANZINI, Vincenzo *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*, t.3, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 249).

¹³⁰ AYARRAGARAY, Carlos A. *“Crítica del testimonio. Exposición y apostillas a la obra de Gorphe”*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942.

¹³¹ DE PAULA RAMOS, Vitor *“La prueba testifical”*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 73: *“La afirmación efectuada en un testimonio debe referirse a un estado de cosas, no a una opinión o un sentimiento. Cuando alguien entra en un sitio web para comprobar las opiniones de los consumidores sobre restaurantes, por ejemplo, existe una parte testifical y una parte de opinión. Cuando el consumidor afirma que el lugar es para no fumadores, está dando un testimonio; cuando afirma que el restaurante no utiliza cubiertos, está dando un testimonio. Cuando afirma que el lugar es feo o que la comida es mala, no está aportando un testimonio, está, eso sí, dando una opinión. Del mismo modo, alguien que afirma que no come gambas está dando un testimonio, pero quien afirma que no le gustan las gambas, no, porque, que no le gusten las gambas, es un estado subjetivo, insondable, una opinión del sujeto con relación a las gambas.”*

estados subjetivos de la víctima, por lo cual, en dichos casos, deberá declarar sobre estos puntos.¹³²

Por otro lado, si bien la doctrina ha esgrimido que el testigo no realiza juicios de valor, sino que se limita a manifestar el hecho percibido, esto no es del todo correcto, en tanto la sola utilización del lenguaje conlleva a la realización de juicios de valor. Creemos que quien mejor explica este punto es Carnelutti al esgrimir que: “por una razón psicológica elemental, esta manifestación [el relato de los hechos] casi nunca tiene lugar mediante la reproducción (representación) analítica de todos los elementos objetivos sobre los que se ha formado la idea, sino mediante una o más representaciones sintéticas de los elementos mismos, es decir, mediante una o más definiciones o juicios. Media en ello una necesidad derivada de la formación misma del lenguaje, que es medio de representación de los fenómenos mediante la expresión de las ideas, o sea de las generalizaciones de aquellos: por ejemplo, si el testigo narra al juez haber visto un caballo, no reproduce así analíticamente los elementos de hecho percibidos, sino que sintetiza el hecho mismo en un juicio: la bestia que vi era un caballo; e incluso si espontáneamente o a requerimiento del juez descendiente a un mayor análisis, éste resultaría siempre de una serie de definiciones menores: la bestia que vi tenía cuatro patas, era alta, con las orejas cortas, etc.”.¹³³ Debe notarse que, en ciertos casos, la narración de algunos sucesos no se expresa mediante el lenguaje simple o común, sino mediante un lenguaje técnico (jurídico, médico, etc.)¹³⁴. Por ejemplo, alegar que se ha firmado un “contrato” requiere conocer el significado técnico del

¹³² Generalmente, aquellos delitos cuya materialización dependen del sentimiento generado en la víctima, suelen corresponderse con delitos de acción privada o dependientes de instancia privada, pues justamente la víctima será quien deba manifestar que ha sentido ante tal comportamiento. Por ejemplo, si un sujeto toca la parte íntima de una mujer solo será abuso sexual si esta última se ha sentido ultrajada (o violentada en su libertad sexual); pero claro, un observador imparcial no podrá determinar por sí solo si el comportamiento es o no agravante, pues todas las relaciones sexuales se concretan mediante tocamientos en partes privadas. Es decir, a diferencia de un homicidio o de una lesión (donde el resultado lesivo puede ser fácilmente constatado por un tercero), aquí el resultado solo será conocido a partir de la manifestación realizada por la propia víctima. En igual sentido, si un sujeto le manifiesta a otro “usted es un burro” la afectación al honor (en sentido subjetivo) dependerá de como el receptor de estas palabras haya tomado el mensaje (por ejemplo, si las palabras provienen de un amigo posiblemente no se vea agraviado en su honor, en cambio, si provienen de un desconocido sí). Pero en el fondo, será la misma víctima quien, al manifestar sus sentimientos, evidencie la posible existencia de un comportamiento criminal; todo ello en tanto estamos ante delitos no determinables solo objetivamente.

¹³³ CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 131.

¹³⁴ CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 131.

término contrato; de igual forma, decir que Juan se ha quebrado el humero, también requiere conocimientos específicos, en este caso, propios de las ciencias médicas (saber que determinado hueso se llama “humero” y que la lesión es correspondiente con una quebradura). En consecuencia, la valoración por parte del testigo es inevitable, lo cual es gravitante a los efectos del juicio valorativo realizado por el juzgador (pues si cree en las manifestaciones del testigo, sin advertir que tales “interpretaciones” son equivocadas, seguramente obtendremos un decisorio igual de equivocado).

Otra cuestión importante está dada por la forma en que se emite el testimonio, en tanto si bien podría pensarse que un testimonio solamente puede expresarse oralmente (por medio de la voz), lo cierto es que el acto de comunicación puede ser también escrito o visual. El primer caso estaría dado por quien narra los hechos haciendo uso de un papel y lápiz, sin que una sola palabra surja de su boca; en el segundo, en cambio, se utilizan señas y gestos (en ambos casos, un claro ejemplo podría estar dado por el testimonio prestado por una persona sordomuda). Pero incluso, el testimonio puede ser expresado utilizando varios de estos medios a la vez: es habitual que las personas mientras narran hechos oralmente, también se expresen con señas o gestos; en muchos casos, el movimiento de las manos o los gestos con la cara sirven para complementar el relato oral (es decir, para comprenderlo o entender el *sentido* de las palabras utilizadas por el declarante). Existen señas o gestos que son conocidos por la mayor parte de una comunidad (por ejemplo, quien mueve su dedo índice por delante de su cuello, llevándolo de un extremo al otro, está realizando una amenaza; de igual forma, quien mueve lenta y reiteradamente la palma de su mano de arriba abajo, está significando que es necesario disminuir la velocidad).

Nuevamente, estas cuestiones son gravitantes a la hora de valorar debidamente el testimonio; pongamos el siguiente ejemplo para que se comprenda:

Supongamos que durante un debate se discute si una persona, acusada de robar un comercio, había o no realizado un disparo con el arma de fuego que portaba (la existencia o no del disparo del arma de fuego es absolutamente gravitante para encuadrar el comportamiento criminal del imputado bajo una u otra figura delictual). El único testigo presencial manifiesta ante el Tribunal que “el sujeto entro al comercio, pidió el dinero y

luego *disparó*”. Pues bien, tras oír la manifestación del testigo parecería que nada más habría por discutir: el testigo reconoció que el imputado efectivamente había *disparado*. Pero tal conclusión no sería correcta si el testigo al referirse al disparo hubiera acompañado la narración con la seña de huida, en tanto “*disparar*” es un término utilizado para referirse al “disparo de un arma” como también para referirse a un “escape/huida”. Si al hablar del “disparo” observamos que el testigo mueve sus manos (haciendo la seña de “huida”) todos entenderemos que el testigo no quiso expresar que el arma había sido disparada, sino que el sujeto había escapado del lugar (el sujeto “disparó” /el sujeto “huyó”).¹³⁵

Se advierte que la expresión corporal forma parte de la declaración y hace a su correcto entendimiento, por lo que debe ser considerada parte integrante de la misma. Si bien, en principio, solo quedará en la memoria del receptor de la declaración (en un debate, el juez), nada obsta a que las señas o gestos también sean expuestas en el acta (en caso de existir) o que, en virtud de su observancia y ante la imprecisión o ambigüedad del término utilizado, se le solicite al testigo que aclare su relato o utilice un sinónimo.¹³⁶

Podríamos continuar con las distinciones/discusiones con relación al testigo, pero en tal caso nos apartaríamos demasiado del objetivo de esta investigación.

2.2. Problemas del testimonio

¿Por qué hablar de los problemas del testimonio?

La respuesta es sencilla: la prueba testimonial es una prueba relativamente simple y fácil de recibir, pero muy delicada a la hora de apreciar:¹³⁷

¹³⁵ Tal ejemplo no es ficticio, sino que realmente tuvo lugar en un debate en el cual tuve la oportunidad de participar, incluso debiendo en dicho entonces solicitarle al declarante que aclare qué quiso decir con “*disparar*” pues al momento de realizar el gesto con sus manos el Tribunal estaba escribiendo sus notas.

¹³⁶ En el fondo, el modo de obrar ante tales situaciones estarán supeditado a la normativa procesal aplicable, queriendo a esta altura solamente evidenciar que las manifestaciones corporales hacen al testimonio.

¹³⁷ GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967.

Una investigación desarrollada en 1991 por Mira y Diges puso en evidencia que la mayoría de las personas consideran que la falta de concordancia entre lo que el testigo expresa y lo realmente acaecido se debe a la falta de honestidad del declarante, desconociendo o no teniendo en cuenta que el funcionamiento de la memoria es un factor determinante en este punto. Este pensamiento no sería preocupante si proviniera del “hombre común” (el ciudadano que no tiene trato frecuente con testigos), pero, por más que nos pese, tales consideraciones son propias de aquellos sujetos que tienen directa relación con los testigos.¹³⁸.

En líneas generales, la mayoría de las personas consideran que: a) los testigos son exactos en sus identificaciones, incluso pese al paso del tiempo y habiendo visto a la persona solo por unos instantes; b) la hipnosis es una técnica que puede garantizar la sinceridad del testigo; c) los policías son testigos más confiables; d) la amenaza de una agresión no tiene efecto sobre la calidad de las declaraciones e identificaciones; e) tampoco tienen en claro qué aspecto, tratándose de accidentes de tránsito, se recordará mejor; f) ni saben si la edad, el sexo u otras diferencias individuales pueden afectar a la calidad del testimonio, considerando que las mujeres son peores testigos; g) son conscientes del poder del lenguaje para distorsionar el recuerdo y las respuestas de los testigos.¹³⁹

A primera vista, sin mayores conocimientos en la materia, podríamos sostener que un buen testigo es aquel que tiene buena memoria, que recuerda al pie de la letra el suceso percibido, pero que además es sincero. Tal simple y sencillo pensamiento, sin aparentarlo, oculta numerosos temas indispensable para comprender debidamente los problemas de la prueba testimonial que, vale anticiparnos, son de los más variados. En tal sentido, consideramos que la temática debe ser abordada desde dos ópticas disímiles aunque complementarias: por un lado, será necesario conocer los distintos momentos temporales que preceden a todo testimonio (el momento de percepción de los sucesos, el de interpretación, el de memorización y el de recuperación; todos ellos, elementos

¹³⁸ MIRA, J.J. y DIGES, M. (1991): Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: Un examen de metamemoria, *Revista de Psicología Social*, 6, 1, 47-60.

¹³⁹ MANZANERO- DIGES, “Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Departamento de psicología básica, Universidad Autónoma de Madrid, 3, 7-27. 1993.

indispensables para un buen testimonio); por otro lado, será menester estudiar el tema desde la óptica del receptor de dicho testimonio, quien se encargará de *valorarlo*. Ambas perspectivas se encuentran relacionadas, pues hablar del testimonio nos obliga a hablar de la mentira, de la sinceridad, de la falsedad y de la veracidad (la lista podría seguir), los cuales son elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar el juicio valorativo.

Supongamos que un desconocido en plena vía pública nos manifiesta estar teniendo un problema de salud y, por tal motivo, nos pide ayuda económica para poder comprar un medicamento. Ante este panorama es muy difícil no preguntarse si esta persona “nos miente o nos dice la verdad”. Pues bien, esta inquietud (saber si nos miente o nos dice la verdad), aplicada en la vida diaria pero también en el ámbito judicial, evidencia un grosero error de entendimiento o, desde un plano más técnico, un juicio valorativo del testimonio absolutamente restringido y que poco servirá para determinar la veracidad de los dichos del sujeto. ¿Por qué decimos estos? Pues porque se establece una falsa dicotomía conceptual al consagrar como términos opuestos aquellos que no necesariamente lo son: mentira y verdad.

Estos puntos, que serán tratados detenidamente en los siguientes capítulos, son fundamentales y necesarios para realizar debidamente el juicio valorativo del testimonio (por lo menos, desde un plano racional).

2.3. La mentira y los errores sinceros

Referirse a la mentira es referirse a la historia del hombre: ha existido, existe y seguirá existiendo, perteneciendo a la naturaleza del ser humano¹⁴⁰. La mentira es y ha sido un

¹⁴⁰ González Fernández se refiere a la mentira del hombre como “un arte prehistórico” relacionándola, por ejemplo, en el contexto de las técnicas de caza que utilizaban los primeros hombres; una completa explicación de la mentira humana a lo largo de la histórica -abordando la temática desde los más diversos aspectos- (véase GONZALEZ FERNANDEZ “*La mentira. Un arte con historia*”, Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006); por su parte, Bentham esgrime que la mentira va en contra de la naturaleza del hombre, que la verdad es la regla y la mentira la excepción, y que solo mediante un gran esfuerzo podemos suplantar la

medio de subsistencia, siendo habitual y, hasta cierto punto, necesaria para el desarrollo de las sociedades. Cuando dos personas se encuentran, por ejemplo, en la vía pública suelen preguntarse ¿cómo está usted? o, sin tantos formalismos, ¿cómo estás? ¿cómo te trata la vida? ¿qué tal te va?, obteniendo generalmente una respuesta amable: “me encuentro bien” o “no tengo problemas”. Pero claro, esta contestación en muchos casos no se corresponde con la realidad, pues tal fórmula es utilizada para evitar efectivamente hablar de los problemas personales. Piénsese, por ejemplo, el caso de aquella señorita que le pregunta a su pareja cómo le queda el vestido que acaba de comprar, por más que el vestido (a criterio de su pareja) sea horrible o le quede espantoso, la contestación difícilmente sea esta, siendo más probable encontrarse con una respuesta como: “no es de tu estilo”, “mucho no me gusta”, “quizás te quedaría mejor otro” o “no me gusta” (pero no “te queda horrible”, salvo que la pareja se encuentre demasiado consolidada y la sinceridad no los afecte). Si ante cada pregunta o en cada situación uno se expresare con sinceridad, la vida diaria de las personas sería muy difícil de afrontar, incluso el trato cotidiano se vería notoriamente afectado.¹⁴¹

Sin embargo, explica Mazzoni¹⁴² que la mentira no es un comportamiento que se limite al ser humano. Los animales *mienten* para capturar presas o para no ser capturados, en fin, para subsistir. Algunos, por ejemplo, determinados peces, tienen la capacidad de modificar su aspecto (sus colores) para aparentar ser parte del ambiente que los rodea (una roca, un cúmulo de algas, etc.); otros, inflan su pecho para parecer más grandes. Yendo incluso más allá, las plantas también *mienten*. Véase, por ejemplo, el caso de las “plantas carnívoras” que para capturar a sus presas segregan una especie de líquido viscoso que al tomar contacto con algún insecto lo retiene de tal forma que no pueda huir. En algunos casos, incluso, el engaño es aún mayor o evidencia una trama más compleja: algunas plantas

verdad por la mentira (BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, , t.I, EJEA, Buenos Aires, 1971,p. 61).

¹⁴¹ Explica Mendiola que “*no hay relación sin mentira: éste habría de ser el punto de partida, el fundamento que apuntala inequívocamente la importancia antropológica y sociológica de la mentira y que, exige, por ello, su toma en consideración. No se trata, repetimos, de juzgar moralmente sino de ubicarnos en una postura extra-moral que inquiera en lo que nos da la mentira. Y la mentira, decíamos, nos da la posibilidad del sentido y del vínculo...la mentira es un refugio que posibilita la vivencia misma de lo social*” (MENDIOLA, “*Elogio y crítica de la mentira*” en “*La mentira y el autoengaño en la sociedad actual*”, p. 46)

¹⁴² MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 35; en igual sentido, GONZALEZ FERNANDEZ, Ruben “*La mentira. Un arte con historia*”, Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006.

tienen la posibilidad de generar un aroma muy particular que suele atraer distintos tipos de insectos. Cuando estos se acercan y se posan en las extremidades de las plantas se caen, producto de un líquido resbaladizo, dentro de una especie de bolsa que, a su vez, contiene más líquido que impide definitivamente el escape.

Pero la mentira que aquí nos ocupa es la mentira de los hombres y, más concretamente, aquella que se desarrolla en el ámbito del proceso (la mentira del testigo). Si bien la habitualidad con la que se utiliza el término denota una aparente sencillez en su definición, lo cierto es que existen dos postulados con relación a qué es una mentira: uno objetivo y otro subjetivo. Conforme el primero, la mentira sería la falta de correlato entre la afirmación y la realidad¹⁴³; el segundo, en cambio, no analiza la cuestión desde un punto de vista objetivo (o, si se quiere, no analiza la realidad de aquello que se afirma), sino la intención del sujeto. Para la tesis subjetivista, mentir es la afirmación de aquello que se *cree* o *sabe* que es falso.¹⁴⁴ Se aprecia que, según el primer postulado, la realidad de las cosas es gravitante para la consideración de una afirmación como “mentira”; en cambio, la tesis subjetivista se aparta de la realidad de los hechos, poniendo énfasis en la *creencia* de quien realiza la afirmación.¹⁴⁵

Como consecuencia de lo antedicho, el postulado objetivista presupone que la mentira siempre se corresponde con afirmaciones falsas (es decir, la mentira nunca tendría correspondencia con los hechos), denotando que pueden existir “mentiras voluntarias” y “mentiras involuntarias”: las primeras serían aquellas en que existe animosidad o intención en realizar una afirmación *falsa*, mientras que en las segundas la afirmación *falsa* se realizaría sin intención (en este último caso el sujeto cree estar diciendo *la verdad* cuando, en realidad, no lo hace).¹⁴⁶

¹⁴³ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019.

¹⁴⁴ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019; en igual sentido MANZANERO al sostener que “una persona miente cuando deliberadamente aporta una información de la que sabe conscientemente que no se ajusta con la realidad de los hechos” (MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 83).

¹⁴⁵ Por afirmación no nos referimos a “afirmación propiamente dicha”, sino a manifestación de un sujeto con relación a un hecho (puede consistir en una afirmación o en una negación).

¹⁴⁶ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019 en igual sentido, MENDIOLA, “*Elogio y crítica de la mentira*”, p. 49: “*la reducción de la mentira a la intencionalidad tiende a llevar la*

Utilicemos algunos ejemplos para clarificar:

Supongamos el caso de un sujeto que, transitando por la ruta, le comenta a su acompañante que a lo lejos hay un lago. Tal afirmación no es más que una falsa creencia, pues lo que aparenta ser un lago, en realidad, es un espejismo (efecto visual producido por el impacto de la luz solar sobre el asfalto). Debe advertirse que el sujeto *cree* efectivamente que a lo lejos hay un lago, pero tal creencia no se corresponde con la realidad (pues no hay ningún lago). La mentira, en este caso, sería involuntaria.

En cambio, si este mismo sujeto sabe que lo que aparenta ser un lago, en realidad no lo es, pero igualmente manifiesta que a lo lejos hay un lago (por ejemplo, para hacérselo creer a su hijo), entonces la mentira será voluntaria o intencional.

Como se observa fácilmente, la tesis objetivista no hace más que equiparar *mentira* con *falsedad*, lo cual, por nuestra parte, no consideramos correcto, pues estaríamos identificando con distintos términos un mismo concepto cuando la distinción terminológica y conceptual podría ser de mucha utilidad.

La mentira, a nuestro modo de ver, no debe ser analizada objetivamente (a partir de la verdad/falsedad del enunciado), sino subjetivamente (a partir de las consideraciones del propio sujeto, independientemente de la correspondencia con la realidad de los hechos). En tal sentido, la mentira sería conceptualizada desde un plano puro y exclusivamente interno: no importa si la afirmación es verdadera o falsa, lo que importa es la *creencia* del sujeto con relación a la afirmación (la mentira siempre será *voluntaria*)¹⁴⁷. Por ello, según esta tesis, la mentira es definida como la afirmación de aquellos que se *cree* o *sabe* que es falso.

impronta de una condena moral que hace recaer en el hablante la decisión última del deseo de mentir, obviando así cuáles son las condiciones de posibilidad del discurso mismo, de la propia mentira”.

¹⁴⁷ Para evidenciar que la mentira no necesariamente tiene correlato con la falsedad de los hechos, Sócrates le pregunta a Hipias: “¿No es más cierto que el ignorante, aun queriendo decir la mentira, muchas veces diría, por azar, la verdad involuntariamente, a causa de no saber, y que tú, en cambio, que eres sabio, si quisieras mentir, mentirías siempre del mismo modo?” (PLATÓN, “Hipias menor”).

Volviendo al ejemplo anterior, solamente el segundo caso (el del conductor que intencionalmente manifiesta al acompañante que hay un lago a sabiendas de que, en realidad, es un espejismo) podrá ser calificado como “mentira”.¹⁴⁸

Pero la mentira también puede ser *verdadera*. Por ejemplo, supongamos que un ladrón le exige al empleado de un comercio que le diga dónde se guarda el dinero. La víctima, para evitar que los ladrones se apoderen de las ganancias, les miente diciendo que el dinero se guarda en un libro que se encuentra en la habitación del frente del local (el empleado, en realidad, cree que el dinero no se guarda allí, sino en la caja registradora). Si ese mismo día, pero antes del robo, el dueño del local, por temor a que su empleado se apoderase de la recaudación, hubiese sacado el dinero de la caja registradora, poniéndolo en el libro de la habitación del frente del local, tendremos por parte del empleado una “mentira verdadera”. Para que se comprenda, el empleado afirmó algo que *creía* que era falso, pero, en realidad, su afirmación era verdadera.

¹⁴⁸Si bien toda persona puede mentir (hombres, mujeres, niños, adultos, etc.), no todos pueden lograr que el receptor del mensaje crea la mentira, en tanto, como explica Mazzoni: “Desde hace muchos años la investigación ha puesto de manifiesto que para mentir (y en particular para mentir bien), es necesario contar con buenas capacidades cognitivas y un desarrollo avanzado del sistema representativo. Puede comenzar a mentir la persona que tiene una teoría de la mente, es decir, la posibilidad de representarse el posible contenido de la mente de los otros. Todos los adultos tenemos una teoría de la mente muy desarrollada, aunque en algunos casos, como, por ejemplo, en el autismo, parece que la ausencia de esta capacidad de representación mental es exactamente la que crea la patología. En la vida cotidiana la teoría de la mente se utiliza sin que tengamos una clara conciencia de ello. Siempre que hablamos con alguien, por ejemplo, lo hacemos teniendo en mente los conocimientos que posee el interlocutor, y luego nos basamos de modo casi automático en ellos para decir cosas que no sabe partiendo, sin embargo, de cosas que consideramos que ya sabe. O bien repetimos cosas que pensamos que ya sabe para subrayar un aspecto que nos resulta importante... mentir supone saber tanto aquello que conoce el otro como, y quizás sea esto lo más importante, saber aquello que no conoce. De hecho, solo así se pueden proporcionar informaciones falsas que pueden resultar creíbles para el interlocutor. Los niños pequeños, hasta aproximadamente los cuatro años, mienten, pero sin tener éxito. Realmente en ellos la capacidad para representarse mentalmente el conocimiento de los demás es todavía incompleta; de ahí que nieguen haber roto un objeto sin asegurarse previamente de saber si los hemos visto mientras lo rompían; o afirmen haber llevado a cabo una acción sin saber si tenemos pruebas de lo contrario”(MAZZONI, Giuliana “Psicología del testimonio”, Trotta, Madrid, 2019, p. 37); en forma concordante, aunque con otra terminología y desde otra disciplina, refiere GONZALEZ FERNANDEZ que “la mentira como acto social, no puede prescindir de la nesciencia del que creyéndose poseedor de la verdad la ignora. La mentira tiene las patas cortas ante la verdad dominada por el otro, pero camina ligera en los bastos campos de la credulidad del engañado” (GONZALEZ FERNANDEZ “La mentira. Un arte con historia”, Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006).

Ahora bien, ¿cómo deben ser llamadas, según la tesis subjetivista, aquellas afirmaciones que *involuntariamente* afirman una falsedad? Pues bien, este sería el caso de los “errores sinceros”¹⁴⁹ o “involuntarios”¹⁵⁰. En estos supuestos el sujeto *cre*e que su afirmación se corresponde con la realidad, pero esto no es así. Por ejemplo, supongamos el caso de un niño que le manifiesta a su padre que durante la noche un fantasma había pretendido entrar por la ventana de su cuarto. Si bien en realidad el fantasma es inexistente, en tanto lo que el niño observó no era otra cosa que la sombra de los árboles que generaban una silueta macabra, lo que el niño manifiesta no puede ser calificado como mentira, pues él efectivamente *cre*e que un fantasma pretendía ingresar a su cuarto (es decir, estamos ante un relato sincero pero falso).

La cuestión se torna absolutamente gravitante si la trasladamos al ámbito procesal, pues pone de manifiesto que no todo relato honesto es veraz. Un testigo puede estar totalmente convencido de que ha visto como un hombre ha matado a una mujer cuando esto, en realidad, pudo no ser así (por ejemplo, suponiendo que aquello que parecía un homicidio, no era más que una actuación de personas que ensayaban una obra de teatro). Más allá de esta aparente claridad, en el ámbito jurídico como también en la vida diaria existe una notoria confusión al considerar que mentir es no decir la verdad (muchas personas, por ejemplo, al no creer las afirmaciones de otro sujeto, en vez de preguntarse “¿me está mintiendo o esta siendo sincero?”, se preguntan “¿me está mintiendo o esta diciendo la verdad?”).

Debemos dejar bien en claro que una cosa es la *sinceridad* y otra, muy distinta, la *veracidad*. Ser sincero implica expresar lo que uno *cre*e que es verdad; en cambio, ser *veraz* implica expresar *verdades*. De igual forma, *mentir* no es lo mismo que decir *falsedades*. Mentir implica decir lo que uno *cre*e o *sabe* que es falso; y decir *falsedades* implica expresarse sin tener correspondencia con la realidad. La mentira, al igual que el relato sincero, se analiza subjetivamente, en cambio, la verdad o la falsedad de una afirmación se analiza *objetivamente*. Por ello, podemos concluir que hay relatos sinceros verdaderos y relatos sinceros falsos, al igual que mentiras verdaderas y mentiras falsas.

¹⁴⁹ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019.

¹⁵⁰ GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 378.

En este punto, De Paula Ramos expresa que: *“Desde el punto de vista del testimonio, por tanto, se podrían simplificar las categorías en tres opciones, que se suelen ignorar, máxime en los juzgados y tribunales: a) el relato verdadero (sincero o mentiroso); b) el testimonio falso, fruto de una distorsión intencionada de los hechos (diferencia entre lo que se dice y lo que se recuerda), y c) el testimonio falso, basado en recuerdos distorsionados a través de procesos cognitivos normales, sea de forma endógena o exógena. Al dejar de lado esta distinción, se considera que el testigo o está mintiendo, o está diciendo la verdad, con lo que se ignora la existencia de la categoría `c´. Así, el derecho trabaja, en general, con elementos confusos y poco eficientes para garantizar, en todo lo posible, la veracidad del testimonio, que es lo que importa en el procedimiento probatorio. De esta forma, en general, se ignora la posibilidad de que haya errores sinceros -es decir, situaciones en las que el testigo es sincero, pero su declaración no es verdadera-, con lo que se sobrevalora el papel de la sinceridad o la mentira, que no garantizan para nada la veracidad”*.

La confusión entre sinceridad/veracidad o entre mendacidad/falsedad, trasladada al ámbito del proceso, sería un obstáculo para la correcta valoración de los dichos de los testigos, pues si el magistrado, en base a esta confusión, considerase que el testigo es sincero y en consecuencia veraz, estará tomando un camino errático para la averiguación de la realidad de los hechos.

2.2.1. Los motivos que pueden generar errores sinceros

Llegado a este punto, cabe preguntarse ¿cómo es posible que una persona sincera no sea veraz? ¿cómo es posible que un testigo honesto que pretenda transmitir sus conocimientos con relación a un hecho afirme cosas falsas?, en el fondo, ¿cuáles son los factores que pueden originar los “errores sinceros”?

Creemos que la mejor forma de tratar este tema es a partir de la siguiente división: momento de percepción, momento de interpretación, momento de memorización y momento de recuperación.¹⁵¹

El primero correspondiente con la captación del hecho, el segundo correspondiente con la valoración que el sujeto realiza de lo percibido, el tercero correspondiente con la fijación en la memoria de aquello que ha sido percibido e interpretado, y, finalmente, el cuarto momento correspondiente con la búsqueda y obtención de aquel suceso guardado en la memoria.¹⁵²

2.2.1.1. Momento de percepción

¹⁵¹ Manzanero clasifica las fuentes básicas de error en el recuerdo en: 1) las condiciones de codificación, 2) las de retención y 3) las de recuperación. A su vez, entre los primeros agrupa los procesos perceptivos y los de atención, los cuales, a su vez, pueden dividirse en factores del suceso y factores del testigo. Los factores del suceso podrían sub clasificarse en: a) las condiciones perceptivas (percepción del color; cambio de luz; percepción de objetos; distancia, perspectiva y frecuencia; percepción del movimiento; y percepción auditiva); b) información de características especiales (duración; dolor; velocidad; datación ; detalles frecuentemente omitidos); c) familiaridad y frecuencia; y d) tipo de suceso (violencia). Por su parte, los factores de retención y recuperación se corresponderían con la demora, la recuperación múltiple, el formato de recuperación y la información post-suceso. (MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018.).

En cambio, Ferrer Arroyo y Dieuzeide realizan una clasificación más sencilla al hablar de los “siete pecados de la memoria” (así se refieren los autores a los factores que pueden influenciar la memoria de los testigos). Estos “siete pecados” se corresponderían con: 1) la transitoriedad; 2) la distracción; 3) el bloqueo; 4) la atribución errónea; 5) la sugestión; 6) los prejuicios; 7) la persistencia FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en Revista Pensamiento Penal, 25/9/2018).

¹⁵² En este punto es necesario aclarar que la doctrina clásica del derecho probatorio, por ejemplo, Bentham (1823), Mittermaier (1834) o Framarino dei Malatesta (1912) hacía referencia a la existencia de estos errores (haciendo referencia a la percepción, al juicio, a la imaginación, a la memoria, a la expresión) aunque, claro está, sin investigaciones científicas de por medio que pudieran dar crédito a sus consideraciones (véase, BENTHAM, “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T. 1, Cap. IX; MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 258; FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, T.2, TEMIS, Bogotá, 1978, p. 47); justamente, las investigaciones experimentales llevadas a cabo principalmente durante las últimas décadas del siglo XIX hasta nuestros días, han modificado rotundamente el panorama planteado dos siglos antes, sea confirmando o dejando de lado estos pensamientos.

Todas las personas se encuentran rodeadas por innumerables estímulos que provienen del entorno en el cual se desarrolla la vida misma. Y si bien nuestro sistema de captación es bastante bueno, su capacidad es limitada, en tanto no logra abarcar todo aquello que ocurre a nuestro alrededor.¹⁵³ Por ello, no todos los hechos o, si se quiere, no todos los elementos que conforman los hechos que ocurren a nuestro alcance logran ser percibidos. En este mismo momento, el lector, concentrado en la lectura de este texto, no advierta que a su alrededor están ocurriendo innumerables sucesos: el cantar de un ave, el sonido del viento que entra por la ventana, los movimientos que realizan la gente que transita en las cercanías, el sonido del reloj, etc. Pero claro, esto no significa estos sucesos no existan o que el lector no pueda advertir su existencia, sino que los mismos no han acaparado su atención y, por esto mismo, no han sido percibidos y para él son inexistentes. Si, en cambio, el lector dejase de leer este trabajo y se concentrare en todo aquello que trasciende cerca de él, seguramente comenzará a advertir una variadísima cantidad de hechos que hasta el momento no habían acaparado su atención.¹⁵⁴

La atención, entonces, es la base sobre la cual se estructura la percepción o captación de los hechos; sin atención, los hechos pasan desapercibidos. Pero la atención no solo deviene de la voluntad de las personas (es decir, no solo se presta atención cuando uno decide hacerlo), sino que en muchísimas oportunidades (podríamos decir que en la amplia mayoría de los casos) la atención surge a partir de un estímulo externo. Por ejemplo, piénsese en aquel sujeto que caminando por el parque oye un sonido de colisión de automóviles, haciéndole voltear su cabeza en dirección hacia donde vino el sonido. Previo a la existencia del estímulo exterior (sonido) el sujeto no había advertido la existencia de automóviles que se dirigían en una misma dirección y que estaban próximos a colisionar, como tampoco se había percatado de todo aquello que ocurría en dicha dirección; más aún, la observación de la colisión (o de los instantes posteriores inmediatos a la colisión) se origina a partir del sonido emitido por los automóviles al estrellarse¹⁵⁵.

¹⁵³FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en Revista Pensamiento Penal, 25/9/2018

¹⁵⁴ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019.

¹⁵⁵ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 50.

La atención es un fenómeno sumamente particular, pues incluso desde una teoría ingenua la atención es un factor gravitante a los efectos de garantizar una buena codificación de los sucesos (cuantas veces las madres le han pedido a sus hijos que “presten atención” o las maestras que al ver a sus alumnos dispersos le solicitan que “prestar más atención”). Lo que no se sabe es que la atención constituye una función cognitiva apartada de la vista y del oído; por ejemplo, se puede fijar la mirada en un objeto que se encuentra en el centro de nuestro campo visual, sin mover los ojos, pero desplazar la atención a un objeto que se encuentra en la periferia del campo visual (“viendo” incluso mejor este último objeto, pues allí tenemos depositada nuestra atención).¹⁵⁶

Para una clara demostración de cómo la atención influye sobre la percepción podríamos mencionar el “experimento del gorila” que, básicamente, consiste en la proyección de un video en el cual aparecen varias personas, algunas con camiseta negra y otras con camiseta blanca, solicitándole al espectador que cuente cuantos pases realizan con una pelota los individuos que llevan la camiseta blanca. Lo llamativo, y para muchos sorprendente, es que durante el video aparece caminando entre las personas un individuo disfrazado de gorila, que, en la mayoría de los casos, pasa desapercibido por los espectadores¹⁵⁷. A este fenómeno (no percibir aquello que transcurre frente a nuestros ojos) se lo denomina “ceguera intencional”.¹⁵⁸ De igual forma, no solemos darnos cuenta de modificaciones importantes que se producen en nuestro campo visual, incluso cuando las mismas sucedan justo delante de nuestras narices (este fenómeno se corresponde con la “ceguera de cambio”¹⁵⁹).¹⁶⁰

¹⁵⁶ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 51.

¹⁵⁷ El video puede verse en: https://www.youtube.com/watch?v=IGQmdoK_ZfY

¹⁵⁸ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, 2019, p. 15.

¹⁵⁹ Algunos ejemplos pueden verse en los siguientes videos: <https://youtu.be/ubNF9QNEQLA> y <https://www.youtube.com/watch?v=nYQIASnCX3Y&t=28s>

¹⁶⁰ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 50: “*La atención visual selectiva se refiere al campo de atención que dirigimos a un área específica del espacio, cuando, por ejemplo, miramos la página en la que estamos leyendo o escribiendo, o seguimos el vuelo de un pájaro en el cielo. Ahora se sabe que este tipo de atención cubre un área espacial relativamente limitada, y que lo que sucede fuera de esa área se codifica de una forma pobre. De ahí que resulte bastante probable que no nos fijemos en muchos elementos presentes en una escena, y que no se recuerden o se recuerden mal, en el*

Pero la percepción no solo se encuentra condicionada por la atención, sino también por innumerables factores que, en determinados casos, pueden llegar a afectar la correcta captación de aquellos hechos que ocurren a nuestro alrededor. Por ejemplo, no es lo mismo ver un acontecimiento a plena luz del día que hacerlo durante la noche; de igual manera, no es lo mismo apreciar un suceso que ocurre a pocos metros de distancia que otro que ocurre a cientos de metros. Además está decir que todos estos factores serán la clave para que la declaración sincera tenga mayor o menor correspondencia con la realidad de los hechos.¹⁶¹

Los factores que influirían y hasta podrían afectar concretamente la percepción pueden ser clasificados en “factores del suceso” y “factores del sujeto”: los primeros se corresponderían con condicionantes ajenos al sujeto que percibe y propios del suceso en sí mismo, mientras que los segundos pertenecerían a las características propias de cada sujeto.¹⁶²

Pasemos a analizarlos:

2.2.1.1.1. Factores del suceso

a) El color y el cambio de luz:

El color de los objetos nos acompaña a lo largo de nuestra vida (por lo menos en lo que hace a la mayoría de las personas). Si bien la visión monocromática (blanco y negro) nos permite desarrollar nuestros comportamientos y actividades, la visión de los colores posibilita la obtención de información adicional y más elaborada de los estímulos visuales

momento en el que el testigo se encuentra con que debe identificar entre varios rostros que se le presentan a la persona que ha cometido el hecho”.

¹⁶¹ Ferrer Arroyo y Dieuzeide lo explican diciendo que “*percibimos el mundo en función de una suerte de anteojeras cognitivas, por lo que no vemos todo, sino lo que nuestras capacidades bio-psico-sociales nos permiten, ya que no hay percepción, de ninguno de los cinco sentidos que sea absoluta y neutral, y recordamos en función de lo que hemos codificado, ignorando todo aquello que no ha captado nuestra atención por cualquiera de las razones expuestas*” (FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en Revista Pensamiento Penal, 25/9/2018, p. 3).

¹⁶² Conforme MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018.

que, en determinadas situaciones, puede ser de mucha ayuda (por ejemplo, nos permiten advertir si una fruta se encuentra madura, si la carne ya ha terminado de cocinarse, etc.)¹⁶³. Pero aquí lo que nos importa no es la utilidad del color en la vida diaria de las personas, sino su afectación en la declaración de los testigos. Piense por ejemplo en el sujeto que debe reconocer el color de un automóvil que haya sido utilizado para secuestrar a un joven o el color de la ropa que llevaban los sujetos que cometieron determinado ilícito, etc. El color, en estos casos, es un elemento gravitante en la declaración, pues su incorrecta referencia posiblemente nos aparte de la verdad.

La retina del ojo humano se encuentra compuesta por conos y bastones: los primeros permiten la captación del color mientras que los otros posibilitan la visión monocromática (blanco y negro). Pero para el funcionamiento de los conos, es decir, para posibilitar la visión en colores, se requiere luminosidad en el ambiente, lo cual no siempre es algo posible; en estos últimos casos (es decir, en ambientes oscuros) pasan a tomar relevancia los bastones que permiten la visión monocromática ante la falta de luz suficiente (esto explica el porqué vemos en blanco y negro -o en tonos de grises- cuando nos encontramos en sitios con poca iluminación). Pero, además, la oscuridad del ambiente no solo conlleva la imposibilidad de apreciar los colores, sino que también hace perder nitidez en la captación de los objetos (basta con apagar la luz del cuarto para advertir que el contorno y los detalles de los objetos no logra apreciarse debidamente). Entonces, si tenemos presente que la captación del color solo es posible mediante el funcionamiento de los conos, lo cual no siempre es algo viable, debemos concluir que las personas quedarán siempre condicionadas para una adecuada percepción por las características propias del ambiente en el que se encuentra.¹⁶⁴ Todo ello, claro está, es absolutamente trascendente a la hora de valorar una declaración testimonial; pongamos un ejemplo:

Un testigo, en presencia del fiscal, manifiesta que el sujeto que vio entrar a la morada de su vecina, que luego resultaría asesinada, tenía piel oscura y se movilizaba en un

¹⁶³BUENO GARCÍA- LOPEZ TAPIA- MARTINEZ PALOMARES- MORENO ÁLVAREZ “*Neuropsicología del color. Psicología teórica*”, Granada, 2006

¹⁶⁴ACUÑA, Carlos “*Fisiología de la luz*” en revista Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias, octubre/diciembre, 2003; MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 24.

automóvil color negro. Si el fiscal sigue la pista y ordena analizar las grabaciones de las cámaras de seguridad para encontrar dicho automóvil azul conducido por una persona de piel oscura, posiblemente se esté alejando de la verdad si no toma en cuenta que el testigo, a la hora de percibir los hechos que conforman su declaración, se encontraba en la oscuridad de la noche, denotando que el auto negro quizás no era negro y que la persona de piel oscura quizás tampoco gozaba de dicha característica.

La luminosidad/oscuridad, entonces, es un factor determinante para la correcta percepción, por lo que el juzgador (a la hora de valorar los dichos del testigo) deberá analizar estas particularidades.

Por otro lado, el cambio de luz (es decir, la variación de la luminosidad en un ambiente) también puede influenciar la correcta percepción; concretamente nos referimos a las variaciones bruscas de la luminosidad en un ambiente que torna necesaria una suerte de acostumbramiento.

Pongamos un ejemplo para que se comprenda:

Supongamos que nos encontramos bajo el sol en el jardín de nuestro hogar durante un largo período de tiempo y, por cualquier motivo, nos vemos en la necesidad de ingresar rápidamente a nuestra casa que, casualmente, carece de luminosidad por no tener demasiadas ventanas. Este rápido traspaso del jardín al interior de la casa nos imposibilitará, durante los primeros segundos, apreciar debidamente (posiblemente percibamos el ambiente como si hubiera una especie de nube blanca). Hasta que logremos acostumbrarnos al nuevo ambiente pasaran varios segundos, durante los cuales la nitidez y claridad de nuestra visión se encontrará afectada. Algo similar ocurre a la inversa; un típico ejemplo podría ser el del niño que se encuentra dormido en la oscuridad de su cuarto cuando súbitamente ingresa su padre y sin mediar palabra le abre plenamente las ventanas. El niño tardará unos pocos segundos en acostumbrarse a la luminosidad del ambiente. Si bien la capacidad para lograr una rápida adaptación al nuevo ambiente se vería influenciada tanto si pasamos de un ambiente luminoso a uno oscuro y viceversa, es dable señalar que el

acostumbramiento del paso de la luminosidad a la oscuridad demora más tiempo que a la inverso.¹⁶⁵

Claro, estos ejemplos, en principio, parecerían no tener demasiada relación con lo que podría ocurrir en el marco de un proceso, pero en realidad no es así. Utilicemos para explicarlo el mismo caso del sujeto que se encuentra en el jardín de su casa, pero al ingresar a la misma advierte como una persona está huyendo con cosas de su propiedad. Cuando esta persona deba describir ante las autoridades policiales cuál era el aspecto del ladrón, seguramente no logre hacerlo debidamente; incluso, posiblemente varios datos que aporte no sean correspondientes con la verdadera apariencia del malhechor.

En consecuencia, todo magistrado debería conocer la influencia de estos factores a la hora de valorar un testimonio, pues hacen al correcto conocimiento de los hechos.

b) La distancia y el movimiento

La percepción también puede verse afectada por la distancia existente entre nuestra ubicación y el suceso que pretendamos apreciar, en tanto suele ocurrir que a medida que nos vamos alejando de los objetos, nuestra visión pierde nitidez y capacidad para lograr una correcta visualización de los detalles. No es lo mismo apreciar una obra de arte a un metro de distancia que hacerlo a treinta; como tampoco es lo mismo identificar los rasgos faciales de una persona que tengo delante de mí con respecto a otra que está del otro lado de la calle.¹⁶⁶

De igual forma que en los casos anteriores, el desconocimiento de tales referencias nos puede llevar a groseros errores en la valoración del testimonio:

Pongamos el caso de la víctima que, en pleno debate y ante el Juez, reconoce al imputado como el sujeto que lo amenazó en la vía pública. Ante la pregunta del juez sobre

¹⁶⁵ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p, 25.

¹⁶⁶ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018,p. 26.

si está convencida del reconocimiento, expresa: “sí, estoy rotundamente convencido, fue él”, mientras lo señala con el dedo. Tal escena es vista por el juez como un claro y rotundo caso de reconocimiento positivo, por lo que decide condenar al imputado sin valorar que la amenaza se había producido a no menos de una cuadra de distancia y que, por tal motivo, la víctima pudo no haber logrado ver con nitidez la cara de su victimario.

Otro factor que puede provocar un error de percepción está dado por la falsa creencia de movimiento. Sin pretender realizar definiciones técnicas respecto a los estímulos que afectan la retina y que producen la percepción del movimiento¹⁶⁷, diremos que el ojo humano es fácilmente engañado en determinadas situaciones. La percepción del movimiento está determinada, en principio, por el movimiento de la imagen (es decir, por el movimiento de la cosa), por lo que si algún objeto transita por delante nuestro probablemente lo advirtamos y percibamos su movimiento; ello sin perjuicio de que, en determinadas situaciones y condicionados por la falta de atención, no logremos percibir el movimiento (volvamos al experimento del gorila, el cual evidencia como nuestro foco atencional puede condicionar nuestra percepción)¹⁶⁸. Pero incluso existen otros supuestos en los cuales puede ocurrir lo contrario; es decir, podemos percibir movimiento, sin que este exista.¹⁶⁹ Basta con recordar que anteriormente las caricaturas televisivas no reflejaban movimiento, sino imágenes estáticas que, a partir de una leve modificación de la silueta de los personajes y mediante una rápida y progresiva proyección de sucesivas imágenes, generaban en el televidente la impresión de movimiento; otro caso podría ser el de las luces refractarias que se encuentran en los carteles de las autopistas, indicativas de una curva. Estos carteles aparentan una flecha en movimiento cuando en realidad son luces que se apagan y se prenden unas junto a otras.¹⁷⁰

c) Información especial:

¹⁶⁷ Para ello, véase MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 28.

¹⁶⁸ MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993”, p. 15.

¹⁶⁹ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 28; en igual sentido, MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, P. 53

¹⁷⁰ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018,p. 28.

Además de las condiciones generales que pueden afectar la percepción de las personas, existe determinada información (es decir, determinadas notas características propias de cada episodio en particular) que complica su adecuada valoración. Esta información específica se corresponde con: la duración, el dolor, la velocidad y la datación.¹⁷¹ Estos datos son difícilmente cuantificables por las personas, por lo que, trasladadas al ámbito judicial, podrían terminar por degenerar las narraciones de los testigos.

Pongamos un ejemplo: supongamos que durante un debate se pretende determinar si el sujeto que colisionó con su rodado a otra persona conducía por encima del límite de velocidad (60 km/h); para ello, se cita a tres testigos para que expongan al respecto. El primer sujeto sostiene que, “según su parecer”, el conductor iba a unos 50 km/h; en cambio, el segundo sujeto sostiene que “el automóvil venía a una velocidad altísima y que, con seguridad, iba a unos 70 km/h”; por su parte, el tercer testigo, utilizando su mano como si fuera el automóvil y llevándola de un extremo hacia el otro de forma muy rápida, sostuvo “era una flecha, seguro iba a unos 80km/h”. Ante tal compleja situación, el magistrado, amparándose en la claridad, convicción y seguridad con la cuál se expresaron dos de ellos, decide condenar al imputado por haber superado el límite de velocidad causando la muerte de la víctima. Es muy factible que todos los testigos hayan sido sinceros (suponiendo que dijeron aquello que creían que era *verdad*), pero debido a la incapacidad de las personas para estimar de forma precisa este dato, los ha llevado a dar respuestas diferentes. Estas son las complicaciones que pueden surgir a la hora de valorar el testimonio y que el juez debe conocer.

El ser humano determina la velocidad a partir de estimaciones basadas en la comparación con otros objetos. El problema se genera cuando no existe un elemento seguro con el cual comparar o cuando se desconoce la velocidad del elemento con el que se compara.¹⁷²

¹⁷¹ LOFTUS, Elizabeth F. – PALMER, John C. “*Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between language and memory*”, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974.

¹⁷² MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 31.

El ejemplo anterior evidencia la dificultad para la determinación de la velocidad; pero lo mismo ocurre con la duración de los eventos, el dolor y la datación. Determinar cuánto tiempo duro un atraco, cuánto dolor generó determinada herida o cuando ocurrió la violación, son datos difíciles de determinar.¹⁷³ Pero, claro está, esto dependerá del suceso en sí mismo:

Supongamos que recientemente hemos sido víctima de un robo. Posiblemente si ante un tribunal prestamos declaración y se nos pregunta qué día específico ocurrió el delito, logremos precisarlo sin problemas o, por lo menos, podremos determinar si ocurrió al principio de semana o sobre el final de esta. En cambio, si el robo se produjo hace más de diez años, probablemente sea prácticamente imposible determinar el día de producción, salvo que logremos relacionarlo con otro suceso (por ejemplo, recordando que ocurrió el mismo día en que celebrábamos nuestro cumpleaños).

Estos datos, difíciles de determinar correctamente, deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar los dichos del testigo, pues, sus consideraciones, no necesariamente serán correspondientes con la realidad.

d) La familiaridad:

Este elemento se caracteriza por la experiencia que el testigo tenga con relación a una temática específica: un experto en armas posiblemente logre percibir con mayor detalle las características del revolver utilizado para el atraco, en comparación con la percepción que pueda tener cualquier otra persona que no sepa de armas; de igual manera, y utilizando el ejemplo anterior de la velocidad del automóvil, probablemente un corredor de Fórmula 1 logre determinar con mayor precisión la velocidad de los automóviles, en comparación con aquellas personas que ni siquiera saben conducir.¹⁷⁴ Pero la familiaridad no solamente

¹⁷³ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 31.

¹⁷⁴ DIGES, Margarita – MANZANERO, Antonio “*El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos*”, en L. Montoro, E. Carbonell, J. Sanmartín y F. Tortosa (Eds.) “Seguridad vial: Del factor humano a las nuevas tecnologías”, Ed. Síntesis, 1995.

repercute en la percepción, sino en el almacenamiento de aquello percibido (es decir, en la memoria). No solamente recordaremos mejor, sino también más.¹⁷⁵

2.2.1.1.2. Factores del sujeto

Además de los factores que dependen del suceso, existen factores que dependen del sujeto; entre ellos, podemos mencionar:

a) La edad:

Sin mencionar los problemas en la memoria, la edad de las personas puede llegar a ser factor influyente en la correcta percepción. Entre las consecuencias de la ancianidad podemos alegar la complicación para percibir debidamente el movimiento, la adaptación a la oscuridad, la valoración de las distancias o la distinción de colores; todo ello, teniendo en cuenta, a su vez, los problemas atencionales. En el caso de los niños, se ha comprobado que durante los primeros años de su vida no desarrollan la capacidad para almacenar recuerdos (memoria episódica), por lo cual, si creemos recordar algo previo a los tres años, en realidad no estaremos recordando, sino que estaremos haciendo mención a un “falso recuerdo” o “recuerdo generado” a partir de datos o información obtenida posteriormente. Incluso, la edad, tratándose de menores, se relaciona con la sugestionabilidad¹⁷⁶, en tanto

¹⁷⁵ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 32: “El mayor conocimiento sobre aquello que se memoriza lleva a organizar el conocimiento en unidades de memoria mayores y más interrelacionadas, facilita la realización de un proceso más profundo y permite realizar procesos de búsqueda y de atención más selectivos y más guiados y ser más críticos a la hora de rellenar huecos de la memoria”.

¹⁷⁶ Este punto concretamente será tratado más adelante cuando analicemos la creación de falsos recuerdos a partir de factores externos.

durante los primeros años de vida el niño está expuesto a creer la información suministrada por los adultos.¹⁷⁷

b) Expectativa y estereotipos:

Obedecen a sesgos de objetividad; en algunos casos, influenciados por nuestras ideas o creencias, solemos esperar la ocurrencia de determinados eventos que, pese a no ocurrir, consideramos que han ocurrido. De igual forma, los estereotipos (es decir, la adjudicación de determinada característica a un colectivo de personas) pueden influenciar nuestras consideraciones, complementando involuntariamente la información no percibida; en el fondo, los estereotipos no son más que una forma de juicio sobre un grupo de personas que elimina la diferencia entre los sujetos individuales por pertenecer a dicho grupo, magnificando los posibles elementos comunes o sugiriendo que todas las personas pertenecientes al grupo poseen las mismas características.¹⁷⁸

Pongamos unos ejemplos para clarificar: tener repugnancia por una persona posiblemente haga que sus comportamientos sean mal vistos, pese a que su accionar sea acorde a las normas de conducta; muchas personas tienen desprecio por algún político y, por ello, perciben sus comportamientos de forma despectiva. En cambio, en los estereotipos se rellenan las lagunas a partir de la adjudicación generalizada de características, como podría ser el caso de atribuir a un ladrón de origen musulmán, cabello negro sin haberlo visto (pues llevaba un gorro). Es importante aclarar que tanto las expectativas como los estereotipos no necesariamente se corresponden con la malicia o mala fe, sino que en gran

¹⁷⁷Para mayor información sobre cómo la edad puede ser determinante a la hora de percibir, memorizar o recordar sucesos véase MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018; MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019 y, de la misma autora “*¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010.

¹⁷⁸ FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en Revista Pensamiento Penal, 25/9/201; MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 55.

parte de los casos se corresponden con prejuicios que posee la persona sin siquiera saberlo¹⁷⁹.

c) Ansiedad y emoción:

Consideramos que estos factores son determinantes, pues no solo influyen en la percepción del testigo, sino que también interfieren en la posterior narración del suceso, generando tristeza, temor, impotencia, enojo, etc., que puede ser considerada y valorada por el juzgador como características de un relato sincero.

Diversos estudios¹⁸⁰ han determinado que los niveles medios de activación contribuyen a un mejor rendimiento perceptivo, mientras que niveles excesivamente altos o bajos denotan una peor labor perceptiva. Así, se ha demostrado que, en determinadas situaciones, por ejemplo, hechos criminales consistentes en robos con armas, la víctima pone el foco de atención solamente en el arma, denotando una percepción selectiva (es decir, se aprecia correctamente el arma, su forma y algunos detalles, pero se pierde percepción con relación a lo periférico – la cara del asaltante, su vestimenta, etc.-.)¹⁸¹.

Como anticipamos, tales factores no solo son gravitantes para analizar la percepción, sino que también influyen en la posterior narración del suceso. Es habitual que, en determinados procesos y ante determinados hechos, los testigos o víctimas, influenciados por la emoción y los sentimientos propios de haber experimentado sucesos poco agradables, se expresen entre lágrimas o gritos, los cuales podrían ser considerados como identificadores de su sinceridad. Lo importante, a la hora de valorar dicho testimonio, es no equiparar todo ello con la veracidad del relato.

¹⁷⁹ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 56.

¹⁸⁰ Yerkes-Dobson (1908), Easterbrook (1959), Deffenbacher (1983).

¹⁸¹ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018p. 34.

d) Drogas y alcohol

Otro factor determinante en la percepción está dado por el consumo de drogas o alcohol. Más allá que los efectos generados por tales sustancias dependerán de las características propias de cada consumidor y del tipo de sustancia, es innegable que en determinados casos la percepción puede verse notoriamente afectada. Por ejemplo, algunas personas al beber mucho alcohol comienzan a ver doble o perciben el movimiento de objetos que en realidad están inmóviles; de igual forma, el uso de determinadas drogas puede generar alucinaciones -algunas de las más fantasiosas-.¹⁸²

Tales factores, al igual que los anteriores, son relevantes a la hora de analizar el testimonio de las personas, pues la percepción de determinados hechos bajo los efectos de estas sustancias puede traer aparejada una narración notoriamente apartada de la realidad.¹⁸³

2.2.2.2. El momento de interpretación

Por interpretación nos referimos a la comprensión que el observador realiza de lo observado, lo cual se corresponde con la segunda fase del proceso de codificación: primero percibimos y, luego, dotamos de sentido (le asignamos un significado) a aquello que hemos percibimos;¹⁸⁴ incluso cuando no lo advertimos, en tanto este proceso de interpretación es activado automáticamente por el sujeto (uno interpreta sin tener plena conciencia de ello). Todo suceso percibido es interpretado.¹⁸⁵

Utilicemos un ejemplo para advertir rápidamente a qué nos estamos refiriendo:

¹⁸² MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 42.

¹⁸³ Es menester aclarar que existen otros factores que también pueden afectar la correcta percepción -por ejemplo, relacionados con la percepción auditiva, violencia del evento, etc.- que no serán tratados.

¹⁸⁴ MAZZONI, Giuliana, “*¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010, p. 38.

¹⁸⁵ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 71.

Un sujeto observa que al otro lado de la calle dos personas se están gritando entre sí mientras mueven sus brazos rápida y abruptamente. Esta escena hace pensar al observador que está presenciando una pelea. Si en realidad los gritos y movimientos efusivos se deben a que estas personas estaban realizando un espectáculo callejero -una actuación- el sujeto habrá caído en un error de interpretación.

El error de interpretación no obedece a factores perceptivos propiamente dichos, sino a la valoración y significado que el observador realiza sobre el hecho percibido (la percepción es correcta, pero no la interpretación).

Pongamos otro ejemplo: un hombre y una mujer se abrazan fuertemente en la vía pública mientras lloran desconsoladamente. La interpretación de los transeúntes puede ser de la más variada al considerar: que los sujetos se están reencontrando tras un largo tiempo sin verse; o que se están despidiendo pues no se verán por un largo tiempo; o que han tenido una pésima noticia, siendo las lágrimas evidencia del sufrimiento; o que han tenido una muy linda noticia, evidenciando las lágrimas su alegría.

Otro ejemplo podría corresponderse con aquellas imágenes abstractas (habitualmente utilizadas por psicólogos) que pueden ser interpretadas de distinta manera según quien sea el observador, o el caso de las “figuras ambiguas”, las cuales se prestan por lo menos a dos interpretaciones dependiente de los conocimientos previos de quien las observe; de allí que lo que cada sujeto percibe no depende solamente de los elementos u objetos percibidos, sino de los conocimientos y creencias previas del observador.¹⁸⁶

Aquí un ejemplo de estas últimas:

¹⁸⁶ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 54.



(algunas personas observan una joven mujer, mientras que otros solo logran percibir a una anciana)

Todos estos son distintos juicios de valor que lógicamente nos llevan a distintas conclusiones sobre los hechos (quedando en nuestra memoria no solo el suceso percibido, sino la interpretación realizada).

Pero el error de interpretación también puede obedecer a la ignorancia o equívoca noción con respecto a un tema específico:

Supongamos que en un debate se le pregunta a un testigo si considera que en su casa hay radiación, pues justamente se están evaluando las consecuencias que el funcionamiento de una fábrica está generando en la zona. Supongamos también que el testigo contesta que “no, no hay radiación. Nunca vi nada extraño y mi salud es óptima”. Pues bien, más allá que la pregunta es en cierto punto tramposa pues se le está preguntando algo que el testigo no puede percibir (la radiación no se percibe, su existencia se comprueba a partir de estudios realizados por expertos mediante la utilización de maquinaria específica), la respuesta del testigo (en caso de comprobarse que hay radiación en su casa) no obedece a un error de percepción, sino de interpretación. Es decir, a partir de “no haber visto nada extraño” y de “tener una salud óptima” considera que no hay radiación.

Esto se explica en tanto la interpretación deviene de razonamientos inferenciales como los siguientes:

Premisa mayor: Las personas que se gritan entre sí probablemente están discutiendo.

Premisa menor: Las personas al otro lado de la calle están gritándose entre sí.

Conclusión: Las personas probablemente están discutiendo.

Utilizando el ejemplo de la radiación:

Premisa mayor: La radiación en las casas probablemente produzca efectos nocivos en la salud de las personas que las habitan.

Premisa menor: Yo habito esta casa y mi salud es óptima.

Conclusión: Mi casa probablemente no tiene radiación

Como se observa la percepción pudo haber sido correcta, pero no la interpretación.

Tales cuestiones son absolutamente relevantes a la hora de valorar un testimonio pues, independientemente de la creencia del sujeto (incluso por más convencido de que se encuentre) sus manifestaciones pueden no corresponderse con la realidad.

2.2.2.3. Los momentos de memorización y recuperación

Hablar de “memoria” es hablar de hechos pasados. Memorizar es retener aquello percibido, pero claro, no conforme ha sucedido, sino conforme ha sido percibido e, incluso, interpretado. Por más que un hecho haya ocurrido de una forma determinada, si nuestra

captación no es fiel, nuestro recuerdo no se corresponderá con el hecho original (con el hecho externo cuya existencia es independiente al sujeto que lo percibe), sino con el hecho que nuestros sentidos nos han permitido conocer. Memorizar un hecho, entonces, no significará “memorizar el hecho externo”, sino “memorizar el hecho percibido e interpretado”; llevando el tema al ámbito judicial, si con la prueba testimonial pretendemos que la persona declare lo *acontecido* (lo ocurrido) estaremos en un problema, pues para que efectivamente el testigo manifieste *lo ocurrido* será necesario una correcta percepción del suceso complementada con una correcta interpretación, pues de lo contrario (por ejemplo, si la percepción es errónea) solo obtendremos del testigo un “hecho” no sucedido, es decir, la narración de un hecho inexistente. Por ello, es dable aclarar que la declaración solo podrá hacer mención al “hecho percibido” que dependiendo el caso estará más cerca o más lejos del hecho real.¹⁸⁷

Pero el inconveniente no solo está dado en los errores de percepción o interpretación, sino en los errores de memoria propiamente dichos. Un suceso puede haber sido captado debidamente, pero por el paso del tiempo es alterado en la memoria pudiendo incluso llegar hasta perderse. Basta pensar cuántas veces uno cree recordar algo (incluso poseyendo una imagen nítida del recuerdo) que luego, a partir de alguna conversación con amigos o familiares, advierte que tal suceso no ocurrió o, por lo menos, no como uno lo recordaba. Esto es algo muy usual que les ocurre a todas las personas en reiteradas oportunidades a lo largo de su vida; en la mayoría de los casos, uno no logra advertirlo y vive con estos “falsos recuerdos”. Por ejemplo, la mayoría de las personas suelen jactarse de tener recuerdos de cuando tenían 2 o 3 años; pues bien, lamentamos decir que tales recuerdos no son tales, pues a esa altura de la vida nadie tiene desarrollada su memoria episódica (o autobiográfica). Pero esto no significa que la persona no “recuerde” el suceso; seguramente quien se refiere a estos “recuerdos” defiende a capa y espada que el suceso existió y que, incluso, recuerda hasta los detalles del mismo. En el fondo, la imagen que la persona se refleja no es correspondiente con un suceso real, sino que ha sido creada a lo largo del

¹⁸⁷ Sobre la memoria y su funcionamiento puede verse MIRA J.J. “*Psicólogos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?*” en *Estudios de Psicología*, 1990, 42, 101-113

tiempo, adquiriendo en algún momento la calidad de “recuerdo” o de “suceso real”. Una frase muy característica entre todos aquellos que se dedican a estudiar esta temática es que “*la memoria no graba, sino que interpreta y reconstruye la realidad*”¹⁸⁸, lo cual lamentablemente es así.

Comprender la memoria conlleva a comprender las distintas fases o etapas para la adquisición de recuerdos:

El *modelo modal o multialmacén* (el cual utilizaremos en esta investigación) se origina con las labores de Richard Atkinson y Richard Shiffrin quienes en 1968 plantearon que la memoria humana se encuentra conformada por tres estructuras básicas: el registro o depósito sensorial, la memoria a corto plazo y la memoria a largo plazo. Como quedó expuesto anteriormente, la percepción se encuentra condicionada a la atención; sin atención no hay percepción, en tanto en todo momento el mundo que nos rodea va variando, pero sin que tales variaciones sean advertidas por el sujeto. Solo aquellas que acaparen nuestra atención (voluntaria o involuntariamente) serán captadas. Los impulsos sensoriales que se desarrollan en torno al sujeto son incorporados inicialmente al registro sensorial, permaneciendo allí por un lapso de tiempo ínfimo para luego desaparecer (salvo que acaparen la atención del sujeto pasando a la memoria a corto plazo). Se considera que la información será almacenada solo durante un tiempo muy limitado, aproximadamente treinta segundos, para luego perderse, salvo que el individuo se aferre a esta información almacenándola en la memoria a largo plazo. A diferencia de la memoria a corto plazo, cuya capacidad es limitada, la memoria a largo plazo es ilimitada. Pero claro, esta información quedará dormida hasta tanto el sujeto la necesite, para lo cual deberá transferirla nuevamente a la memoria a corto plazo.¹⁸⁹ Ahora bien, el traspaso de un “almacén” a otro, el transcurso del tiempo y tantos otros factores, generarán que la información original (el hecho percibido) vaya variando a tal punto que posiblemente lo que “recordemos” no se corresponda con lo inicialmente almacenado.

¹⁸⁸ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 23.

¹⁸⁹ Una sencilla y clara explicación de estos procesos puede verse en CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015.

Este proceso denota que toda narración sobre eventos pasados no es más que una *reconstrucción* que, seguramente, no sea 100% fiel a la información originalmente obtenida o almacenada; entonces, retomando el tema de la prueba testimonial, podemos decir que aquello que el sujeto declara haber presenciado, en realidad, no es aquello que presenció sino aquello que ha logrado *reconstruir*.¹⁹⁰

Parece claro que, sin perjuicio del registro sensorial y de la memoria a corto plazo (etapas indispensables para la creación de todo recuerdo), la prueba testimonial se relacionará íntimamente con la memoria a largo plazo, la cual puede ser distinguida en: a) memoria semántica; b) memoria procedimental y c) memoria episódica. Manzanero lo explica fácilmente al decir que “la información *episódica* es la responsable de nuestros recuerdos, siendo conscientes de dónde y cuándo ocurrieron y con la experiencia subjetiva de haberlos vivido. La información *semántica* es la responsable de nuestros conocimientos, qué sabemos que tenemos, pero no cuándo ni cómo los adquirimos. Por último, la información *procedimental* hace a nuestras habilidades, a las cosas que sabemos hacer relativamente complejas y que hemos adquirido a través de la experiencia”.¹⁹¹

¹⁹⁰MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010p. 56: “Dado que el proceso de recuperación representa un estrechamiento de la memoria, entonces resulta que, con cualquier tipo de material, se pueden recordar sólo algunos de los diversos elementos que llegaron a al mente, y que su recuerdo se hace a expensas del recuerdo de cualquier otra cosa activada en la memoria en ese momento. Y puesto que el recuerdo de cualquier cosa implica el contemporáneo olvido de cualquier otra, este fenómeno puede producir importantes modificaciones sobre el contenido de una declaración. Desde el punto de vista del testimonio, significa que en el momento en que uno recuerda dos coches implicados en un accidente, probablemente inhibe el recuerdo de otros elementos de la escena que ha presenciado; elementos que podrían ser de igual o mayor importancia respecto al tipo o color de los coches. Puede haberse inhibido, por ejemplo, el recuerdo de que había un tercer automóvil que con su comportamiento podría haber causado el accidente, o que el coche que venía en dirección contraria llevaba un número de pasajeros superior al permitido por la ley, o que otro coche, en fin, iba a una velocidad excesiva. Por suerte, no siempre es evidente que lo que se inhibe sea de igual o mayor importancia que lo que se recuerda. No obstante, la gravedad del asunto estriba en que, de antemano, no se sabe cuál es el aspecto importante y, en consecuencia, qué elemento será importante solicitar en el recuerdo, y cuáles podrán ser inhibidos sin especial daño para el testimonio. Siendo éste uno de los principios de funcionamiento de la memoria humana, poco se puede hacer para bloquear su influencia. El hecho de recordar una parte de un episodio implica al mismo tiempo el olvido de otras”.

¹⁹¹ MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018, p. 30; en este punto el autor adopta el *modelo modal o multialmacén*, desarrollado principalmente por Atkinson y Shifrin (1968), teniendo como predecesor el trabajo de James, quien, en su obra *The Principles of Psychology* proponía la existencia de dos tipos de memoria: la primera o transitoria y la secundaria o permanente. El *modelo modal*, básicamente, plantea la memoria a partir de tres estructuras: el registro o depósito sensorial, el almacén o memoria a corto

Nos centraremos en la memoria *episódica* (o información episódica), debiendo poner nuevamente énfasis en que memorizar un hecho (es decir, retener un hecho percibido) no implica adquirirlo por siempre ni adquirirlo con exactitud, sino, más bien, todo lo contrario. El recuerdo de un suceso no solo que no será retenido por siempre, sino que irá variando a lo largo del tiempo, siendo muy factible que, luego de un determinado lapso temporal (dependiendo del suceso), el mismo se termine perdiendo. ¿Acaso existe alguien que recuerde absolutamente todo lo percibido? La respuesta es “no”, salvo que pensemos en el personaje ficticio de Jorge Luis Borges “Funes el memorioso”.¹⁹²

Pero el recuerdo, para ser tal, debe ser susceptible de ser recordado. Un recuerdo que no es recordado no es un recuerdo. Aquí toma relevancia el momento de recuperación, por el cual el sujeto logra acceder al contenido almacenado en su memoria; es decir, logra acceder a sus recuerdos. Para ello existen dos maneras, una directa y otra indirecta. En el primer caso el sujeto logra adquirir la sensación de mirar su propia mente, como si volviera a percibir el suceso almacenado (por ejemplo, es habitual no encontrar la llave de casa y, de repente, ver la imagen de la llave encima de la mesa); en el segundo caso, en cambio, no se logra rápidamente acceder al recuerdo, sino que es necesario realizar cierto esfuerzo o labor. ¿Cómo es esto? Supongamos que pretendemos saber cómo hemos festejado nuestro cumpleaños hace 10 años; difícilmente logremos obtener ese dato de forma rápida. Para el recupero del recuerdo, que estará en algún lugar de nuestra memoria, debemos acceder a datos paralelos que se irán entrelazando hasta llegar al suceso. Por ejemplo, no recuerdo dónde festejé mi cumpleaños hace diez años, pero tengo presente que durante dicho año falleció mi abuela, que el fallecimiento ocurrió antes de mi cumpleaños, que ese año estuve

plazo y el almacén o memoria a largo plazo (CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015, p.156).

¹⁹²Funes, protagonista de una ficción escrita por Borges, tenía el poder de recordar con exactitud todo hecho percibido. Nunca olvidaba; de allí su frase “más recuerdos tengo yo solo que los que habrán tenido todos los hombres desde que el mundo es mundo...mi memoria es como vaciamiento de basuras” (BORGES, Jorge L. “Ficciones”, Alianza Editorial, España, 1998)

muy triste y, claro, recuerdo no haber festejado el cumpleaños sino solo haber hecho una cena familiar junto a mis padres.¹⁹³

El gran problema de la memoria y, sobre todo, del proceso de recuperación es que al recordar algo lo hacemos parcialmente, sea porque modificamos el recuerdo o porque dejamos de lado datos importantes que hacen al suceso.¹⁹⁴ Uno puede recordar haber visto un atraco, pero no el color del auto que usaron los delincuentes para escapar (incluso cuando tal información fue percibida en su momento). La Universidad de California durante los años 90 realizó una serie de investigaciones destinadas a analizar, justamente, las eventuales modificaciones producidas durante el momento de recuperación; efectivamente, Anderson, Bjork y Bjork lograron determinar que el acto de recordar podía modificar el recuerdo. Más aún, se determinó que el recuerdo de cualquier cosa implica contemporáneamente el olvido de otra, siendo este uno de los principios que hacen al funcionamiento de la memoria humana.¹⁹⁵ Explica Mazzoni que no existe una zona cerebral completamente dedicada a la memoria como si se tratara de un cajón donde logremos encontrar en forma completa nuestro recuerdo, más bien se trata de una serie de cajones intercomunicados en donde se guardan fragmentos abstractos derivados de la experiencia. La recuperación implica acceder al mayor número de cajones y conectarlos debidamente; de allí que “recordar es un proceso fundamentalmente reconstructivo, y no reproductivo”.¹⁹⁶

¹⁹³MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010p. 55.

¹⁹⁴ MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018, p. 68: “El recuerdo que tenemos de cualquier suceso suele consistir en un esquema tipo que se actualiza con detalles del episodio concreto. De esta forma nuestros recuerdos son generalmente como caricaturas de la realidad en las que ciertos rasgos sobresalen más que otros, que quedan borrados o muy desdibujados. Cuando se nos pide que recordemos lo sucedido, de forma implícita se pide una historia coherente y completa del suceso. Es decir, que demos una fotografía a partir de la caricatura. Para llevar a cabo esta tarea, debemos rellenar los detalles desdibujados o inexistentes del suceso que no almacenamos en nuestra memoria. Este relleno de las lagunas de nuestros recuerdos lo realizamos a través de inferencias que recogen información procedente de nuestros conocimientos y experiencias previas y de información proporcionada posteriormente al suceso. Algunas de estas inferencias serán correctas lo que dará como resultado que proporcionemos más información; sin embargo, otras serán incorrectas de lo que resultarán distorsiones de la realidad. Así, las falsas memorias de los testigos presenciales son mucho más frecuentes de lo que pensamos”.

¹⁹⁵MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010”, p.56.

¹⁹⁶ MAZZONI, Giuliana “Psicología del testimonio”, Trotta, Madrid, 2019p. 72.

Entre los factores que en mayor medida pueden afectar nuestra memoria y nuestro proceso de recuperación se encuentran:

a) La demora:

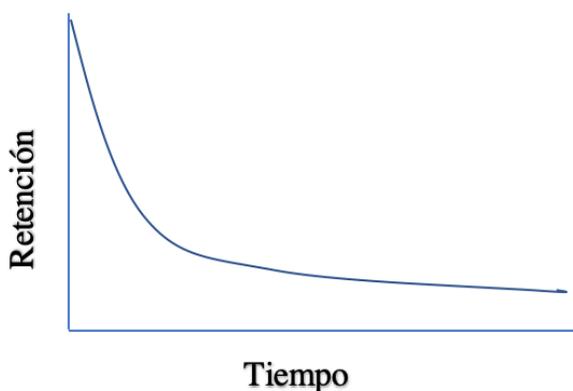
Quizás el factor más conocido y de “sentido común” que condiciona la memoria está dado por el paso del tiempo. Seguramente el lector recuerde lo que cenó ayer, pero difícilmente lo que cenó un día puntual del mes pasado; seguramente recordemos la cara del sujeto que nos vendió un televisor que compramos durante esta semana, pero difícilmente recordemos quién nos vendió nuestro primer televisor. A medida que transcurre el tiempo, el recuerdo se va perdiendo: primeramente iremos olvidando los detalles (la cara del vendedor, su vestimenta, su tono de voz), luego iremos olvidando cuestiones más genéricas (dónde compramos el televisor, cuánto lo pagamos e, incluso, cómo era ese televisor), finalmente olvidaremos la compra (es decir, no olvidaremos que el televisor en algún momento fue comprado -aunque quizás también lo olvidemos -, sino la información que conforma ese recuerdo -el día, la hora, el vendedor, el comercio, el buen trato propiciado, el clima del día, todos los datos)¹⁹⁷.

Hay personas que manifiestan recordar “con lujo de detalle” hechos que han vivenciado hace décadas. Más allá que tal afirmación quizás sea verdadera, muy probablemente tales “recuerdos” no se correspondan exactamente con el hecho percibido. Por ejemplo, es habitual que adultos mayores al volver a sus colegios realicen manifestaciones como “pensaba que la escalera era más grande” o “recordaba esta aula con paredes más amplias”, etc., evidenciando que su “recuerdo” no se correspondía con la realidad y, en consecuencia, el “recuerdo” no era tal (era un falso recuerdo o un recuerdo alterado por el paso del tiempo).

¹⁹⁷ DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010; FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en *Revista Pensamiento Penal*, 25/9/2011; SCHIAVO, Nicolás “*Valoración racional de la prueba en materia penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 55.

Quien primeramente desarrolló experimentos sobre el deterioro de la memoria en virtud del paso del tiempo fue el filósofo alemán Ebbinghaus, quien en 1885 determinó que el deterioro es muy rápido en los primeros momentos y, a medida que va pasando el tiempo, el deterioro de va haciendo más lento. El autor grafica lo antedicho con una curva (conocida como “la curva del olvido”) donde se aprecia que inicialmente la información que se pierde es mucha, pero luego, tal pérdida, va aminorándose (lo que evidencia una curva más aplanada).¹⁹⁸

Podríamos graficarlo de la siguiente forma:



Las hipótesis explicativas de estos procesos son varias¹⁹⁹:

¹⁹⁸ Vale aclarar que los postulados de Ebbinghaus, pioneros en la materia, se contraponen a los de Sir Frederic Bartlett, quien en 1932 comenzó a estudiar la retención de circunstancias cotidianas, considerando que el recuerdo no es una función independiente y distinta de la atención, la percepción, la imaginación o el pensamiento, sino que todo esto constituye un todo. Según el autor, la memoria sería un proceso “esquemático”: la personas recuerdan aspectos generales y los detalles más sobresalientes, y a partir de allí crean su versión de los hechos. Esta concepción tiene principal desarrollo años más tarde (década del cincuenta) cuando surgen distintas investigaciones sobre la memoria, lo que implicó entender el proceso de elaboración de información a partir de tres fases: adquisición, retención y recuperación (MIRA J.J. “*Psicólogos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?*” en *Estudios de Psicología*, 1990, 42, 101-113)

¹⁹⁹ Una clara explicación puede verse en CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015, p. 168 y MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p.66.

- 1) Teoría del decaimiento de la huella: el olvido deviene del decaimiento de la huella de memoria, lo cual tiene lugar de forma espontánea por el solo paso del tiempo.
- 2) Teoría de la interferencia: los recuerdos se superponen unos a otros
- 3) Teoría de la fragmentación: lo que se produce no es el deterioro global de los recuerdos, sino solo la pérdida de sus componentes, suponiendo su desmenuzamiento.

Por su parte, Tulving propuso una alternativa a los postulados antedichos, argumentando que, en realidad, el recuerdo no se pierde, sino que sigue existiendo, aunque sin posibilidad de acceder a ellos; es decir, el recuerdo sigue estando pero es inalcanzable para el individuo. Entonces el “olvido” no sería “pérdida de información” sino “inaccesibilidad a la información”.²⁰⁰

Pero, más allá de la posible explicación, lo que aquí importa es la consecuencia para el sujeto: la imposibilidad para recuperar aquello percibido y oportunamente almacenado. Nos llama poderosamente la atención cómo es posible, teniendo en cuenta los resultados de las investigaciones mencionadas, que en el ámbito judicial y ante la realización de cualquier debate luego de haber pasado 3, 5 o 10 años con posterioridad a los hechos, los testigos puedan “recordar” con lujo de detalle el suceso que narran (en muchos casos, describen con absoluta precisión la vestimenta de los sujetos, sus rostros, los colores de los autores, los modelos, marcas, etc.). Como se podrán imaginar estas consideraciones son imprescindibles para el juzgador que deberá valorar las narraciones de los testigos, más aún teniendo presente que es usual que los debates se realicen años después de producido el suceso (por lo menos en Argentina). No es lo mismo un testigo que depone sobre un hecho que presencié hace diez años, que la narración de un testigo sobre hechos ocurridos hace menos de una semana.

b) La recuperación múltiple:

²⁰⁰ TULVING- PEARLSTONE, “*Availability versus accessibility of information in memory for words*”, *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 5.

¿Cuántas veces declara un testigo a lo largo de un proceso judicial?

Sin adentrarnos en la discusión sobre qué debe entenderse por declaración y qué no, podemos afirmar que (por lo general) a lo largo del proceso las personas no declaran menos de dos veces: inicialmente durante la investigación (instrucción o sumario) y luego durante el debate (juicio propiamente dicho); pero en determinados casos, la declaración supera este número pues en la primera etapa del proceso el testigo puede declarar tanto ante la policía, el fiscal o incluso ante el juez de instrucción (o juez de garantía dependiendo la legislación); pero además puede suceder que, incluso habiendo terminado la primera etapa del proceso, el testigo deba declarar más de una vez (supongamos que declara durante el debate y luego, en virtud a los dichos de otro testigo, se requiere hacer un careo o se lo vuelve a citar para que aclare algunas cuestiones que han surgido con posterioridad a su declaración). Pero además de estas declaraciones formales, lo más probable es que el testigo haya narrado los hechos percibidos a sus familiares, amigos, allegados, conocidos, periodistas (más aún tratándose de una víctima); incluso es muy probable que el testigo haya intercambiado opiniones con otros testigos.

La cadena de declaraciones antedicha es denominada “declaraciones múltiples” que, llevado al campo de la memoria, evidencia “recuperaciones múltiples”. La nota característica de esta constante rememoración y narración del suceso es que con cada relato se va alterando el hecho base (es decir, se va alterando el material almacenado en la memoria). Al respecto, existen investigaciones²⁰¹ que han determinado que las recuperaciones sucesivas, si bien pueden aumentar el grado de detalles, también aumentan los errores (información falsa creada por el propio sujeto).

Explica Manzanero que habitualmente tras un suceso criminal la víctima comienza a reflexionar sobre lo sucedido, analizando qué hizo y qué pudo haber hecho, narrando el suceso a otras personas e incluso debatiendo sobre lo ocurrido; además puede tener dificultades para dejar de pensar en el suceso. También, es habitual que previo a declarar ante la autoridad, las personas preparen el relato -lo estructuren o repasen para una mejor explicación-. Todo ello, indefectiblemente, repercute sobre su recuerdo, pues tales

²⁰¹ Scrivner y Safer (1988); Bekerian, Dennett, Hill, Hitchcock (1992).

operaciones mentales van modificando la percepción original, generando en la memoria del sujeto un falso recuerdo. Igualmente, la información adquirida con posterioridad al suceso genera modificaciones en la memoria: intercambio de información con los otros testigos, lectura del periódico que relata el hecho, etc.; todos ellos son factores que pueden alterar la información que poseemos, generando también falsas creencias²⁰². Por ello, es importante que el juzgador no se deje llevar por la sinceridad que aparenta el testigo, sino que debe analizar la posible existencia de este factor.

c) Las *sugerencias* externas:

La distorsión del suceso también puede producirse como consecuencia de sugerencias externas. Las preguntas sugestivas, en el ámbito judicial (aunque lógicamente también es aplicable a cualquier otro ámbito), tienden a introducir datos que con facilidad se incorporan al recuerdo, denotando una alteración en la memoria.²⁰³ Al respecto, existen numerosos experimentos e investigaciones²⁰⁴ donde se ha demostrado como las preguntas sugestivas logran alterar, en algunos casos de forma irreversible, la memoria de los sujetos.²⁰⁵ Incluso, es posible generar recuerdos absolutamente falsos (es decir, ya no hablamos de modificar el recuerdo, sino de crear un recuerdo).²⁰⁶ Un experimento

²⁰² VALVERDE SOTO, M. José – RUIZ HERNANDEZ, José – LLOR ESTEBAN, Bartolomé, “*Valoración de la credibilidad del testimonio: aplicación del Modelo Reality Monitoring*”, en Revista Internacional de Psicología, Vol. 12 Nro. 02, 2013, p. 8.

²⁰³ DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010.

²⁰⁴ Una reseña de las diferentes investigaciones sobre la sugestionabilidad puede encontrarse en ANGELUCCI, Luisa, “*Escala de Sugestionabilidad Interrogativa de Gudjonsson: Confiabilidad, Análisis de Ítems y Estructura Factorial*” en Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology - 2005, Vol. 39, Num. 1 pp. 127-138.

²⁰⁵ Véase: LOFTUS, “*Leading questions and the eyewitness report*” en *Cognitive Psychology*, 7, 560-572, 1975. MANZANERO-DIGES, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, p. 12; MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 77

²⁰⁶ Circunscripta al caso de los niños, expresa DIGES que existen, por lo menos, seis técnicas de preguntas problemáticas que podrían generar falsos recuerdos: 1. Técnica de preguntas sugestivas (se introduce en la pregunta información o datos aún no aportados por el entrevistado); 2. Técnica de “otras personas” (se le dice al niño que otros niños ya han aportado información sobre el tema); 3. Técnica de las consecuencias positivas (se da o promete aprobación, orgullo o alguna recompensa); 4. Técnica de la consecuencia negativa (consiste en criticar o mostrar desacuerdo con la información aportada por el niño o se le indica que sus dichos son incompletos o inadecuados); 5. Técnica de “preguntado y contestado” (formulación de preguntas que ya han

desarrollado por Loftus y Palmer en 1974 pudo corroborar que la forma en que se realizaba la pregunta y la terminología utilizada por el entrevistador era un factor condicionante de la respuesta del testigo: en dicho entonces los participantes del experimento debieron observar un video donde se reflejaba la colisión entre dos automóviles; paso seguido, se les preguntó a un grupo de sujetos “¿qué tan rápido iban los automóviles que se estrellaron entre sí?”, la velocidad arrojada por estos individuos fue superior a la referida por aquellos sujetos a los cuales se les preguntó sin utilizar el término “estrellar” (suplantándolo por “colisionar”). Una semana más tarde, se les preguntó a todos los sujetos si habían visto vidrios rotos; las respuestas de los sujetos a los cuales inicialmente se les preguntó utilizando el término estrellar o aplastar, fueron más proclives a sostener que vieron vidrios rotos (pese a que este dato no surja del video)²⁰⁷. Un experimento similar, también desarrollado por Loftus, tuvo lugar un año más tarde con la participación de un grupo de estudiantes que, tras observar un video de un accidente vehicular, se les preguntara “¿Qué tan rápido iba el deportivo blanco cuando *pasó por el granero* mientras circulaba por la carretera?”; el 17.3 % de los estudiantes afirmaron haber visto el granero (que nunca existió), mientras que solo el 2.7% de los estudiantes a los cuales no se les preguntó haciendo mención al granero dijo recordarlo.

En otro experimento se le solicitó a un grupo de personas (bajo el pretexto de que estaban participando de estudios de mercado sobre productos de consumo habitual) que respondieran las siguientes preguntas: a una parte del grupo se les preguntó “¿cuántos productos ha probado? 1? 2? 3?”; en cambio, a los restantes participantes se les preguntó “¿cuántos productos ha probado? 1? 5? 10? La respuesta promedio del primer grupo fue de 3.3, mientras que las del segundo grupo 5.2. Además, a los sujetos del primer grupo se les preguntó “¿tienes dolores de cabeza con frecuencia y, de ser así, con qué frecuencia?”; en

sido contestadas de forma clara en la porción inmediatamente anterior de la entrevista); 6. Técnica de invitación a la especulación (se le solicita al niño la especulación u opinión sobre hechos pasados o se encuadra la entrevista como de imaginación, de simulación o de resolver un misterio); véase DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010, p. 32.

²⁰⁷ LOFTUS, Elizabeth F. – PALMER, John C. “*Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between language and memory*”, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974.

cambio a los del segundo grupo se les preguntó “¿tienes dolores de cabeza ocasionalmente y, de ser así, con qué frecuencia? La respuesta de los primeros (cuya pregunta incluía “*con frecuencia*”) fue de 2.2; mientras que los segundos (a los cuales se les preguntó utilizando el término “*ocasionalmente*”) fue de 0.7.²⁰⁸

Existen varios factores que pueden influenciar en la alteración de los recuerdos. Algunos experimentos han determinado que la demora (es decir, el tiempo transcurrido entre el suceso y la presentación de la información engañosa) es un factor determinante en la creación de falsos recuerdos. Mientras menos tiempo entre el suceso y la información falsa exista, menos efectos producirá; en cambio, a mayor tiempo, más efectos producirá en el sujeto.²⁰⁹ Otro factor estaría dado por el tipo de información, es decir, no es lo mismo alterar el recuerdo en lo que hace a la información periférica que hacerlo con relación a los hechos centrales del suceso. De igual manera, a mayor reiteración (es decir, mientras más veces sea proporcionada la información falsa), mayor probabilidad de alterar el recuerdo.

La creación de falsos recuerdos puede producirse de distintas maneras: a partir de comentarios de familiares o amigos, mediante la presentación de fotos, mediante la palabra de expertos, entre otras formas.²¹⁰

²⁰⁸ Los resultados de estas y tantas otras investigaciones similares pueden verse en LOFTUS, Elizabeth F. – PALMER, John C. “*Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between language and memory*”, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974..

²⁰⁹ BELLI, R. – WINDSCHITL, P. – MCCARTHY, T.- WINFREY, S-, “*Detecting memory impairment with a modified test procedure: manipulating retention interval with centrally presented event items*” en *Journal of Experimental Psychology*, 18, 2.

²¹⁰ Para profundizar sobre las distintas posturas que tienden a explicar como es posible que un suceso no percibido sea considerado como un verdadero recuerdo tras la realización de preguntas sugestivas por investigadores (*efecto misleading*), véase MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 3, 1993.. Allí, los autores explican como distintos expertos han polemizado sobre esta cuestión denotando la existencia de cuatro posibles teorías: 1) la información postsuceso provoca una alteración o reconstrucción en la memoria de los sujetos que termina mezclándose con la información original; 2) no existe conflicto entre ambas memorias, ya que solo habría una única huella de memoria (la información suministrada por el investigador); 3) la información post suceso solo será incorporada cuando los sujetos carezcan de huella de memoria original; 4) la información original coexiste con la información aportada post suceso, denotando la existencia de disímiles representaciones (la información aportada inhibiría a la información original, imposibilitando su acceso). Independientemente del criterio adoptado, hay coincidencia en que la información post suceso afecta considerablemente la información original.

Pero la información engañosa no solo puede *modificar* los recuerdos, sino directamente *crearlos*, es decir, hacer nacer recuerdos completamente falsos. Esto que parecería bastante extraño, pues una cosa es *modificar* un recuerdo existente y otra muy distinta es *crearlo* (desde cero). Existen numerosas investigaciones²¹¹ que han logrado acreditarlo a tal punto que se les ha hecho creer a personas a través de falsos comentarios de familiares, de fotografías, de palabras de expertos, etc., el recuerdo de situaciones de las más variadas como: haber volado en globo, haber sido abandonado por sus padres, haber presenciado un exorcismo y hasta haber padecido operaciones quirúrgicas (todos sucesos inexistentes)²¹². Estos falsos recuerdos son más fáciles de lograr tratándose de niños.²¹³

En uno de los pasajes de la obra “¿Se puede creer a un testigo?” de Giuliana Mazzoni, más concretamente en el capítulo titulado “Digo lo que quieres que diga o digo lo que recuerdo”, se explica que: “En la frase precedente se ha introducido una importante distinción para la psicología del testimonio: la que existe entre relato y recuerdo. Cuando un testigo dice ‘Eran dos las personas que participaron en la rapiña de la joyería’, inicialmente nos preguntamos si el testigo tiene algún motivo para mentir de modo intencional. Que fuese amigo del ladrón, por ejemplo. No obstante, si consideramos que no hay motivo alguno para mentir, asumimos que lo que cuenta se corresponde con lo que recuerda, y que lo que recuerda, a su vez, se corresponde con lo que ha visto. Pero, para el

²¹¹ LOFTUS, E. –PICKRELL, J. “*The formation of false memories*”, en *Psychiatric Annals*, 25 (12), 1995; MAZZONI, G.- LOFTUS, E.- KIRSCH, I., “*Changing beliefs about implausible autobiographical events: a Little plausibility goes a long way*” en *Journal of experimental psychology: Applied*, 7,1, 2001; MAZZONI G. – MEMON, A. “*Imagination can create false memories*” en *Psychological Science*, 14(2), 2003.

²¹² Véase en MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 79.

²¹³ MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. *El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010, p. 90: “Aunque los niños pequeños de cuatro a cinco años son los más fácilmente sugestionables, también es cierto que los de siete son más sugestionables que los de nueve. En un trabajo de investigación (Mazzoni, 1998) unos niños asistían a una escena. Al día siguiente se les hacía preguntas engañosas sobre el evento al que habían asistido. Se les preguntaba por ejemplo: ¿recuerdas a qué hora entraba en clase el señor que llevaba una cartera roja bajo el brazo?, cuando el hombre en cuestión lo que llevaba era un libro en la mano. En la tarea de reconocimiento que se efectuó una semana después, casi el 60% de los niños de seis años eligió la respuesta sugerida en la pregunta, mientras que el porcentaje de niños de nueve años que daban esa respuesta era algo inferior al 40%. Resultados como éste indican que, en el fondo, basta con una sola pregunta mal formulada para que la mayoría de un grupo de niños de seis años, en la posterior prueba de memoria, respondan con la información sugerida y no con lo que realmente habían visto. Añado que también los niños de nueve años son sugestionables y modifican su memoria si reciben informaciones falsas...hay resultados, confirmados repetidas veces, que muestran que es posible inducir a los niños a recordar eventos que nunca han sucedido”; un pormenorizado estudio sobre testimonios infantiles puede verse en MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 200.

psicólogo que se ocupa del testimonio, esta asunción no es correcta. Sabemos por los estudios de psicología social que existe un efecto, denominado “compliance”, traducible como complacencia. Este fenómeno puede ser descrito en la psicología del testimonio como la tendencia a decir lo que se considera que el otro quiere oír. Se trata de una situación bastante diferente del mentir intencional dado que, en este caso, no está presente el deseo de dañar al otro, no hay antagonismo, ni tampoco el deseo de decir cosas falsas ni de engañar. Más bien al contrario, hasta se podría definir como una forma extrema de colaboración. Una persona que quiere complacer dice lo que el otro le envía para hacerle entender qué es lo que se espera de su respuesta. Tratar de complacer a otro lleva, pues, implícita una modificación de la declaración testimonial. Este aspecto es bastante importante puesto que la instrucción policial y el procedimiento se basan en la declaración del testigo para llegar a decisiones importantes. Y es suficiente que la declaración se modifique, independientemente de las modificaciones del recuerdo, para que el testimonio de un individuo no resulte válido. Pero el estudioso de la memoria va más allá de esta contestación y se cuestiona si las preguntas que contienen sugerencias, además de producir en el momento un efecto de complacencia en el relato, pueden acarrear, con el tiempo, un verdadero cambio en la memoria”.²¹⁴

Asumiendo que las preguntas sugestivas no necesariamente se realizan de forma voluntaria por el interrogador, se han planteado dos posibles hipótesis tendientes a explicar el origen o el motivo de la utilización (involuntaria) de preguntas engañosas: en un primer lugar se sostiene que existen “reglas” que establecen cómo deben desarrollarse las comunicaciones normales, las cuales son respetadas en las comunicaciones habituales (con amigos, familiares, etc.). Entre estas reglas podemos mencionar la *suposición*, es decir, asumir que el conocimiento que tenemos es compartido por la otra persona (por ejemplo, al preguntarle a mi pareja si quiere que le regale un televisor, se presupone que mi pareja conoce el significado de “televisor”); en virtud de esta regla las comunicaciones pueden desarrollarse con normalidad sin mayores inconvenientes. Pero, en el caso de los testigos, la regla es a la inversa, es decir, debemos asumir que no sabemos aquello que el testigo sabe y pretende manifestar. Las preguntas engañosas a testigos se originarían por la aplicación de

²¹⁴MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010, p. 76

esta regla de conversación, propia de las conversaciones normales de la vida diaria, en el ámbito del proceso.²¹⁵

El segundo motivo, complementario del anterior, podría estar dado por los propios procesos del razonamiento humano, en tanto es habitual que las personas tiendan a confirmar las hipótesis y no a falsearlas. Todos aquellos aspectos que podrían llegar a dejar sin efecto la hipótesis asumida son dejados de lado o son pasados por alto, realizándose preguntas (involuntariamente claro) destinadas a obtener la confirmación de la idea en que se está pensando.²¹⁶

Dejando de lado los recuerdos falsos o modificados, debemos decir que las respuestas de los testigos también podrían verse condicionadas por la terminología utilizada en la pregunta; es decir, no nos referimos a la “falsa información” que contiene la pregunta, sino a las palabras que conforman las preguntas. Creemos que los experimentos desarrollados por Harris (1973) dan cuenta de ello: a los participantes se les dijo que el experimento consistía en estudio sobre la precisión de las mediciones de adivinanzas, debiendo hacer una suposición numérica lo más inteligente posible para cada pregunta. Ante la pregunta “¿Cuánto duró la película?” la estimación promedio fue de 130 minutos, mientras que ante la pregunta “¿Qué tan corta fue la película?” la respuesta condujo a los 100 min. La misma consecuencia se da ante las preguntas “¿Qué tan alto era el jugador de baloncesto?” y “¿qué tan bajo era el jugador de baloncesto?”²¹⁷

Entonces, no solo la información falsa condiciona la contestación, generando falsos recuerdos, sino también la terminología utilizada en la pregunta. Esto último es extremadamente relevante para la práctica judicial, pues en base a la conformación de la pregunta (realizada por el fiscal, el policía, el defensor, el juez, etc.) podremos obtener una u otra contestación. Claro que esto no ocurrirá en todos los casos ni con todas las personas, pero es innegable que sí lo hará en determinadas situaciones.

Ahora bien, tratándose de menores de edad el grado de sugestibilidad es aún mayor:

²¹⁵ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 106

²¹⁶ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 107

²¹⁷ LOFTUS, E., “*Eye witness testimony*”, *Cognitive Psychology*, 1975, 7, 550-572.

Un trabajo muy influyente en este punto ha sido el de Varendonk (1911) quien, tras ir a una clase de niños de escuela elemental, se concentró en un grupo de alumnos que habían tenido a un mismo maestro durante varios años, es decir, los niños observaban todos los días y durante horas al mismo maestro. El investigador les preguntó a los niños si la barba de su maestro era negra o marrón. Algunos niños respondieron que la barba era negra y otros marrón; lo llamativo es que el maestro no tenía barba. Este tipo de preguntas es comúnmente conocida como “pregunta engañosa”, donde se incorpora información no concordante con la realidad, pero dando a entender su existencia.²¹⁸ Diversas investigaciones han demostrado que a medida que aumentan los años de edad, la sugestionabilidad tiende a disminuir; es decir que mientras más joven sea el sujeto, más susceptible es a las sugerencias externas. Estos estudios han determinado que entre los 3 y 4 años existe mayor sugestionabilidad que entre los 5 y los 6 años, pero sin que estos últimos difieran notablemente de aquellos niños entre 7 y 10 años.²¹⁹

Volviendo al tema de la sugestionabilidad en general (es decir, no solo en el caso de niños), debemos poner en evidencia que el gran inconveniente está dado en que toda esta falsa información no solo proviene de quien realiza las preguntas, sino de los periódicos, de la televisión, de los relatos de los restantes testigos (es muy común que en todo evento delictual los testigos intercambien opiniones sobre lo presenciado), etc. Toda esta información post-suceso será gravitante para la generación de falsos recuerdos.

Más allá que algunos postulados sostienen que en realidad no se produciría una alteración de las huellas de la memoria (sino una respuesta del testigo originada por la presión por parte de investigadores o de la situación), lo cierto es que las evidencias demuestran que en muchos casos los individuos carecen de la capacidad para distinguir el origen de la información sugerida. Incluso, variadas investigaciones ha demostrado que las personas pueden tener tanta confianza sobre la realidad de sus memorias verdaderas como aquellas originadas en sugerencias.²²⁰

²¹⁸MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010, p. 72.

²¹⁹ Véase ANGELUCCI, Luisa, “Escala de Sugestionabilidad Interrogativa de Gudjonsson: Confiabilidad, Análisis de Ítems y Estructura Factorial” en Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology - 2005, Vol. 39, Num. 1 pp. 127-138.

²²⁰ MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018, p. 71.

Para evitar la creación de falsos recuerdos a partir de interrogatorios realizados de forma inadecuada, se han elaborado distintos protocolos de actuación para la obtención del testimonio; la gran mayoría de estos han sido realizados por psicólogos que, basados en sus estudios, han determinado cómo debería tomarse una declaración para que el relato sea lo más fiel posible a la percepción del testigo. Así, se explica que un interrogatorio mal realizado puede traer graves consecuencias en la búsqueda de la verdad, por lo que se sugiere que la toma de declaración sea realizada por profesionales con alta capacitación, experiencia y objetividad.²²¹ Estos protocolos, incluso, suelen ir más allá del cómo se debería tomar la declaración, estableciendo criterios para la determinación de la fiabilidad/credibilidad del relato, basados en un análisis de su contenido²²². El *Statement Validity Assessment (SVA/Evaluación de la Validez de la Declaración)* es la técnica más utilizada; se originó en Alemania a mediados del siglo XX y, básicamente, se encuentra conformada por tres componentes: la entrevista a la víctima, el CBCA (evaluación del contenido del testimonio) y la integración del CBCA con un set de preguntas denominado “Lista de validez” (el cual pretende confrontar el contenido del testimonio con información obtenida previamente)²²³. Tales técnicas se corresponden con los denominados “modelos

²²¹ 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*, vol. 26, 2005.

²²² Una clara explicación del surgimiento y desarrollo de los CBCA puede verse en GODOY-CERVERA e HIGERAS, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio” en *Papeles de Psicología*, Vol. 26, 2005.

²²³ GODOY-CERVERA e HIGERAS, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio” en *Papeles de Psicología*, Vol. 26, 2005; por su parte, explican Manzanero y Diges (MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 3, 1993) que el primer modelo de credibilidad se corresponde con el “*el enjuiciador de la mentira*” de Wells y Lindsay (que básicamente opera sobre tres tipos de información: a. información condicional -el juzgador se pone en el lugar del testigo y evalúa si en esas mismas circunstancias él sería capaz de recordar una u otra información-, b. acuerdo intrasujeto -consistencia interna de la declaración- e intersujeto -consistencia con la declaración de los restantes testigos o información obtenida-, y c. sesgos de respuesta del testigo -tendencia del testigo a declarar con frecuencia en una dirección determinada o denotando una confianza no concordante con su precisión-); sin perjuicio de ello, años más tarde (2018) Manzanero expone “*sin temor a equivocarse*” que el proceso antedicho es “claramente insuficiente y poco válido” ya que la información condicional se basa en conocimientos erróneos sobre cómo funciona la memoria, los acuerdos intersujetos e intrasujetos no siempre son indicadores de exactitud y, finalmente, porque los sesgos -justamente- distorsionan las estimaciones de credibilidad (MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018). Incluso, existen nuevas técnicas (usualmente utilizadas en los aeropuertos o agencias secretas del estado) tendientes a detectar la

objetivos” para la determinación del relato sincero (que presuponen la asunción de criterios empíricos de credibilidad, constatados científicamente) que, a su vez, se contraponen con los “modelos subjetivos” (cuya nota característica está dada por su falta de validación científica)²²⁴.

Si bien luego analizaremos con mayor profundidad esto último, a esta altura y luego de toda esta explicación deberíamos preguntarnos: ¿debemos confiar en la memoria de los testigos?

La existencia de la raza humana (y su no extinción) nos lleva a responder que sí, que debemos confiar en la memoria (pues sin la misma esto hubiera sido imposible)²²⁵, pero a sabiendas de sus falencias²²⁶. Tanto la información post-suceso, las sugerencias externas, el contexto en que se produce la recuperación, etc. hacen que el recuerdo no se corresponda en un 100% con lo percibido, por ello la importancia de conocer el funcionamiento de la

mentira, no ya con relación a hechos pasados, sino futuros, es decir, comportamientos que hasta el momento no han ocurrido, pero que probablemente sucedan (por ejemplo, se pretende detectar si un sujeto piensa -o va a poner una bomba en un edificio); estas técnicas se conocen como “detección del engaño en intenciones” (para un claro entendimiento de las mismas, véase FEIJOO FERNÁNDEZ- HALTY, “*La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en intenciones*”).

²²⁴ARCE y FARIÑA, “*Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)*”; una breve reseña sobre las distintas técnicas puede verse en FEIJOO FERNÁNDEZ, María Carmen – HALTY, Lucía, “*La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en intenciones*”, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 39, 2018.

²²⁵ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 75.

²²⁶MAZZONI, Giuliana, “*¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010, p. 56: “*La idea de que en la memoria existen fotografías del pasado es defendida todavía por algunos autores que se hacen fuertes por el hecho de que muchas personas tienen recuerdos muy vivos y detallados de acontecimientos traumáticos. Son los llamados flashbulb, que hacen referencia a las pequeñas lámparas que, no hace tanto tiempo, contenían las cámaras fotográficas. Recuerdos como flashes, como destellos. Algunos recuerdan, por ejemplo, el día del asesinato del presidente Kennedy, o cuando en Florida explotó en el aire la nave espacial Shuttle; de aquel momento tienen un recuerdo sumamente preciso, especialmente visual, muy vivo y que incluye detalles minuciosos. Algunas investigaciones sobre estas flashbulb memories han demostrado que, efectivamente, estos recuerdos son claros, detallados, y que se imponen con fuerza a la memoria. No obstante, incluso en el caso de recuerdos flashbulb, hay que cuestionarse honestamente si se corresponden. Con la realidad, es decir, con lo que efectivamente estaba presente en el momento en que fue ‘hecha’ la fotografía mental. Algunos estudios más recientes han tratado de analizar con algo más de control situaciones traumáticas, como el terremoto de San Francisco de 1989, o algunos huracanes de Florida, y se han topado con que muchos de los detalles que las personas recordaban no estaban presentes en la realidad y que habían sido, por tanto, añadidos en el momento del recuerdo. La conclusión de tales estudios es que, pese a la gran viveza y claridad del recuerdo, pese al gran número de detalles recordados con precisión, los flashbulb memories no son recuerdos exactos. En otras palabras, no son fotografías fieles de un contenido.*”

memoria y, principalmente, los factores que originan los distintos errores en el proceso de memorización y recuperación. Si bien el desconocimiento de estos factores no traería graves inconvenientes en la vida cotidiana, sí los traería si los mismos ocurren en el ámbito judicial, en tanto la vida de las personas depende, en la gran mayoría de los casos, de la declaración prestada por distintos testigos. El juzgador, como decisor del caso, debe estudiar y comprender debidamente esta temática, debe saber diferenciar la sinceridad de la veracidad, debe tener presente la existencia de errores de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación, debe comprender la importancia de un buen interrogatorio, pues ello es lo que, a fin de cuentas, le permitirá realizar una valoración racional de este particular medio de prueba.

d) La dependencia contextual y la entrevista cognitiva

El término “dependencia contextual de la memoria” (o “reinstauración contextual”) hace alusión a la mejora obtenida en el rendimiento de pruebas de memoria en aquellos casos en que el contexto ambiental donde se realiza el aprendizaje es concordante con el contexto ambiental de prueba²²⁷; trasladando la cuestión a la declaración testimonial, podemos sostener que la dependencia contextual se refiere a la concordancia entre el contexto ambiental de la captación del suceso con relación al contexto ambiental de la recuperación (por ejemplo, si el suceso percibido se dio en la casa de Juan y se lleva al testigo dicha casa para que rememore lo sucedido).

La disparidad en los resultados de las investigaciones nos lleva a concluir que difícilmente existan recuerdos dependientes del contexto ambiental, aunque, en algunos casos, se puede llegar a reconocer que el contexto ambiental puede colaborar con la memoria a la hora de acceder y recuperar la información. Por su parte, el contexto emocional (situación anímica del sujeto a la hora de percibir los sucesos) parecería evidenciar solidez y confianza en el caso de recuerdos bibliográficos, aunque, como aclara

²²⁷ MIGUELES, Malen – GARCÍA- BAJOS, Elvira “*Dependencia del contexto ambiental en la memoria_ Una revisión crítica*”, Revista de Psicología General y Aplicada, 1997, 50 (1)

Manzanero, los efectos de la reinstauración contextual no siempre aparecen y, cuando lo hacen, no siempre es en la dirección esperada.²²⁸

Ahora bien, estos resultados parecerían no advertirse en el caso del *contexto cognitivo*, el cual se correspondería con un contexto más amplio con relación a los anteriores, en tanto, si bien incluiría los contextos ambientales y emocionales, agregaría los aspectos mentales y fisiológicos del sujeto (es decir, es un contexto inclusivo de los anteriores pero ampliado). Este contexto se canaliza mediante la “entrevista cognitiva” (IC), cuyo origen se remonta a 1984, momento en que se desarrolló un experimento en el cual un grupo de actores ingresaba a un aula donde se encontraban alumnos que estaban recibiendo una clase por parte de su profesor. Tras lo sucedido se interrogó a los estudiantes sobre lo presenciado, empleando solo con alguno de ellos ciertas técnicas no utilizadas con el resto. La conclusión es que aquel grupo de alumnos donde se aplicó este novedoso procedimiento, lograron mejores resultados en la recuperación del recuerdo²²⁹.

Ahora bien, ¿cuáles son estas técnicas? Pues bien, la entrevista (es decir, la “entrevista cognitiva”) básicamente lo que pretende es reconstruir el suceso percibido haciendo uso del contexto ambiental y emocional, pero intentando trasladar los mismos al momento de la recuperación. Sin perjuicio de que estas técnicas han ido variando e incluso se han ido reformulando, haremos aquí mención a la versión original de Geiselman (1984):

Se parte de la noción de que la memoria es producto de conjunto de rastros y señales que al ser almacenados están disponibles para su recuperación; a partir de estos

²²⁸ Una mención de las distintas investigaciones que han abordado esta temática puede verse en MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 54 y en CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015, p, 179.

²²⁹ CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015,p. 186; MEMON, A. - MEISSNER C.- FRASER, J., “*The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years*” en *Psychology Public Policy and Law*, Noviembre, 2010: “*The Cognitive Interview (or CI) is perhaps one of the most successful developments in psychology and law research in the last 25 years. It is a method that comprises a series of memory retrieval and communication techniques designed to increase the amount of information that can be obtained from an interviewee. The CI was initially developed 25 years ago by psychologists Ed Geiselman and Ron Fisher as a response to the many requests they received from police officers and legal professionals for a method of improving witness interviews. It is based upon established psychological principles of remembering and retrieval of information from memory, and empirical laboratory research on the CI has documented its ability to dramatically improve the number of correct details while only slightly increasing the number of incorrect details*”.

parámetros, la entrevista cognitiva pretende una recuperación detallada del evento. Su versión original estaba compuesta por cuatro técnicas: 1) restablecimiento del contexto: se anima al entrevistado a reconstruir mentalmente el contexto físico y emocional que existía al momento del suceso; 2) pedirle al entrevistado que informe todo lo que recuerden incluso si es parcial o incompleto; 3) darle instrucciones de recordar desde distintas perspectivas (la propia y la de otros sujetos que han participado en el evento, la del delincuente), lo que implica recordar el hecho varias veces pero desde diferentes ópticas a fin de acrecentar la cantidad de detalles; 4) se les indica que recuerden desde diferentes órdenes temporales (desde el principio, desde el medio, de atrás hacia adelante, etc.).

Años más tarde a la aparición de esta primera técnica, en 1992, Fisher y Geiselman publicaron una entrevista cognitiva mejorada (ECI) que gozaba de un marco propicio para construir una buena relación y comunicación con el testigo; en este punto se desalienta la realización de preguntas o interrupciones por parte del entrevistador, debiendo indicársele al testigo que sea él mismo quien controle la narraciones del hecho (utilizando sus palabras, sus formas y tomándose el tiempo que estime necesario). Se le debe informar al testigo la importancia de que manifieste todo lo que recuerde, incluso aquello que considere irrelevante; también se le debe aclarar que no intente adivinar ni llenar huecos con información que no recuerde. Luego de la libre narración, el entrevistador interrogará al testigo sobre los detalles proporcionados, para lo cual se utilizarán técnicas de memoria enfocada (instruyendo al testigo para que se concentre en imágenes mentales de las diversas partes del suceso, como, por ejemplo, la cara de los intervinientes); estas imágenes guiarán el recuerdo.²³⁰ Más allá que existen investigaciones que parecerían demostrar que su utilización ha aumentado hasta un 40% la información obtenida²³¹, nada obsta a que tal información sea producto de falsos recuerdos.

Pero la cuestión no queda allí, pues el paso del tiempo ha llevado a que cada investigador establezca su propia entrevista cognitiva, modificando las versiones originales

²³⁰ MEMON, A. - MEISSNER C.- FRASER, J., “*The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years*” en *Psychology Public Policy and Law*, Noviembre, 2010.

²³¹ MAZZONI, Giuliana, “*¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010, p. 170

o anteriores. Esto es un problema, no para la entrevista en sí, sino realizar una debida evaluación de la misma; es decir, llevar a cabo meta-análisis se torna una labor compleja pues cada entrevista cognitiva goza de características propias. Pese a ello, la entrevista cognitiva hasta el momento no ha logrado mantenerse libre de críticas, en tanto las diferentes perspectivas sobre las cuales se narra el suceso, sumado a la variación del orden cronológico, podrían generar falsos recuerdos en el declarante. Nótese que estas técnicas apelarían a la recuperación múltiple, lo que originaría errores en la recuperación: rellenando huecos, poniendo la testigo en la necesidad de realizar inferencias que pueden no corresponderse con lo realmente ocurrido, confundiendo al testigo, haciéndole creer que su lugar físico y desde el cual percibió el suceso era otro, etc. Por todo ello, y sin desmerecer su utilidad, Manzanero aconseja su utilización, pero evitando las técnicas de cambio de perspectiva y cambio de orden²³²; por su parte, Mazzoni, advirtiendo que la mayor cantidad de información necesariamente va a acrecentar también la cantidad de errores, sugiere su utilización, aunque con especialistas debidamente capacitados.²³³

2.4. El interrogatorio y su influencia en la creación de falsos recuerdos

En continuación de lo antedicho, y dejando de lado por el momento los interrogatorios realizados por especialistas o profesionales de la psicología, debemos decir que en el ámbito del proceso el interrogatorio puede materializarse de tres formas: a) el interrogatorio libre (se le permite al testigo manifestar cuanto sepa del hecho sin interrupciones por parte del interrogador; por ejemplo “*le solicitamos que describa lo que sucedió el 19 de agosto de 2020*”); b) el interrogatorio mediante la realización de preguntas (el interrogador formulará preguntas directas con relación al suceso; por ejemplo “*¿encontró un cuchillo en la puerta de acceso a la vivienda de su vecino?*”); c) el

²³² MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 58.

²³³ MAZZONI, Giuliana, “*¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria*”, Trotta, Madrid, 2010, p. 147

interrogatorio mixto (se le permite al testigo comenzar narrando libremente lo que sabe del hecho, dando luego paso a las preguntas).²³⁴

La doctrina procesal, como bien señala De Paula Ramos no se pronuncia sobre cuál es la mejor forma para interrogar o, por lo menos, no se lo hace poniendo el ojo en las cuestiones relativas a la memoria y su funcionamiento.²³⁵ Incluso, en este último tiempo han ido ganando terreno las conocidas “técnicas de litigación oral” que, bajo presupuestos erróneos, resaltan la importancia del interrogatorio y del contrainterrogatorio, en muchos casos haciendo uso de preguntas indicativas o sugestivas;²³⁶ todo ello en flagrante

²³⁴ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019p. 53; por su parte, Schiavo establece cuatro modos diversos de preguntar: 1) preguntas narrativas: permiten que quien responde se explaye abiertamente sobre el contenido de su relato, sin ninguna limitación -¿qué sucedió?--; 2) preguntas abiertas también permiten al declarante que lo haga con libertad, pero el relato tiene ciertas limitaciones establecidas en la propia pregunta -¿qué hizo en la casa de sus padres?--; 3) preguntas cerradas: habitualmente confundida con las preguntas sugestivas, en tanto los límites de la respuesta se reducen a las opciones presentadas en la estructura del interrogatorio, pero aún el declarante mantiene una posibilidad de respuesta que la hace relevante -¿de qué color era el auto?--; 4) preguntas sugestivas: a diferencia de las cerradas, no solo limitan en su estructura la respuesta, sino que remiten directamente a una contestación por “sí” o por “no” -¿vio el homicidio?- (*Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 405).

²³⁵ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 54

²³⁶ Con elocuencia, Nieva Fenoll se manifiesta contrario a la “técnica interrogativa” incluso llegando a compararla con la tortura al sostener que: *Los letrados suelen llevar, más o menos preparado, un listado de cuestiones que quieren formular al declarante. Dichas cuestiones a veces son efectuadas en forma de pregunta, y en otras ocasiones, las más, a modo de reflexión sobre la que se desea que el declarante prácticamente emita una opinión, o bien incluso reproduciendo supuestos trozos de la realidad, preguntándole al declarante si los recuerda. En todo caso, esta técnica es considerada peligrosa por la doctrina psicológica, que aunque la utiliza, advierte de sus riesgos en cuanto que a través de la pregunta se puede estar introduciendo información para el declarante, lo que propicia que cometa los llamados «errores de comisión», es decir, que el declarante introduzca en sus respuestas falsos recuerdos propiciados por la información que le aportó la pregunta. Y es que, según vimos anteriormente, dicho declarante puede asumir inconscientemente esa información como propia, mezclándola en su memoria, de manera que distorsione sus recuerdos de la manera querida por el interrogador. Ello es especialmente sencillo en el estilo de preguntas más frecuentes en los tribunales españoles, es decir, aquellas que, como acabo de decir, expresan una reflexión o reproducen un pedazo de la supuesta realidad. De hecho, aunque con diferentes métodos, un interrogatorio practicado en esos términos acaba teniendo el mismo efecto que la tortura. El interrogado no declara la verdad de lo que sabe, sino simplemente aquello que quiere oír el interrogador. a través de la tortura la mecánica es salvaje, y a través de un interrogatorio que aporta información al declarante, la mecánica es sutil, pero puede tener el peligrosísimo efecto de que el declarante acabe creyendo cierto aquello sobre lo que ha declarado, cosa que, por cierto, no ocurre jamás con la tortura, lo cual hace que este método de interrogación sea no violento, pero desde luego sibilino” NIEVA FENOLL, Jordi “*La valoración de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 231).*

contraposición con las investigaciones experimentales realizadas en el ámbito de la psicología del testimonio.²³⁷

Ha quedado demostrado que las preguntas realizadas por el interrogador, aunque sin intención, pueden condicionar la respuesta y generar la modificación del recuerdo del declarante. Por ello y para evitar tal riesgo, es conveniente comenzar con un interrogatorio abierto mediante el cual el testigo pueda narrar a su tiempo, forma y sin ningún tipo de limitaciones u obstáculos lo que recuerda del hecho percibido. De tal forma se evitaría la inclusión de información no correspondiente con lo percibido, aunque nos encontraríamos con una declaración con un mayor grado de omisiones, pues quien estaría estimando qué es lo relevante del relato es el propio testigo.²³⁸ En cambio, con el interrogatorio directo obtendremos posiblemente un testimonio más completo (con mayor cantidad de datos e información), aunque no necesariamente más exacto ni más concordante con la realidad del suceso percibido. Si clasificamos los errores de la memoria en *omisivos* y *comisivos*, como hacen Ferrer Arroyo y Dieuzeide, debemos decir que un interrogatorio abierto generará mayores errores omisivos, pero disminuirá considerablemente los errores comisivos; en cambio un interrogatorio directo generará más errores comisivos, aunque disminuirá los omisivos.

Por nuestra parte consideramos que el interrogatorio debería ser inicialmente libre y una vez que el testigo haya finalizado su exposición, habilitar la realización de preguntas directas, pero, y aquí lo importante, tomando mucha precaución a la hora de su formulación (debiendo siempre dejar bien asentado cómo ha sido realizada la pregunta para poder con posterioridad analizar si pudo haber influido en la contestación).

La importancia de la declaración libre inicial es aún más evidente si tenemos en cuenta que en la mayoría de los procesos la primera declaración de los testigos se desarrolla

²³⁷ ADIP, Amado, *“Prueba de testigos y falso testimonio”*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 130: *“hemos llegado a comprobar que testigos absolutamente compenetrados de los hechos, por haberlos presenciado, interrogados de manera agresiva por los encargados de tomar sus declaraciones, terminan por tergiversar los hechos, olvidar nombres, calles, fechas y otras circunstancias cuyo conocimiento les constaba fehacientemente”*.

²³⁸ CONTRERAS ROJAS, Cristian *“La valoración de la prueba de interrogatorio”*, Marcial Pons, Madrid, 1015, p. 193.

ante la policía y con ausencia del juez y de los abogados. Lo que parecería ser algo importante termina volviéndose absolutamente gravitante, por lo menos si queremos llegar a la realidad de los hechos. Establecer protocolos de actuación para los policías o funcionarios intervinientes, es decir, consagrar directrices o normativas aplicables que regulen cómo deben ser tomadas las declaraciones testimoniales independientemente del ámbito dónde se lleven a cabo, es algo fundamental para no modificar el testimonio ni afectar la declaración.

Pero lo cierto es que, luego de que el testigo esgrima cuanto sepa del hecho, será necesario realizar preguntas concretas para rellenar en la medida de lo posible los vacíos o para aclarar las dudas o incongruencias.

Aquí la otra cuestión sustancial: el cómo deben realizarse las preguntas.

Más allá que la mayoría de los códigos procesales establecen cómo deben ser realizadas las preguntas, determinando incluso cuáles estarían prohibidas, es necesario hacer algunas aclaraciones de índole general:

En relación a las denominadas preguntas prohibidas, las cuales habitualmente se corresponden con aquellas que son indicativas o sugestivas²³⁹, es necesario manifestar que en cierto modo todas las preguntas contendrán información no referida por el testigo, por lo que todas las preguntas en cierto punto serán indicativas o sugerentes. La idea, entonces, será que la pregunta se formule de la forma menos sugestiva o indicativa posible.

En los acápites precedentes expusimos que incluso la terminología utilizada para la formulación de la pregunta puede condicionar la respuesta; por ejemplo, en el caso que el interrogador en vez de preguntar “¿cuál era la altura del sujeto?” preguntase “¿qué tan alto era?”. Por ello, es gravitante tener presente estas cuestiones: si este tipo de preguntas no han podido ser evitadas (pues la declaración tuvo lugar sin la presencia del magistrado) es importante su conocimiento para luego valorar las respuestas dadas por el declarante o

²³⁹Esto no ocurre en el Código de la Provincia de Buenos Aires según su actual redacción (puede verse, sobre el final de esta obra, el comentario al art. 101 CPP)

para cuando el testigo deba volver a declarar sobre estos puntos (pues la sola pregunta pudo haber alterado el recuerdo).

Como regla general se debería prohibir la realización de preguntas capciosas (aquellas que tienden a inducir a error al testigo) y sugestivas o indicativas (aquellas que contienen información no aportada previamente por el testigo, pudiendo condicionar la contestación; suele relacionárselas con las que únicamente pueden ser respondidas por sí o por no²⁴⁰); además, desde un plano ideal lo recomendable sería que el testigo declare lo antes posible, mediante la utilización de técnicas adecuadas, video-grabando todo lo sucedido y siempre bajo la supervisión de personas competentes o conocedoras de la psicología del testimonio, todo ello a fin de evitar la contaminación de la memoria.²⁴¹ Claro que esto no será fácil ni económico, pero si lo que pretendemos es la obtención de resolutorios *justos* no podemos desentendernos de los conocimientos aportados por los

²⁴⁰ SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 404.

²⁴¹ En plena concordancia, aunque yendo incluso mucho más allá, De Paula Ramos en su brillante obra “*La prueba testifical*” y desde una perspectiva netamente epistémica, desarrolla las siguientes trece propuestas para el legislador: “1. *El derecho que regula la institución probatoria debería separar bien las fases de admisibilidad y valoración de la prueba testifical para evitar criterios de exclusión prejuiciosos relacionados con el sujeto y permitir que se rechacen pruebas solo cuando no se den los criterios generales de admisibilidad (p. ej., la relevancia); 2) Puesto que está demostrado que el paso del tiempo perjudica la memoria, el legislador debe desarrollar formas para tomar testimonio de inmediato, mediante la utilización de técnicas adecuadas y siempre desarrolladas por profesionales competentes...3) Deben crearse otras formas de evitar que se contamine la memoria del testigo. Así, debe establecerse un deber para las partes y sus abogados de no tener ningún contacto con los testigos sin la presencia de la parte contraria o sin grabación audiovisual; 4) Durante la práctica de la prueba, lo ideal es que las preguntas las formule un profesional formado para ello, preferiblemente con las partes, los abogados y el juez en otra sala...;5) Cuando esta medida sea imposible, la declaración deberá tomarla el juez, que deberá recibir formación sobre las formas científicamente válidas de proceder en interrogatorios , y no por los abogados; 6) la narración deberá empezar permitiendo al testigo narrar libremente los hechos, sin interrupciones, y solo después, hacerle preguntas; 7) Las preguntas deberán formularse de forma abierta y prohibirse terminantemente las preguntas directas, los gestos o los feedbacks directos o indirectos, que de producirse invalidarían la posible respuesta del testigo; 8) Respecto de las preguntas de los abogados, el testigo debe oír solo la pregunta admitida, tras valorar su relevancia y la forma en que debe formularse; 9) Las declaraciones deben grabarse en todo caso con medios audiovisuales...10) No solo deberá eliminarse el deber del juez de formarse impresiones personales sobre los testigos, sino que deberá prohibirse terminantemente que funde sus decisiones en ellas; 11) La valoración de la prueba, de forma individual, tendrá que incluir solo criterios negativos, como la capacidad de discernimiento sobre los hechos, la ausencia de factores que dificulten la percepción y de factores que potencialmente puedan distorsionar la memoria; 12) Si no se dan estos criterios, la prueba testifical, para tener valor probatorio, deberá ser corroborada por otras pruebas; 13) La prueba testimonial no podrá considerarse suficiente por sí sola para probar hechos sujetos a estándares como el de más allá de toda duda razonable o el de existencia de pruebas claras y convincentes” (DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 174).*

científicos que, tras numerosas investigaciones, han puesto en evidencia la fragilidad de la memoria.

2.5. La confianza y la exactitud en la declaración: ¿Un vínculo aparente?

La confianza para los ojos inexpertos es sinónimo de exactitud.²⁴²

Es muy usual, generalmente cuando se habla del principio de inmediación (tema que abordaremos detenidamente más adelante), sostener que un testigo ha declarado con plena seguridad de sus dichos, considerándolo por ello más exacto que los restantes declarantes. Mientras mayor sea la seguridad que transmite quien expone, mayor será la exactitud que se le adjudique a sus dichos; por el contrario, mientras menos confiado esté el testigo, menos exacta se considerará su declaración. Sin pretender adelantarnos, debemos advertirle al lector que esto no es así o, por lo menos, no necesariamente es así. Un testimonio dubitativo o inseguro puede ser más concordante con la realidad que un testimonio completamente seguro o confiado de su relato.²⁴³

Las investigaciones sobre este punto son numerosas: Wells, Lindsay y Ferguson (1979) realizaron una de los primeros experimentos tendientes a determinar la importancia de la confianza en la exactitud del relato, pero además la importancia que la misma tiene sobre la *credibilidad* que se le atribuye al declarante; los resultados han evidenciado que la confianza de los testigos explica un 50% de las decisiones que toman los sujetos, lo cual es un número bastante alto teniendo en cuenta la falta de correlación entre seguridad y exactitud. En otra investigación, Wells, Lindsay y Tousignant (1980) pusieron en evidencia que, al solicitar a los sujetos que ignorasen la confianza evidenciada por los testigos (es

²⁴² DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 73

²⁴³ AAMODT, Michael – CUSTER, Heather, “Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception”, en The Forensic Examiner, Spring, 2006

decir, se les pedía a los participantes que no se dejaran influenciar por la confianza del declarante para valorar su declaración) la credibilidad adjudicada disminuía de un 61.5% a un 40.5%, denotando que las personas le creen con mayor frecuencia a los testigos seguros y confiados. Brigham y Bothwell (1983), en concordancia con lo antedicho, advierten que el 56% de las personas creen que la confianza está íntimamente ligada con la exactitud del relato.²⁴⁴

Esto también puede verse en lo que hace a los reconocimientos de personas:²⁴⁵ un reconocimiento positivo con un testigo 100% seguro, es considerado 100% exacto; lo cual es un grave error. Sin perjuicio de que todo testimonio puede ser inexacto pese a la confianza del declarante, en el caso del reconocimiento la cuestión es más delicada, en tanto la mayoría de las sentencias erróneas se sustentan en este tipo de pruebas. La seguridad del sujeto no debe ser equiparada a su exactitud, pues un reconocimiento dubitativo puede ser más exacto que uno esgrimido con plena confianza (destinaremos un capítulo especial al tratamiento de este tema).²⁴⁶

Pero ¿cuál sería la explicación de esta baja correlación entre confianza y exactitud?

Existen varias hipótesis²⁴⁷:

²⁴⁴ Todas estas investigaciones pueden conocerse con mayores detalles en MANZANERO- DIGES, “Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993

²⁴⁵ Un desarrollo pormenorizado puede verse en ALCAÍNO ARELLANO, Eduardo. (2014). “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, *Política criminal*, 9(18), 564-613. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200009>

²⁴⁶ DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”, Marcial Pons, Madrid 2014, 73; en un trabajo de IBABE EROSTARBE se advierte que existen variables que modulan la relación entre confianza y exactitud (ausencia o presencia del autor en la rueda, tipo de identificación, y características del autor -distintividad o grado de atractivo) (IBABE EROSTARBE, I. “Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos”, en *Psicothema*, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000).

²⁴⁷ Un claro resumen de las mismas puede encontrarse en CONTRERAS ROJAS, Cristian “La valoración de la prueba de interrogatorio”, Marcial Pons, Madrid, 1015, p. 190 y en MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993, p. 10.

- 1) La *hipótesis de la optimalidad* (Deffenbacher) establece que las condiciones de codificación son condicionantes para determinar la capacidad del sujeto al analizar la exactitud de su relato; en cambio, si las condiciones de procesamiento no son buenas, la calibración de precisión y confianza será menos fiel;
- 2) La *hipótesis de la experiencia* (Wells, Lindsay y Ferguson) conforme la cual la baja relación entre confianza y exactitud obedece a la falta de un *feedback* en nuestras experiencias cotidianas, lo que evidencia que los reconocimientos de personas que se producen en la vida cotidiana se ven recompensados (por ejemplo, al saludar a quien creemos conocer en la calle y este nos devuelve el saludo), pero careciendo de indicios reales que permitan acreditar el acierto;
- 3) La *hipótesis de la auto-atribución* (Leippe) esgrime que la confianza del testigo deviene de las inferencias que realiza basado en sus acciones y en el contexto en que se desarrollan, es decir, el sujeto cree que el buen resultado que obtiene en tareas mnemónicas similares es parámetro para solidificar su confianza;
- 4) La *hipótesis de búsqueda selectiva de la información* (Koriat) establece que la relación se produce como consecuencias de *sesgos de confirmación*.

Independientemente de la postura que se adopte, lo que está bien claro es que la confianza no necesariamente se corresponde con la exactitud.

El gran problema se advierte al comenzar a indagar en el pensamiento, no ya de la ciudadanía (es decir, del “hombre de a pie”), sino de quienes conforman el sistema de justicia, en tanto también para los jueces la confianza es considerada como evidencia de exactitud y, en consecuencia, de credibilidad. Los organismos jurisdiccionales a la hora de valorar la prueba testimonial dotan de mayor valor o entienden que es más creíble aquel sujeto que declara con confianza que aquel que carece de la misma o, peor aún, que aún teniéndola no sabe ponerla en evidencia.²⁴⁸

²⁴⁸ Navarro, Claudia Patricia c. Yedro, Milton Ramón s/ ind. • 21/06/2018, Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes; Tevez, Arminda Aurora c. Carrefour Argentina S.A. y otro • 21/07/2006, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; Reynolds, Jessica Norma c. La Justina Aberturas Antiguas s/ daños y perjuicios • 12/04/2012, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J; Knopoff, Marcelo

Por ello, es necesario aclarar:

- a) En primer lugar, que la confianza no hace a la exactitud: una persona puede ser sincera y estar segura de su relato, sin que este se corresponda con los hechos. Los errores de percepción, de interpretación, de memoria o de recuperación son prueba de ello.
- b) Si asumiéramos que esto no es así (es decir, si considerásemos que la confianza evidencia exactitud) adoptaríamos una creencia peligrosa, pues los testigos que no sepan transmitir confianza (por temor al Tribunal, por no estar acostumbrados a participar en juicios, por no saber darse a entender, por tener nervios propios de quien está recordando hechos no agradables, por carecer del léxico adecuado, etc.) harían que su testimonio, por más que sea exacto, sea dejado de lado o sea infravalorado. Lo que, además, nos llevaría a la *teatralización* del proceso, pues mientras mejor *actúen* los testigos, mejor “puntaje” tendrán en la valoración del juzgador (todo ello concordante con postulados que entienden a la prueba meramente como *retórica*).

Por ello, debemos descartar rotundamente estos pensamientos, los cuales solo conforman óbices en la búsqueda de la verdad.

2.6. El reconocimiento en rueda y su problemática.

Adrian y otro c. Turk Mariano Elian y otro s/ daños y perjuicios • 04/09/2017, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B; G., M.C. en nombre y representación de sus hijos menores c. Juan José Ahmar y/u otro s/ daños y perjuicios laboral • 14/03/2016, Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes; Ariston S.A. s/ apelación - ganancias - I.V.A. • 12/07/2013, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B; Coppes Martínez, Geraldine Nohemí c. Transprote Av. Bernardo Ader S.A. s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) • 04/04/2013, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L; Pedrozo, Sergio Rubén y otro c. La Cabaña SA y otros s/daños y perjuicios • 06/12/2011, Cámara Nacional de Apelaciones, Sala J; también en la jurisprudencia de la Corte de EEUU: *Neil v. Biggers (1972)*, reafirmado en *Manson v. Brathwaite (1976)*.

Cuando se habla de reconocimientos de personas suele hacerse en, por lo menos, cuatro sentidos distintos: 1) reconocimiento en rueda (*line up*): se le presentan a la víctima o al testigo varias personas -por lo general entre 4 y 6- para que identifique a quien ha participado del delito, debiendo el imputado estar entre estas personas; 2) reconocimiento en fotografías (*photo array*): similar al anterior pero mediante la exhibición de fotografías; 3) simples exhibiciones: se le exhibe a la víctima o a un testigo solamente una persona a fin de que pueda reconocerla (generalmente esto ocurre tras la comisión del delito y luego de la rápida aprehensión del presunto autor); 4) exhibición de fotografías sin sospechoso: se le exhiben a la víctima o a testigos fotografías sin que exista un imputado o persona señalada previamente; este último procedimiento suele corresponderse con la conocida “exhibición del álbum policial” que habitualmente se utiliza para darle un rumbo a la investigación que carece de tal (“no existe sospechoso, ni imputado, entonces debemos buscar uno”). En algunos casos, estos procedimientos pueden ir acompañados de dos tipos de acciones: la confección del “retrato hablado” (es decir, el testigo o la víctima describe el aspecto físico del autor o partícipe del delito; lo que suele ir acompañado de la realización de un *identikit*), y el “reconocimiento” durante el debate (donde suele pedírsele al declarante que reconozca al autor o partícipe del delito entre los sujetos que están en la sala).²⁴⁹

A lo largo de estas páginas, abordaremos el primer tipo de reconocimiento: el reconocimiento en rueda de personas con presencia del imputado:

Este procedimiento ha sido considerado a lo largo del tiempo como una prueba gravitante a los efectos de tener por probada la autoría o participación de un sujeto en la comisión de un delito. Prácticamente un reconocimiento positivo (es decir, un reconocimiento en que el imputado es señalado como el autor del crimen) es equivalente a una sentencia condenatoria, quedando poco por hacer para desacreditar la culpabilidad del reconocido.

Pero ¿es esta prueba tal fiable como aparenta ser?

²⁴⁹ DUCE, Mauricio J. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su fundamentación y algunas recomendaciones para su mejora”, *Polít. crim.* Vol. 12, No 23, 2017, p. 291-379

La respuesta es simple: no, no lo es.

Durante estas últimas décadas y principalmente a partir de las labores realizadas por organizaciones tales como el *Innocence Project* se ha logrado evidenciar que la mayor cantidad de errores judiciales obedece a incorrectos reconocimientos judiciales. Personas que han sido reconocidas, tanto por la víctima como por testigos, como autores o partícipes de hechos delictivos, tras largos años de espera y habiendo estado privado de libertad por mucho tiempo, han sido declarados inocentes; en mucho de estos casos a partir de la producción de prueba de ADN que, con un grado de probabilidad notoriamente alto, han logrado demostrar que sujetos condenados no habían cometido crimen alguno.²⁵⁰

En este punto debemos volver a lo que dijimos con anterioridad: una cosa es la sinceridad del testigo y otra muy distinta la veracidad. Un reconocimiento absolutamente honesto o sincero puede no ser correcto. Por otro lado, la confianza en el reconocimiento no necesariamente denota que mediante el mismo se ha señalado al autor del delito. Esto es importante en tanto en la práctica suele requerirse a los testigos o víctimas que estén seguros del señalamiento, denotando que un reconocimiento dubitativo no podría ser tomado como válido. Ahora bien, lo cierto es que un reconocimiento dubitativo puede ser correcto y, en cambio, un reconocimiento emitido con confianza y sin dudas puede ser incorrecto. Si bien antiguamente e incluso hasta hace algunas décadas, podíamos alegar que un reconocimiento solamente podía ser dejado de lado cuando se demostrase la intención de mentir del testigo, en la actualidad y con los avances de las investigaciones científicas esto no debe ser así, en tanto su apreciación (al igual que ocurre con la prueba testimonial) debe ir mucho más allá del estudio de la mera mentira (todo ello en tanto existen

²⁵⁰ Véase <https://www.innocenceproject.org>; SCHIAVO, Nicolás “*Valoración racional de la prueba en materia penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 77: “*la fundación Innocent Project, ha intervenido en numerosos casos judiciales donde la principal prueba había sido el reconocimiento positivo del imputado por parte de la víctima, y a través de la disponibilidad del examen de ADN, pudo lograr la reversión de aquellas condenas, como así también conformó una importante base de datos destinada a relevar esta notoria diferencia en el sistema de conformación del juicio de verdad. Esta situación pone de manifiesto que no trata de reducir el análisis de un testimonio de reconocimiento dentro de la vicaria solución de veracidad o mendacidad, como si todo el asunto fuera la consecuencia directa de una voluntad subjetiva del declarante, sino que existen muchos otros casos de testigos que están plenamente convencidos de lo que están afirmando, aunque ello sea objetivamente erróneo. Esta singularidad se proyecta a numerosos campos del derecho probatorio, básicamente en lo que hace al análisis de la prueba testimonial (admisibilidad -pertinencia-capacidad probatoria) vinculada a la llamada diligencia de reconocimiento de personas*”.

innumerables factores que, pese a la honestidad de quien debe reconocer, podrán generar diversos errores a la hora de indicar al autor del delito).

Creemos que el punto central está dado por la evaluación de la *confiabilidad del procedimiento*, entendiéndolo como el análisis de aquellas cuestiones que pueden llevarnos a pensar razonablemente que pudo haber existido algún error en la identificación; en otras palabras, debemos centrarnos en verificar si ha existido o existe algún factor que pueda haber originado un error en el reconocimiento (cuando hablamos de *confiabilidad del procedimiento* no nos referimos a la confianza expresada por quien debe reconocer -denotando seguridad-, sino a la forma y modo en que se desarrolló la diligencia en su totalidad).²⁵¹ Por ejemplo, si previo a realizar el procedimiento de reconocimiento, la víctima manifiesta que el delincuente tenía cabello claro y, pese a ello, la rueda de reconocimiento se conforma con cinco sujetos de cabello oscuro, pero solo uno de cabello claro, la diligencia perderá totalmente sentido (y será poco confiable) aún cuando la víctima reconozca al sospechoso (sujeto de cabello claro), pues la diligencia se encontrará viciada de antemano. De igual manera, si el testigo manifiesta que el portador del arma era un sujeto con rasgos orientales, carecerá de sentido un reconocimiento en rueda cuando la misma esté integrada solamente por un oriental. Para que se comprenda, en virtud al modo en que se realizó el procedimiento, no se podrá determinar si el sospechoso ha sido reconocido porque realmente es quien la víctima recuerda como autor del delito o porque era el más parecido al autor del delito (generando una confusión en la víctima o haciéndola creer que era la persona que efectivamente había cometido el delito). En consecuencia, el cómo se desarrolla el procedimiento es tan importante como el reconocimiento en sí mismo.²⁵²

²⁵¹ ALCAÍNO, Eduardo “*La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados*”, Política Criminal, Vol. 9 nro. 18, 2014, http://www.politcrim.comvol_09/n_18/Vol9N18A9.pdf

²⁵² ALCAÍNO, Eduardo “*La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados*”, Política Criminal, Vol. 9 nro. 18, 2014, http://www.politcrim.comvol_09/n_18/Vol9N18A9.pdf, p. 584: “*El procedimiento para reconocer un imputado se parece a un experimento laboratorio. En este último, se quiere comprobar una determinada hipótesis para lo cual se debe seguir una serie de pasos y procedimientos para llegar a esa conclusión. En el caso de que se afirmara que se comprobó la hipótesis, pero luego se apreciara que hubo defectos en los pasos o procedimientos, se podría objetar dicha conclusión. Lo mismo sucede en el reconocimiento, donde se quiere probar que el imputado es el autor o participe de algún delito, para lo cual se tienen que haber presentado una serie de condiciones o un procedimiento para*

Al igual que la declaración testimonial, el reconocimiento atraviesa determinados momentos previos a su materialización; es decir, todo reconocimiento se encuentra precedido por la percepción, la interpretación, la memorización y la recuperación del suceso (y, más concretamente, del delincuente). Sin estos pasos previos, el reconocimiento no podría llevarse a cabo o, por lo menos, no podría hacerse satisfactoriamente (quedando todo delegado al azar). La sola existencia de estas etapas conlleva, inexorablemente, a que las mismas padezcan (o puedan padecer) de distintos errores: error en la percepción, error en la interpretación, error en la memorización y error en la recuperación (por ello, todo aquello referido oportunamente con relación a los factores que pueden causar estos errores debe ser aplicado en este tópico).

Los errores pueden ser divididos de la siguiente forma: por un lado, aquellos errores que se originan por factores dependientes del suceso o del testigo/víctima y, por otro lado, los errores que devienen de factores del propio sistema o a consecuencia del mal desempeño de las labores de los funcionarios, empleados u operadores.²⁵³ Esta distinción, básica, pero absolutamente gravitante, fue introducida por Wells (1978)²⁵⁴ quien puso énfasis en diferenciar los factores propios *del suceso* -dependen del cómo se desarrollaron los eventos, siendo inalterables- de los factores dependientes *del sistema* -los cuales podrían ser controlados y modificados-; los primeros generarán principalmente errores de percepción, mientras que los restantes originarán errores en la memoria o recuperación.

A continuación, un breve desarrollo de estos:

lograr ratificar la conclusión. Si no hay defectos importantes y graves la hipótesis toma fuerza. Pero en el caso en que sí los haya, no se podrá confiar en ella (básicamente, porque el autor o partícipe podría ser otra persona)”

²⁵³ Véase DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 33-76

²⁵⁴ WELLS, G. I. “Applied eyewitness testimony research: system variables and estimator variables” en *Journal of Personality and Social Psychology*, nro.36, 1978; véase también WELLS, G. – WILFORD, Miko, “Eyewitness system variables: Revisiting the system-variable concept and the transfer of system variables to the legal system”, en *Reform of eyewitness identification procedures*, en American Psychological Association, Brian L. Cutler , pp.1-29.

a) Los factores del suceso o del testigo: sin perjuicio de que estos factores (también conocidos como factores circunstanciales) ya han sido tratados cuando abordamos la prueba testimonial propiamente dicha, intentaremos a esta altura puntualizar aquellos que pudieran tener mayor relevancia en lo que hace al reconocimiento de personas; para ello, volveremos a utilizar la distinción entre factores del suceso y factores del sujeto.²⁵⁵

Entre los factores del suceso toman relevancia la duración del evento y, principalmente, el tiempo de exposición de la cara del delincuente. Mientras más dure el delito y más tiempo tenga a la vista la víctima o el testigo la cara del criminal, mayor capacidad para percibir y registrar los rasgos o características del sujeto en comparación con un robo relámpago o uno en que el autor no descubriera su cara (por ejemplo, si el delincuente utilizare una máscara). De allí que estos factores son complementarios, pues la comisión de un delito puede durar horas, pero si el delincuente no muestra su cara el reconocimiento será imposible.²⁵⁶

Otro factor importante está dado por las condiciones de iluminación: mientras más oscuro se encuentre el ambiente en que se produce el suceso criminal, mayor dificultad habrá en la captación de los rasgos faciales de los sujetos. Además, la cantidad de agresores también constituyen un factor determinante, pues no es lo mismo observar a una persona (que seguramente acapare nuestra atención) que observar a cinco o diez. A mayor cantidad de sujetos, menor posibilidad de captar la totalidad de los rasgos o, también, mayor probabilidad de confundirlos y entremezclarlos.²⁵⁷

La diversidad *etnia* entre el autor y el testigo también es un factor importante a tener en cuenta, pues se ha comprobado que existen dificultades para diferenciar a personas cuando se corresponden con *etnias* diferentes a la propia; pero claro, si el testigo tiene un contacto constante con personas de esta otra *etnia* el problema de identificación debería aminorarse

²⁵⁵ Para resguardar la claridad explicativa, adoptaremos -principalmente- la clasificación realizada por DIGES y PÉREZ-MATA en “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 33-76

²⁵⁶ SHAPIRO, Peter – PENROD Steven “Meta-Analysis of Facial Identification Studies” en Psychological Bulletin, 1986, Vol. 100, No. 2,139-156.

²⁵⁷ MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018, p. 25.

(pues ya estaría familiarizado o acostumbrado a sus rasgos). De más está decir que otro factor gravitante está dado por la utilización de disfraces (por ejemplo, atracos donde el delincuente utiliza máscaras o algún tipo de maquillaje), pues todo disfraz constituye una barrera para la correcta percepción.²⁵⁸

Ya con relación a los factores del testigo algunas investigaciones se refieren a la violencia del suceso y el estrés generado, aunque vale aclarar en este punto que no existen concordancia entre los expertos, existiendo experimentos con resultados diversos y hasta contradictorios.²⁵⁹

Sí, en cambio, tiene notable influencia el denominado “foco del arma” -*Weapon focus effect* -WFE-, un fenómeno conforme el cual la sola existencia del arma hace que la atención de la víctima sea puesta sobre ella, dejando de lado o dejando de prestar atención a otras cuestiones como por ejemplo la cara del atacante, su vestimenta o demás características físicas. Quizás una de las pruebas más esclarecedoras se corresponde con la realizada por Tooley *et al* (1987)²⁶⁰, quienes investigaron los movimientos oculares de las personas ante sucesos criminales donde se utilizaban armas; sin adentrarnos demasiado en las investigaciones, podemos decir que todos aquellos experimentos donde se desarrollaba un supuesto hecho criminal con la presencia de armas implicaban un reconocimiento más pobre que cuando el arma no estaba o no era percibida por los sujetos.²⁶¹

Una de las hipótesis planteadas para explicar este fenómeno ha sido la del “objeto inusual”, dando a entender que la inusual o poco habitual presencia de tales objetos hace que el testigo acapare su atención hacia ellos. Un experimento muy llamativo, incluso se podría decir “casi cómico”, fue llevado a cabo por Mitchell *et all* (1998) quienes

²⁵⁸ CHANCE, J., GOLDSTEIN, A. G., & MCBRIDE, L. (1975). Differential experience and recognition memory for faces. *The Journal of Social Psychology*, 97(2), 243–253

²⁵⁹ Una mención clara sobre las diversas investigaciones y sus resultados puede encontrarse en DIGES y PÉREZ-MATA en “*La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*”, en “*Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 33-76.

²⁶⁰ TOOLEY, V., BRIGHAM, J. C., MAASS, A., & BOTHWELL, R. K. (1987). Facial recognition: Weapon effect and attentional focus. *Journal of Applied Social Psychology*, 17(10), 845–859.

²⁶¹ MAZZONI, Giuliana “*Psicología del testimonio*”, Trotta, Madrid, 2019, p. 51.

presentaron a los participantes dos videos donde personas de negocios interactuaban, en uno un sujeto llevaba una pistola y en otro un tallo de apio; claro está que en dicho contexto tanto la existencia del arma como del apio es algo absolutamente inusual y llamativo. En ambos casos la sola existencia de estos elementos implicó una menor apreciación de los restantes datos de la escena. Los experimentos han sido de los más variados, desde utilizar a un hombre con un pollo crudo en una peluquería hasta un sacerdote con un arma. Sin perjuicio de esto, no está del todo clara (o por lo menos no parece estarlo) la validez de esta hipótesis; es decir, no se discute la existencia del efecto generado, sino la explicación de porqué se produce.²⁶²

Finalmente, con relación a otros factores como el sexo de los testigos, la edad, el consumo de alcohol u algún estupefaciente nos remitimos a lo dicho anteriormente cuando tratamos los factores del sujeto en lo que hacen a la prueba testimonial propiamente dicha.

b) Los factores del sistema: Dependen de las malas actuaciones a la hora de llevar a cabo el reconocimiento; por ejemplo, reconocimientos sugestivos debido al lenguaje inadecuado por parte de los policías o funcionarios o al suministro de información previa o a la incorrecta conformación de la rueda, entre varios otros supuestos. Se trata de factores que dependen del sistema de justicia y que, por ello mismo, pueden ser controlados a fin de evitar su producción, garantizando un reconocimiento no sugestivo.²⁶³

Con relación a este último punto debemos citar a Duce²⁶⁴, quien luego de investigar con detenimiento la existencia de estos factores, los enuncia de la siguiente forma:

- 1) Registros precarios y poco confiables: todo procedimiento de reconocimiento debe ser debidamente registrado (en actas y, si es posible, en formato audio-visual) a fin de poder luego constatar si durante el mismo han existido factores que pudieran originar el error en la víctima o testigo. Explica el autor que, por lo general, los

²⁶² DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 125; SCHIAVO, Nicolás “*Valoración racional de la prueba en materia penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 82.

²⁶³ DUCE, Mauricio J. “*Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su fundamentación y algunas recomendaciones para su mejora*”, Polít. crim. Vol. 12, No 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379

²⁶⁴ DUCE, Mauricio J. “*Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su fundamentación y algunas recomendaciones para su mejora*”, Polít. crim. Vol. 12, No 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379

registros presentan serios problemas de calidad y dificultan la comprensión de cómo efectivamente se realizaron.

- 2) No uso del doble ciego: si bien lo correcto sería que el funcionario que lleve adelante la diligencia no tenga conocimiento de quien es la persona sospechosa, lo cierto es que en la generalidad de los casos esto no es así. Es decir, quien dirige el procedimiento sabe quién es el imputado, pudiendo generar, incluso involuntariamente, una influencia sobre el testigo para que reconozca al sospechoso.
- 3) Procedimientos sugestivos: prácticas que tienen incidencia en la confiabilidad del reconocimiento, tales como el lenguaje indebido utilizado por los funcionarios, exhibición del detenido previo al procedimiento de reconocimiento, incorrecta conformación de la rueda de personas, entre otros.

En este punto es necesario detenernos para realizar algunas consideraciones específicas:

Primeramente, debemos referirnos a la rueda de personas y, concretamente, a su composición, manifestando que la cantidad de personas integrantes de la rueda debe ser suficiente (lo ideal sería no menos de 6) y con características similares a la persona descrita por el testigo o por la víctima al referirse al autor o partícipe del delito. Acudiendo a un ejemplo tonto podemos decir que si la víctima manifestó que el delincuente tenía piel morena y cabello oscuro, no deberíamos armar una rueda donde las personas que se encuentren junto al imputado tengan piel clara y cabello color castaño.²⁶⁵ Otra cuestión que debe ser aclarada está dada por la cantidad de sospechosos (no de personas, sino de imputados) que deben participar de la rueda: en aquellos supuestos en que exista más de un sospechoso, cada uno deberá afrontar el reconocimiento de forma individual; es decir, no debemos incluir a todos los imputados en una misma rueda, sino que debemos hacer una rueda por cada imputado.

²⁶⁵ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018p. 183: “*Las ruedas no deben estar sesgadas, esto es, deben ser imparciales. Y una rueda es imparcial si el sospechoso tiene la misma probabilidad de ser elegido que cualquiera del resto de los componentes de la rueda basándonos únicamente en su apariencia...Para conocer el grado de imparcialidad de una rueda, se recomienda utilizar testigos simulados. Si las personas que no han estado presentes durante la comisión del delito señalan al sospechoso con mayor frecuencia de la esperable por azar, simplemente a partir de la descripción inicial, estas elecciones constituyen un indicador de que la rueda no es imparcial y hay un sesgo contra el acusado que le señala como autor incluso ante los que no estuvieron presentes*”.

Ahora bien, el problema puede generarse cuando el sospechoso no mantiene los mismos rasgos o características descritas previamente por la víctima o el testigo (algo no tan inusual, pues el paso del tiempo o la sola intención de evitar ser descubierto hace que los delincuentes modifiquen intencionalmente su apariencia). Para que se comprenda, ¿debe conformarse la rueda con personas parecidas al sospechoso según su apariencia actual o con personas que se correspondan con las descripciones esgrimidas por la víctima con relación al momento del hecho? Pongamos un ejemplo: supongamos que la víctima del delito manifiesta que su atacante no tenía cabello, pero el sospechoso (persona capturada por la policía luego de unos meses) sí tiene cabello (lógicamente se lo dejó crecer para no ser descubierto), ¿la rueda debería conformarse con personas sin cabello (es decir, con personas que mantengan la descripción dada por la víctima) o con personas con cabello (es decir, con personas parecidas al estado actual del sospechoso)?

Claramente podrían originarse dos postulados: a) aquel que sostenga que la rueda debe estar conformada con personas parecidas al sospechoso, pues en caso contrario el sujeto resaltaría con relación a los restantes (supongamos que tengamos a un sujeto sin cabello entre cinco sujetos que no mantengan tal característica); y b) aquel que sostenga que la rueda debe estar conformada con personas que respeten la descripción de la víctima, sin importar la disparidad con relación al sospechoso.

Creemos que el segundo postulado es el correcto, en tanto si bien es verdad que el sospechoso -a simple vista- podría quedar en evidencia, lo cierto es que es innegable que tal falta de concordancia entre la descripción original del sujeto y el estado actual del sospechoso deberá ser valorada posteriormente por el juzgador en caso de que el sujeto sea reconocido por la víctima. Otra solución podría estar dada por la combinación de ambos postulados, es decir, una ampliación de la rueda de reconocimiento incorporando a personas que mantengan la descripción del testigo, pero a su vez incorporando a otros sujetos que tengan un parentesco con el sospechoso.

También es importante no poner en conocimiento a la víctima que el delincuente *está* entre las personas que conforman la rueda, aclarando que puede o no estar allí presente. De igual forma, se le debe manifestar al testigo que, si la persona que ha visto

cometiendo el delito no está presente, no debe señalar a nadie. Con esto lo que se pretende es que la víctima o el testigo tome conciencia del acto que se está desarrollando y que no lo considere una “prueba” o “examen” que debe lograr pasar satisfactoriamente eligiendo al imputado para “aprobar”. Justamente, el reconocimiento no pretende reconocer al imputado, sino al sujeto que ha participado del suceso criminal. Existen diversas investigaciones que han dado cuenta que el poner en conocimiento a la víctima que el autor del delito puede no estar presente, no disminuye los aciertos en los reconocimientos, pero sí disminuyen los errores.²⁶⁶

Refiere Duce que entre las explicaciones que abogados y jueces han dado para justificar la ocurrencia de estos procedimientos defectuosos (entiéndase justificación no en el sentido de validación de lo ocurrido, sino de explicar su ocurrencia) estaría la falta de capacitación de los policías, la poca o nula supervisión por parte del Ministerio Público, la autonomía de la policía para realizar las prácticas sin orden previa, la falta de recursos suficientes, la falta de comunicación entre policías y fiscales, y por la convicción que tendrían los policías con relación a la culpabilidad de los sospechosos.

Otra modalidad que podría adoptarse, está dada por la realización de ruedas secuenciales donde el sujeto es exhibido individualmente, a diferencia de los típicos supuestos donde todos los sujetos son exhibidos en conjunto (es decir, se exponen ante la víctima a cada integrante de la rueda pero de forma individual, uno a la vez). Esto permitiría que el testigo solamente deba comparar la persona que tiene delante con aquella que recuerda, y no tener que realizar este procedimiento con varias personas a la vez.²⁶⁷ Las investigaciones han demostrado que la rueda secuencial disminuye el número de falsas

²⁶⁶ DIGES y PÉREZ-MATA en “*La prueba de identificación desde la psicología del testimonio*”, en “*Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*”, Marcial Pons, Madrid 2014.

²⁶⁷ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018p. 186: “*Habitualmente la presentación de los componentes de la rueda se hace de forma simultánea, es decir, aparecen todos a la vez. Este procedimiento no es recomendable por los psicólogos del testimonio (Wells, 1984, 1993) debido a que favorece los juicios relativos, esto es, la evaluación de los componentes en términos de su grado de parecido con lo que se recuerda del sospechoso, siendo finalmente señalado el que más se parece de todos. Además, este procedimiento es especialmente peligroso cuando en la rueda no está presente el autor del delito (el sospechoso no es culpable), dado que siempre puede ocurrir que éste tenga un mayor parecido con el culpable que el que tengan otros*”.

identificaciones (22%), aunque también se ha comprobado que disminuye el número de aciertos (8%).²⁶⁸

En otro orden, hay que tener presente que una cosa es la identificación de un sujeto como el autor o partícipe del suceso criminal (reconocimiento propiamente dicho) y otra, muy diferente, es el reconocimiento por *familiaridad* la cual suele evidenciarse con frases como “le veo cara conocida”, “esta persona me suena”, “la tengo de algún lado”, etc. Para que se comprenda, el reconocimiento (el señalamiento de una persona) no debe guiarse por la familiaridad, sino -valga la redundancia- por el hecho de reconocer a quien cometió el delito. Justamente la familiaridad está relacionada con varios errores que pueden generarse producto del deficiente sistema, por ejemplo: si a una persona se le exhibe un álbum de fotos con posibles sospechosos, esta persona ya no debería intentar reconocer a un sujeto mediante rueda de reconocimiento si el mismo ha sido exhibido previamente en fotografías, pues -justamente- se corre el riesgo de que la persona no elija por su recuerdo original, sino por la familiaridad (incluso, la exhibición de la fotografía podría haber alterado su memoria poniendo al sujeto de la foto como parte integrante del recuerdo). De igual manera y por los mismos argumentos, un reconocimiento realizado cuando el sospechoso ya ha sido exhibido por diversos programas de televisión o periódicos carece de sentido, pues nada obsta a que el reconocimiento en realidad obedezca a su exhibición mediática. Ni que hablar aquellos casos en que previo a realizar el procedimiento el sujeto ha sido exhibido a la víctima con esposas o con sus manos amarradas o tomado de su espalda por policías, etc., pues tales comportamientos, por sí solos, ponen en evidencia que estamos ante un imputado, un sospechoso y, para los ojos de la ciudadanía, un delincuente.

Por otro lado, debemos poner de manifiesto que las que percibimos con relativa frecuencia (caras “familiares”) son más fáciles de recordar de aquellas que no lo son; por ejemplo, si en este mismo momento el lector intenta describir cómo es la cara de su padre o

²⁶⁸ STEBLAY, Nancy K- DYSART, Jennifer E- WELLS, Gary L., “*Seventy-two tests of the sequential lineup superiority effect: A meta-analysis and policy discussion*” en *Psychology Public Policy and Law*, Febrero, 2011.

hijo, seguramente lo haga mejor (pues mantiene un recuerdo más detallado) que si pretende describir a quien le sirvió la comida del restaurante.²⁶⁹

Otro factor a tener en cuenta está dado por los detalles impactantes, sea en el rostro o partes del cuerpo de un sujeto, que también pueden llamar la atención del testigo; por ejemplo, un tatuaje, una mancha de nacimiento, una herida, etc., podrían generar que el testigo focalice su atención en la misma, perdiendo o dejando pasar otra información relevante que podría colaborar a la hora de realizar la identificación como podrían ser los rasgos faciales. De más está decir, aunque es sumamente importante aclararlo, que el testigo durante la rueda no debe reconocer el tatuaje, la mancha o la herida, sino al sujeto. Todos estos detalles (y tantos otros más) no necesariamente son correspondientes con una única persona, por lo que hay que prestar suma atención a las manifestaciones del testigo cuando señale a alguien (por ejemplo, si el testigo manifiesta “reconozco el tatuaje” -si bien es un elemento a tener luego en cuenta por el juzgador- no debe ser tomado como un reconocimiento del sujeto, pues solamente ha reconocido el tatuaje).²⁷⁰

En virtud de todo ello y ya en lo que hace a la valoración del reconocimiento creemos que el juzgador debe merituar tanto los factores que pueden originar errores de percepción, de memoria o recuperación, como también aquellos factores que pueden distorsionar al proceso en sí, poniendo en evidencia un juicio valorativo más amplio o más abarcativo si lo comparamos con el juicio valorativo del testimonio, pues no solo habrá que analizar la sinceridad y la veracidad del sujeto, sino la forma en que se llevó a cabo el procedimiento de reconocimiento (qué personas integraban la rueda, cuántas eran, si antes de realizar el procedimiento el testigo pudo ver al imputado -en los diarios, televisión, etc.-, si la rueda estaba integrada con personas parecidas a la descripción dada por el testigo, etc.). Y todo ello a sabiendas de que un reconocimiento positivo (es decir, el señalamiento de un sujeto como autor del delito) no basta para determinar su culpabilidad; de igual forma, un reconocimiento negativo (es decir, el no reconocimiento del sospechoso) no basta para desvincularlo de la investigación. La prueba de reconocimiento, al igual que la prueba testimonial, es una de las tantas pruebas que deben materializarse a lo largo del proceso y,

²⁶⁹ Sobre este punto recomendamos MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 150.

²⁷⁰ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 155.

consecuentemente, una de las tantas que debe analizarse a la hora de dar un veredicto. Por ello, no debemos tomar al reconocimiento positivo como la única prueba, sino como una prueba más entre tantas otras.²⁷¹

3. Valoración del testimonio

3.1. Detección de la mentira a lo largo de la historia.

A lo largo de la historia el hombre ha buscado de distintas formas adquirir el “método infalible” para averiguar quién miente y quién no, pero sin conseguir resultados favorable; torturas, ordalías, suero de la verdad, polígrafo, hipnosis y varios más han sido los métodos utilizados para alcanzar tanpreciado objetivo.

A continuación, un breve relato de estos:

3.1.1. Las Ordalías

Sin perjuicio de que ya en el 900 a.C. el hinduismo estableció técnicas tendientes a determinar quienes cometían envenenamiento (hablamos de procedimientos cuyo conocimiento se remonta a los papiros de Veda, los cuales se basaban en el comportamiento desplegado ante la realización de ciertas preguntas, por ejemplo, frotar el dedo del pie contra el suelo) y más allá que también en el 300-250 a.C. existieron ciertas técnicas basadas en la medición del pulso²⁷², lo cierto es que en la antigüedad primaron los “juicios de Dios” (también llamados Ordalías), los cuales consistían en la realización de pruebas o destrezas tendientes a determinar si quien se expresaba decía o no la verdad y, en

²⁷¹ Para analizar criterios y cuestiones relativas a la admisibilidad del reconocimiento (que incluso también pueden ser adaptadas y puestas a consideración al momento de realizar la valoración) recomendamos la lectura de ALCAÍNO, Eduardo “*La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados*”, Política Criminal, Vol. 9 nro. 18, 2014.

²⁷² TROVILLO, Paul V. “*History of lie detection*”, American Institute of Criminal Law and Criminology, nro. 29 (1929).

consecuencia, había o no cometido un delito. Sostener metales calientes sin quemarse, aguantar la respiración bajo el agua durante largos períodos de tiempo, resistir a tormentos o realizar pruebas de fuerza eran algunas de las prácticas habituales utilizadas en la Edad Media para descubrir la “verdad”. De más está decir que la pena aplicable en dicho entonces en caso de no superar las pruebas era notoriamente más gravosa que las penas actuales: en muchos casos el proceso concluía con la quema en la hoguera o decapitación del imputado “culpable”.

Entre las Ordalías más utilizadas podemos mencionar la prueba del hierro ardiente, utilizada por las tribus del Rajmahal en el norte de Bengala y por los persas (700 a.C.), que consistía en obligar al acusado a poner su lengua o alguna parte del cuerpo sobre hierro ardiente, entendiendo que si se quemaba era culpable; la prueba del agua hirviendo, en cambio, se desarrolló principalmente en tribus de África, consistiendo en obligar a las personas a introducir sus brazos en una hoya con agua fría y luego en una con agua hirviendo, luego los participantes deberían irse para volver más tarde, momento en que se los examinaba: si tenían ampollas o le faltaba la piel, serían considerados culpables. Otro prueba era la del arroz mascado, la cual consistía en ingerir arroz en grandes cantidades; si el sujeto no podía hacerlo, se lo consideraba culpable; esta práctica propia de la India fue adaptada al ámbito europeo cambiando el arroz por pan de cebada y queso, asumiendo que si quien realizaba la prueba era un mentiroso, el arcángel Gabriel sería enviado por Dios para atascarle la garganta.²⁷³

Pese a que los textos jurídicos de manera habitual se suelen referir a las Ordalías como el sistema de valoración de la prueba más remoto o antiguo, es necesario aclarar que esto no es así, en tanto no estamos ante un “sistema de valoración probatoria”; en realidad, se encuentran en las antípodas de lo que se podría considerar un sistema de valoración probatoria, pues el juzgador no hace ningún “juicio de valor” sobre las pruebas. La inocencia o absolución del imputado no se define en base a la prueba, sino en base a sus habilidades o a su suerte²⁷⁴.

²⁷³ TROVILLO, Paul V. “*History of lie detección*”, American Institute of Criminal Law and Criminology, nro. 29 (1929).

- ²⁷⁴ NIEVA FENOLL, Jordi “*La valoración de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 44.

Desde el plano epistemológico las Ordalías o Juicios de Dios son descartados para la averiguación de la sinceridad de las personas.

3.1.2. La tortura

Otro “método” utilizado a lo largo de la historia y que se mantiene incluso en la actualidad es la tortura:

Podría decirse que la misma consiste en el dolor o sufrimiento físico infringido para obtener así, contra o sin la voluntad del atormentado, la confesión del delito que se persigue o de otros que haya perpetrado, o la delación de quienes delinquieron con él, o bien para purgar la infamia inherente al hecho criminal.²⁷⁵ Dejando de lado este último caso, la tortura pretendería la obtención de una declaración inculpatoria que permita al juzgador una rápida obtención de la verdad. Pese a ello, y en una época donde la temática aún se encontraba en pleno debate, el Conde Verri (1777) se preguntaba con gran sencillez “¿qué sentimiento nace en el hombre cuando sufre un dolor? Este sentimiento es el deseo de que el dolor cese. Cuanto más violenta sea la laceración, tanto más violento será el deseo y la impaciencia de que tenga fin. ¿Con qué medio un individuo torturado puede acelerar el término de su sufrimiento? Declarándose reo del delito sobre el cual es indagado. Más, ¿es verdad que el torturado haya cometido el delito? Si la verdad es conocida, lo atormentamos inútilmente; si es dudosa, acaso el torturado sea inocente, y el torturado inocente es impulsado, igual que el culpable, a acusarse a sí mismo del delito. Conque los tormentos no son un medio para descubrir la verdad, sino un medio que impulsa al hombre a declararse reo de un delito, lo haya o no lo haya cometido. Nada falta a este razonamiento para ser una demostración perfecta”.²⁷⁶

²⁷⁵ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., prólogo en VERRI, P. “*Observaciones sobre la tortura*”, Traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. XXXVII.

²⁷⁶ VERRI, P. “*Observaciones sobre la tortura*”, Traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 84.

En la actualidad, si bien los organismos internacionales de DDHH se han declarado flagrantes opositores de la utilización de tormentos para obtener declaraciones, podemos decir que no solo desde el plano humanístico, sino también desde una óptica epistemológica existen argumentos para descartar a la tortura como método idóneo para conocer la sinceridad o veracidad del testigo. Un caso emblemático en el que se advierte fácilmente por qué no es viable la utilización de este método es el caso conocido como “el crimen de Cuenca”, en el que se acusó y condenó a un hombre que había reconocido haber estado involucrado en la desaparición y muerte de un pastor en la provincia de Cuenca (España). Lo llamativo del caso es que luego de doce años privado de la libertad se logró determinar que el condenado no solo que no había matado o intervenido en la muerte del párroco, sino que este último ni siquiera había muerto. Años más tarde se comprobó que el testimonio había sido obtenido mediante la utilización de métodos violentos.

Explicaba Beccaría en *De los delitos y de las penas* que la tortura no es muy distinta a las Ordalias, pues “es tan poco libre de decir uno la verdad entre los espasmos del dolor y las congojas, como lo era entonces el impedir sin fraude los efectos del fuego y del agua hirviendo. Todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible que es su fuente; y la sensibilidad de cada hombre es limitada. Por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda, no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse a la pena. Entonces la respuesta del reo es tan inevitable y necesaria como las impresiones del juego o del agua. Entonces el inocente sensible se proclama reo, si cree que con ello hará cesar el tormento. Toda diferencia entre culpables e inocentes desaparece por el medio mismo que se pretende empleado para destruirla. Este es el medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles”²⁷⁷.

Por estas razones debemos descartar a la tortura como medio para lograr un mayor acercamiento a la verdad.

3.1.3. El suero de la verdad

²⁷⁷ BECCARIA, Cesare “*De los delitos y de las penas*”, EJEA, Buenos Aires, 1974, p. 121.

Otro método utilizado ha sido el conocido y comúnmente denominado “suero de la verdad”, el cual tuvo como punto de partida la administración de bebidas alcohólicas al imputado para que, desinhibido por el efecto del alcohol, se expresare con sinceridad. El correr del tiempo modificó la metodología sustituyendo el alcohol por el suministro de sustancias psicotrópicas por vía intravenosa (drogas como pentotal, amydal sódico o propofol dosificadas correctamente disminuyen las defensas del yo).

Su origen se le atribuye a House, quien en 1918 diseñó una solución al 2% de clorhidrato mórfico y al 0.1% de bromhidrato de escopolamina, la cual era administraba (inyectada) al sospechoso hasta el automatismo onírico (momento en que se vencería su resistencia y comenzaría a colaborar). En la actualidad, estas drogas han ido variando, llegando incluso a admitirse que con la “burundanga” se lograría disminuir la voluntad de quien la ingiere.²⁷⁸

Apelando a un pensamiento supuestamente garantizador de la integridad, intimidad o privacidad de las personas y en pos de tutelar el derecho de defensa, la doctrina se ha manifestado en contra a este tipo de método independientemente de que con él se llegue al descubrimiento de la verdad²⁷⁹. Pero más allá de estos argumentos y de las creencias populares, el “suero de la verdad” (independientemente de la droga que se utilice) tampoco es un método epistemológicamente válido, pues nada obsta a que las manifestaciones del declarante reflejen fantasías o hechos irreales producidos por la sustancia ingerida.²⁸⁰

²⁷⁸ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 62.

²⁷⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio, “*Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, 1949.

²⁸⁰ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 62: “*Probablemente, uno de los principales indicadores de que estas drogas de la verdad no funcionan es el manual de interrogatorios aprobado por el gobierno de Estados Unidos durante la presidencia de G. W. Bush con el objetivo de obtener información de los prisioneros en las cárceles iraquíes, donde se autorizaba la tortura. Así, todos los esfuerzos realizados por distinguidos gobiernos a lo ancho de todo el mundo para obtener un procedimiento realmente fiable para obtener información han terminado en fracaso. Un ejemplo de estos programas fue el proyecto Chatter, impulsado en 1951 en Estados Unidos para encontrar la droga de la verdad. En los experimentos realizados con este objetivo se usaron barbitúricos, anfetaminas y heroína. Dado su escaso éxito, el proyecto Chatter fue abandonado en 1953. Al parecer no ha sido éste el único proyecto con el objetivo de encontrar métodos que permitieran obtener la verdad de los interrogatorios y ensayar técnicas de control mental. El denominado proyecto MK-ultra duró once años y habría sido desarrollado por la agencia de inteligencia estadounidense (CIA) como continuación de otro anterior denominado primero Bluebird y posteriormente Artichoke. En el proyecto MK- ultra habrían participado científicos de las principales*

3.1.4. La hipnosis

Por más que inicialmente y sin demasiados conocimientos en la materia podrían hacerle creer a uno que la hipnosis es un método idóneo para obtener la sinceridad o veracidad del declarante, varias investigaciones han determinado que la hipnosis, al igual que el método anterior, no vuelve a las personas honestas ni sinceras²⁸¹; más aún, bajo los efectos de la hipnosis las personas son más sugestionables, siendo la probabilidad de recuperar recuerdos reales la misma que la de recuperar recuerdos falsos. Diamond sostiene que las personas hipnotizadas incorporan a sus relatos fantasías o datos sugeridos por los hipnotizadores, siendo incapaz la persona hipnotizada de distinguir luego de la sesión los datos reales de los sugeridos o imaginados. En forma concordante, Mazzoni y Lynn afirman que las declaraciones obtenidas mediante la hipnosis se caracterizan por la obtención de muchos datos falsos que luego pueden reemplazar a la memorial real propia del suceso original.²⁸²

En consecuencia, también debemos descartar a la hipnosis como método epistemológicamente válido para el acercamiento a la verdad.

3.1.5. El polígrafo

Los importantes avances que durante el siglo XVIII tuvieron lugar sobre la detección del pulso y del funcionamiento del corazón, sirvieron de origen para este particular método de detección del engaño. En 1876 el francés Marey inventó una maquina para medir el pulso y el ritmo cardíaco, la cual, si bien tuvo una finalidad puramente clínica, motivo a que el

agencias de investigación, institutos tecnológicos y universidades estadounidenses, sin resultados aparentes”.

²⁸¹ Sobre la historia de la hipnosis y sus distintos usos véase DIAMOND, B, “*Inherent problems in the use of pretrial hypnosis on a prospective witness*”, en *California Law Review*, marzo-1980.

²⁸² Para un desarrollo más acabado del tema véase MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 62

reconocido Dr. Ezechia Marco Lombroso, más conocido como Cesare Lombroso, manifestara que mediante la utilización de estas técnicas se podría lograr la detección de la mentira a tal punto que en su obra *El hombre criminal* (1895) sugirió la utilización del sismógrafo y del pletismógrafo en el interrogatorio de delincuentes, así como también el hidroesfismógrafo. En 1914 Benussi utilizó la medición de la respiración para determinar el engaño, considerando que el nivel de respiración y expiración solía ser mayor antes de decir la verdad que de mentir, pero fue Larson, recién en 1920, quien creó el primer polígrafo, el cual, básicamente, consistía en un aparato que con dos o más varillas medía los cambios fisiológicos que se producían durante el interrogatorio, por lo que fue rápidamente incorporado a la práctica forense.²⁸³

Más allá de las variaciones producidas por el paso del tiempo, el método del polígrafo fue utilizado con habitualidad por el Laboratorio Científico de Investigaciones Criminales de la Universidad del Noroeste de Chicago, habiendo prestado grandes servicios a los bancos para descubrir a los autores de malversaciones (entre 1931 y 1933 alrededor de 45 bancos emplearon este medio para saber si sus empleados habían cometido irregularidades). En un caso, un banco llegó a examinar a sus 56 empleados para descubrir un faltante de 5.000, encontrándose 20 culpables en lugar de uno²⁸⁴.

En la actualidad, si bien aún existen algunos modelos que utilizan agujas, en su gran mayoría se encuentran conectados a equipos informáticos y miden tres funciones fisiológicas básicas: la presión y el volumen sanguíneo (cardiógrafo y pletismógrafo), la respiración (neumógrafo) y el sudor (galvanógrafo)²⁸⁵; y aunque hasta el momento no forma parte del polígrafo, se está trabajando para incorporación el “análisis de reconocimiento termográfico facial”.²⁸⁶

²⁸³ VILLAMARÍN LÓPEZ “Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, España, 2014, p 31.

²⁸⁴ Gorphe, *Apreciación judicial de las pruebas*, p. 129

²⁸⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ “Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, España, 2014, p 33.

²⁸⁶ VILLAMARÍN LÓPEZ “Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, España, 2014, p 35: “Con ella se mide el calentamiento de los ojos (dado que es la zona de la cara con una capa de piel más delgada), producido por un flujo de sangre excesivo en ciertas áreas de la cara, relacionado este aumento con posibles conductas mentirosas. El sistema es capaz de detectar cambios de incluso 0,1 grados centígrados- Aunque todavía no se han realizado muchos estudios sobre este sistema, destaca el que llevaron a cabo investigadores dirigidos por el Departamento de Defensa

Entre las técnicas utilizadas podemos mencionar:

- 1) La *Relevant/Irrelevant Technique*: se le atribuye a Larson (1932), siendo la técnica más antigua. Se realizan dos tipos de preguntas, las irrelevantes (¿estamos en otoño?) y las relevantes (¿usted mató a José?), para luego comparar las respuestas fisiológicas ante la realización de cada pregunta.
- 2) El *Control Question Test*: desarrollada por Reid (1947), consiste en comparar las respuestas ante preguntas relevantes (¿usted mató a Juan?) con las respuestas ante preguntas control (¿ha mentido usted alguna vez?), asumiendo que los culpables se mostrarán más ansiosos ante las preguntas relevantes que antes las preguntas de control. Suele dividirse en las siguientes etapas: a) realización de entrevista previa (el examinador mantiene una conversación a fin de obtener información sobre la persona y su versión de lo ocurrido); b) se conecta al sujeto al polígrafo, se le explica como funciona y se lo pretende convencer de la alta fiabilidad del sistema; c) se formulan las preguntas (relevantes -relativas al delito, como “¿usted robo el reloj?”-, preguntas de control -hechos de similar naturaleza al que se investiga, como “¿usted ha robado alguna vez?”-, e irrelevantes); d) se evalúan los resultados; puede incluirse una fase más para aquellos casos en que el examinador considera que el sujeto ha mentido, para lo cual se le comunicará los resultados y se le preguntará su opinión a fin de lograr una confesión.
- 3) El *Directed Lie Test*: en atención a la falta de estandarización de la prueba, a la libertad con que se realizan y seleccionan las preguntas de control, se planteó esta nueva técnica con la intención de solucionar estos inconvenientes.
- 4) El *Guilty Knowledge Test*: se pretende determinar si los examinados tienen conocimiento sobre un delito en concreto que no desean revelar. Por ejemplo, se les exhiben imágenes de armas y, entre ellas, se le muestra la utilizada en el delito, intentando advertir los cambios fisiológicos ante la aparición del arma.²⁸⁷

de los Estados Unidos en 20001. Sus resultados mostraron que esta técnica mejoraba los obtenidos por el polígrafo tradicional, con unos índices de identificación de culpables de un 83 por ciento y de identificación de inocentes del 90 %”.

²⁸⁷ VILLAMARÍN LÓPEZ “Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, Espala, 2014, p 43.

Independientemente de que el polígrafo haya sido utilizado en Estados Unidos, México, Colombia, España y tantos otros países (incluso ha sido utilizado por el Tribunal de Arbitraje Deportivo -TAS- con el ciclista Contador cuando se lo acusaba de dopaje), no se ha determinado que efectivamente pueda servir para poner en evidencia el engaño, en tanto las medidas psicofisiológicas sobre las cuales se sustenta esta técnica solo se relacionan indirectamente con la mentira, pues tranquilamente pueden originarse por miedo, alerta, desconocimiento o temor del propio sujeto a que los evaluadores no le crean.²⁸⁸ Por ello, debemos arribar a la conclusión de que no estamos ante un método epistémicamente válido para la detección de la mentira.

3.1.6. El juramento

Otra forma adoptada a lo largo de los años para “garantizar” la honestidad de las personas ha sido el juramento o la promesa de decir la verdad. Quizás no sea del todo correcto incluirlo en esta sección, pues técnicamente no es un método para *detectar la mentira*, sino más bien para *garantizar la verdad*. En sentido general, por juramento judicial podemos entenderse la afirmación solemne que una persona hace, ante un juez, de decir la verdad en su declaración²⁸⁹; si bien su origen tuvo un carácter netamente religioso, luego de la Revolución Francesa se le asignó un carácter civil, despojando de la fórmula a la divinidad y convirtiéndolo meramente en un compromiso legal de pronunciarse con la verdad ante el funcionario²⁹⁰. Su fundamento, según ha expresado la doctrina, se aprecia desde una doble perspectiva: por un lado, implicaría un compromiso hacia la verdad por parte del declarante y, por otro, un indicio de verdad para el tribunal que debe valorar el testimonio²⁹¹.

²⁸⁸ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018, p. 87

²⁸⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”, T.2, Zavalia, Buenos Aires, 1988, p. 7.

²⁹⁰ SENTÍS MELENDO, “*Teoría y práctica del proceso*”, Buenos Aires, 1959, p. 303.

²⁹¹ IRISARRI, Carlos A. “*Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado*”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 231; con relación al primer punto (el compromiso de verdad) vale citar a MITTERMAIER al referir que “*El juramento constituye una garantía aun más importante, mirado bajo el punto de vista de la sanción religiosa, moral o legal. Se sabe por experiencia que, muchas veces, cuando el hombre no está ligado con juramento, manifiesta la verdad, si le conviene, en sus declaraciones; pero si la fe del juramento le obliga, al instante se lo ve volver a su versión primera, y no*

En este punto creemos que el juramento, en realidad, debería implicar la promesa para el testigo de pronunciarse con *honestidad* o *sinceridad* y no *con veracidad*, pues, como ya dijimos, la *creencia* del testigo puede no tener correspondencia con la realidad de los hechos, por lo cual hacerlo prometer o jurar con relación a algo que no necesariamente está dentro de sus posibilidades no parece del todo correcto. En realidad, el testigo debería comprometerse a manifestar lo que *crea* conocer sobre los hechos y no *la realidad* de los mismos.

Varios autores han dado su opinión sobre la idoneidad o conveniencia del juramento: Florian se refería al mismo como “un franco intento por estimular la sinceridad de la declaración del testigo y reforzar su credibilidad e importancia con elementos extraños al proceso, de carácter moral o religioso”²⁹²; Gorphe, por su parte, manifestaba que el juramento es un llamado a la conciencia y que “mejora al testimonio no sólo en cuanto a la sinceridad, sino también en cuanto a su exactitud, llamando la atención del testigo sobre la importancia de sus declaraciones y haciendo más reservadas sus afirmaciones, de manera de no dar por cierto aquello sobre lo que no está seguro”²⁹³; Adip, con buen criterio, sostenía que el juramento, pese a ser considerado como un auxiliar eficaz de la Justicia, en realidad “no llena esa finalidad, porque carece de solemnidad. Para que cumpla el papel a que está destinado, debiera ser tomado, en todos los casos, por la más alta jerarquía del tribunal, y en presencia de las partes y de sus letrados. En el acto, se le hará ver al fedatario que el juramento compromete su conciencia y su relación con Dios. Naturalmente, siempre que se trate de persona que tenga creencia religiosa. Si no la tiene, deberá ser reemplazado el juramento por la promesa de decir verdad, pero haciéndole ver al testigo que su

callar la verdad que un deber imperioso le ordena revelar. La santidad del juramento, si no está enteramente despravado, obra sobre su alma y la purifica; da una fuerza irresistible a la corriente que le arrastra al verdadero camino; retrocede ante la vergüenza de sellar la mentira con un sello verdaderamente sagrado, y deprecia lo que sus conciudadanos llaman una especie de arca santa de la verdad; en fin, a falta de sentimientos más generosos, la prudencia le hace fijarse en las terribles consecuencias de un juramento falso, y en toda una vida llena de angustias y zozobras hasta el día en que se descubran” (MITTERMAIER, C.J.A. “Tratado de la prueba en materia criminal”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 260).

²⁹² FLORIAN, Eugenio “De las pruebas penales”, TEMIS, Bogotá, 1976, p.266

²⁹³ GORPHE, François “La apreciación judicial de las pruebas”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 394

colaboración es importante, puede decidir el pleito, y que el tribunal deposita en él toda su confianza para alcanzar la verdad de los hechos”.²⁹⁴

Hoy en día parece que esta solemnidad no es tal, en tanto el juramento no es mas que una formalidad que se suele hacer más por costumbre/rutina que por otra cosa. Si bien consideramos que el juramento (en algunas personas y en determinadas situaciones, por ejemplo, individuos con fuertes convicciones religiosas) podría ser un elemento que permita obtener un testimonio sincero, no creemos que tal efecto pueda reflejarse en la mayoría de las personas. En muchos casos los sujetos mentirán incluso habiendo prestado juramento y teniendo creencias religiosas, por creer que con la declaración falsa podrán colaborar con la condena de un criminal o podrán favorecer a una víctima, etc. En el fondo, el juramento no necesariamente hace a la sinceridad, lo que no quita que en algunos casos pueda servir para cumplir con tal fin (pero claro, esto nunca lo sabremos).

3.2. La intermediación: ¿Un principio con funciones epistémicas?

3.2.1. El principio de intermediación y sus funciones

La intermediación, entendida como “principio de intermediación”, es una forma de realización del proceso que denota cercanía, proximidad y vinculación sin intermediarios; es la proximidad temporo-espacial del juzgador con las partes y con los medios de prueba.

La doctrina habitualmente se refiere a la intermediación como un principio trascendental a la hora de llevar a cabo el debate²⁹⁵; pese a ello, no se han escrito demasiadas obras sobre el tema, en tanto ni siquiera ha sido tratado con profundidad. Por lo general, las páginas que los procesalistas han dedicado al principio de intermediación son

²⁹⁴ ADIP, Amado, “*Prueba de testigos y falso testimonio*”, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 173.

²⁹⁵ CLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Tratado de derecho procesal penal*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 127; VELEZ MARICONDE, Alfredo “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 420; LEVENE, Ricardo “*Hacia la reforma procesal penal. El juicio oral en todo el país*”, LEA, Buenos Aires, 1986, p. 18; JAUCHEN, Eduardo M. “*El juicio oral en el proceso penal*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 37.

pocas y ni siquiera existe acuerdo sobre sus notas características o funciones.²⁹⁶ Sin perjuicio de ello, y en virtud de la implantación del sistema acusatorio de enjuiciamiento luego de la revolución francesa, se lo ha relacionado con la oralidad, la concentración y la publicidad.²⁹⁷

Justamente en virtud de esta estrecha vinculación entre principios, se ha sostenido que la inmediación tiene como contrapartida a la escritura, lo cual en cierto punto es correcto, pues si bien es posible que exista escritura e inmediación, esto difícilmente ocurra. En igual sentido, si bien puede haber oralidad sin inmediación, es innegable que existe un vínculo muy cercano entre ambas: la oralidad permite y asegura la inmediación, mientras que esta última dota de relevancia a la primera.

Cabe aclarar que, más allá que la inmediación pasa a ser considerada como un principio procesal recién a partir de la Ilustración (la doctrina suele definirla como un “principio revolucionario”²⁹⁸), su existencia junto con la de la oralidad no es novedosa, sino que fue la forma de juzgamiento reinante durante toda la antigüedad: la República romana perfeccionó el sistema y ni siquiera el Imperio pudo abatirlo (pese a adoptar la escritura en un periodo preliminar); también existió durante la primera mitad de la Edad Media (en tanto los germanos no conocieron otra forma de juzgamiento). Recién con el advenimiento

²⁹⁶ CLARIA OLMEDO, Jorge “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1984yCLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Tratado de derecho procesal penal*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011; JAUCHEN, Eduardo M. “*El juicio oral en el proceso penal*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008; LEONE, Giovanni “*Tratado de derecho procesal penal*”, EJEA, Buenos Aires, 1989; LEVENE, Ricardo “*Hacia la reforma procesal penal. El juicio oral en todo el país*”, LEA, Buenos Aires, 1986; MAIER, Julio “*Derecho procesal penal argentino*”, Hammurabi, Buenos Aires, 1989; ODERIGO, Mario “*Derecho procesal penal*”, Depalma, Buenos Aires, 1978; VELEZ MARICONDE, Alfredo “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

²⁹⁷ MAIER, Julio “*¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición*” en *Jueces para la democracia*, Nro. 49, 2004.; CLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Tratado de derecho procesal penal*”, T.8, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 129

²⁹⁸ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto “*Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación. N° 4*; Buenos Aires: Ad Hoc; HASSEMER, Winfried “*Fundamentos del Derecho penal*”, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984, p. 194 ; JAUCHEN, Eduardo M. “*El juicio oral en el proceso penal*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 36.

de la inquisición, la oralidad, la inmediación y la publicidad fueron suplantadas por la escritura y el secreto.²⁹⁹

Pero más allá de estas cuestiones, e independientemente del factor histórico, cabe preguntarse ¿cuál es la función de la inmediación y por qué ha sido considerado un principio rector para la realización del proceso?

Pues bien, sin referirse específicamente a la inmediación como un “principio”, Bentham (1825) explica la importancia de la presencia del juez durante el debate al manifestar que: 1) permite la seguridad del juez con relación a los dichos de los testigos, en tanto el juez que no los ha oído no puede asegurar que las actas representen fielmente la narración oral, permitiendo incluso aclarar los conceptos oscuros; 2) permite conocer la conducta de los testigos y de las partes, que es tan importante para complementar el testimonio oral (la fisonomía, el tono de voz, la firmeza, la prontitud, las emociones del temor, la sencillez de la inocencia, la turbación de la mala fe); 3) permite, bajo los auspicios de la publicidad, la mejor salvaguarda para la obtención de todas las reglas legales (prohibiendo preguntas capciosas, la intimidación de los testigos, evitando altercados de los abogados, poniendo el freno a la mentira mediante el inmediato castigo del falso testimonio)³⁰⁰.

Framarino dei Malatesta (1895), también sin referirse al principio de inmediación, pues ni siquiera se refiere a la “inmediación”, esgrime las virtudes del examen directo y oral del testigo por parte del juez alegando que tal proceder permite advertir las flaquezas del testimonio; la luz que surge de la actitud personal del declarante ejerce influjo sobre la credibilidad de sus declaraciones, en tanto “hay notas de veracidad o de mentira en la fisonomía, en el timbre de voz, en la serenidad o en la inquietud del declarante”.³⁰¹

Posiblemente quien primeramente se refirió a la inmediación como un principio basamental del debido juzgamiento fue Chiovenda, quien en su brillante obra “*Principios*

²⁹⁹ VELEZ MARICONDE, Alfredo “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 417.

³⁰⁰ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, EJEA, Buenos Aires, 1971.

³⁰¹ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, TEMIS, Bogotá, 1978.

de derecho procesal civil” (1906) esgrime los beneficios de la *inmediatezza* argumentando que es la forma de juzgamiento más adecuada, pues permite: 1) rapidez en el juzgamiento; 2) mayor facilidad para que las partes se entiendan recíprocamente; 3) eficacia para la determinación de los buenos o malos argumentos esgrimidos ante el tribunal; 4) concentración del pleito; y 5) la más sincera apreciación por parte del juzgador de las manifestaciones de los declarantes.³⁰²

Carnelutti (1930) también expuso sus ventajas al sostener que el principal problema del procedimiento es el de garantizar el éxito del diálogo (entendiendo por “diálogo” el entendimiento recíproco entre quien habla y quien escucha); siendo el principio de intermediación el que permitiría la concreción de tal tarea. Según el autor, la intermediación permitiría “acortar las distancias”, no solamente desde el plano físico, sino fundamentalmente desde el plano espiritual. La excelencia del habla está en la virtud del sonido (que sirve para hacer sensible) y en los gestos (que dotan de fuerza expresiva a las palabras), ambos permitirían una mejor comprensión de quien declara.³⁰³

De tal forma, la intermediación se consolidó como un principio fundamental para la realización del proceso, que evidenciaría su importancia a partir de tres funciones:

- a) Función práctica: otorga celeridad al proceso y permite la concentración del debate.
- b) Función garantizadora de la legalidad del acto: evita la tergiversación o distorsión de los dichos de los testigos, garantiza el derecho de defensa y el contradictorio, imposibilita la realización de preguntas inadecuadas y permite la comprensión de la declaración mediante la posibilidad de realizar preguntas aclaratorias.
- c) Función epistemológica: ayudaría al magistrado a valorar debidamente la declaración de los testigos al advertir la expresión de su mirada, los

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe “*Principios de derecho procesal civil*”, Editorial REUS, Madrid, 1922, p.130.

³⁰³ CARNELUTTI, Francesco “*Derecho y proceso*”, EJE, Buenos Aires, 1971.

movimientos faciales, el cambio de color de su rostro, el timbre de su voz, el ritmo de la respiración, etc.; lo que permitiría la determinación de la sinceridad de los relatos. En otras palabras, serviría para la averiguación de la verdad.

Con el correr del tiempo esta última función ha ido tomando relevancia, al punto tal que es habitual encontrarse con decisiones judiciales que valoren la prueba testimonial basándose en las apreciaciones del juzgador a partir del contacto directo tomado durante el debate³⁰⁴; como también es habitual encontramos decisiones de los Tribunales de Alzada que, amparándose en la falta de inmediación, alegan encontrarse imposibilitados para realizar debidamente tal valoración.³⁰⁵

Ahora bien, tales consideraciones (es decir, las referidas a las cualidades epistemológicas de la inmediación) no puede ser asumida “porque sí”, en tanto las implicancias que traería aparejada una incorrecta comprensión de este aspecto serían devastadoras, si es que aún no lo son, para el ejercicio de la judicatura.

3.2.2. Validez de la función epistemológica del principio de inmediación

Abordaremos el tema intentando contestar la siguiente pregunta:

³⁰⁴ Causa nro. 3874/0496, Tribunal Oral Criminal Nro. 5 de La Plata, Prov. Bs.As., Argentina (2014); causa 1880/2011, “Gómez, Nicolás Martín s/ privación ilegítima de la libertad agravada” Tribunal Oral Criminal Nro. 5 de Quilmes, Prov. Bs. As., Argentina (2014).

³⁰⁵ “*El intercambio fruto de la inmediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el juicio, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de los testigos que declaran en tal oportunidad procesal*” (causa nro. 66.380, Sala II, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; en igual sentido, causa nro. 67.740, Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina”; causa nro. 74.605, Sala II, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; causa 61.221, Sala IV, Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Argentina; Causa nro. 9337, Sala III, Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

¿Cómo hace el juez para determinar quién miente y quien es honesto en base a la intermediación?³⁰⁶

Consideramos que existen dos posibles respuestas:

La primera, básica y carente de mucho contenido, es aquella que se sustenta en la “intuición”³⁰⁷, el “tacto”³⁰⁸ o la “divina chispa”³⁰⁹ del juzgador.³¹⁰

A primera vista, tal criterio parecería más bien una alegación relacionada con poderes mágicos o paranormales del magistrado, más propios de un Dios que de un hombre. Nos llama poderosamente la atención cómo es posible que en la actualidad se considere seriamente la validez de tal argumento, en tanto, desde el plano racional, ni la intuición ni el tacto explican satisfactoriamente cómo se logra determinar la sinceridad de las personas, pues justamente son métodos (si es que podemos utilizar tal término, pues de

³⁰⁶ En este caso, la “intermediación” formaría parte de los métodos, técnicas o estrategias que se sustentarían en el comportamiento no verbal del sujeto o señales conductuales para la detección del engaño. La mentira, a lo largo de la historia ha pretendido ser descubierta en base a tres puntos de vista: a) estudios fisiológicos (suero de la verdad, polígrafo, etc.); b) comportamientos no verbales (análisis de la conducta desplegada por el sujeto al emitir un testimonio -movimiento de brazos, intercambio de miradas, etc.-); y c) contenido de la declaración (*Reality Monitoring*, CBCA, etc.); para una reseña sobre estos métodos, véase MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993.; MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018).

³⁰⁷ CLARIA OLMEDO, “Derecho procesal penal”, p. 401.

³⁰⁸ FLORIAN, Eugenio “De las pruebas penales”, TEMIS, Bogotá, 1976, p. 347.

³⁰⁹ MANZINI, Vincenzo “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. 3, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 368: “para valorar la deposición de un testigo ayuda mucho la observación del continente adoptado por él durante el examen, pues difícilmente logra el hombre dominar cuando miente las modificaciones físicas que se reflejan especialmente en la expresión de su mirada, en los movimientos de los músculos faciales, en el cambio de color en el rostro, en el timbre de voz, en el ritmo de la respiración, y que están determinadas por estímulos emotivos”, por ello “para una valoración de la prueba testifical sirve ante todo la intuición del hombre inteligente: si falta la divina chispa, ningún arte podrá guiar al juez en esta apreciación”.

³¹⁰ Quizás uno de los textos más antiguos donde se establezcan estas prácticas de detección de la mentira a partir del comportamiento del declarante, pueda corresponderse con los textos hindúes -papiros Vedas, 900 a.C.- donde se explicitan las técnicas para detectar a los envenenadores: “A person who gives poison may be recognized. He does not answer questions, or they are evasive answers; he speaks nonsense, rubs the great toe along the ground, and shivers; his face is discolored; he rubs the roots of the hair with his fingers; and he tries by every means to leave the house ...”, véase TROVILLO, Paul V. “History of lie detection”, American Institute of Criminal Law and Criminology, 1929, nro. 29.

“método” no tienen nada) absolutamente irracionales. En otras palabras, no hay objetividad, no hay racionalidad y no hay control intersubjetivo; más bien, hay pura subjetividad. Nada los diferencia de tirar una moneda al aire o esperar que la divinidad se expida enviando alguna señal, lo que nos lleva a concluir que tales postulados nos alejan de la tradición racionalista de la prueba³¹¹ y, en consecuencia, nos alejan de la verdad. La intermediación, en tal sentido, no es más que *mística*.³¹²

Pasaremos a la segunda posible respuesta, para lo cual apelaremos a un argumento hipotético³¹³:

Así, podríamos sostener que el sector doctrinal que avala la intermediación como instrumento que permitiría determinar la honestidad del declarante, lo haría en base a reglas de “máximas de experiencia”³¹⁴ (*Erfahrungsstaz*) o “reglas de vida” (*Lebensregel*)³¹⁵.

En palabras de Stein (*Das private Wissen des Richters*, 1893), estas máximas “son 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”.³¹⁶ De más está decir, que estas reglas que devienen de la experiencia van modificándose a lo largo del tiempo y conforme el desarrollo de la humanidad; por ejemplo, un juez romano pudo haberse amparado en máximas de experiencia para determinar que una misma persona no pudo haber estado

³¹¹ Véase, por todos, FERRER BELTRAN, Jordi “*Valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2007 y “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005.

³¹² Así la llama ANDRES IBAÑEZ, Perfecto “*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009. p. 58.

³¹³ Es decir, un argumento que no se ha dado pero que podría darse.

³¹⁴ El término es habitualmente adjudicado a Friedrich Stein (CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 65; NIEVA FENOLL, Jordi “*La valoración de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 28; UBERTIS, Giulio “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017, p. 75).

³¹⁵ CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 65.

³¹⁶ STEIN, Friedrich “*El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999. , p. 27; en igual sentido, COUTURE, Eduardo J. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”, Depalma, Buenos Aires, 1976, 229.

presente el mismo día en Atenas y en Roma, pero tal regla no sería aplicable en la actualidad (pues existen aviones y demás vehículos que permitirían el traslado del sujeto en un mismo día).³¹⁷

Estas reglas, llevadas al ámbito procesal, podrían traducirse de la siguiente forma:

Premisa mayor: máxima de experiencia.

Premisa menor: particularidades del caso advertidas por el juzgador.

Conclusión: aplicación de la regla de máxima de experiencia al caso en concreto.

Pongamos un ejemplo:

Premisa mayor: Los testigos suelen ser sinceros cuando no tartamudean.

Premisa menor: El testigo no ha tartamudeado.

Conclusión: El testigo probablemente es sincero.

De igual forma, el razonamiento podría estar conformado por las siguientes premisas:

Premisa mayor: Los testigos suelen sonrojarse al mentir.

Premisa menor: El testigo se ha sonrojado.

Conclusión: El testigo probablemente ha mentido.

³¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 230.

Pero también, el mismo razonamiento puede realizarse dado en sentido negativo:

Premisa mayor: Los testigos suelen tartamudear al mentir.

Premisa menor: El testigo no ha tartamudeado.

Conclusión: El testigo probablemente no ha mentido.

Lo expuesto no es más que la realización de razonamientos inferenciales cuya premisa mayor se corresponde con una máxima de experiencia, una premisa menor que se corresponde con lo percibido por el juzgador y, finalmente, una conclusión.³¹⁸ También podríamos sostener que el razonamiento es indiciario, pues partimos de un indicio (la tartamudez del testigo) que nos permite llegar a una probable conclusión. Es lo mismo.

Pero tal razonamiento también podría estar sustentando de la siguiente forma:

Premisa mayor: Los testigos que miran a los ojos son sinceros.

Premisa menor: El testigo ha mirado a los ojos.

Conclusión: El testigo es sincero

Se advierte en este caso se utiliza una regla no expresada como “probable” ni “habitual” ni “usual” (dando a entender que *todos* los testigos que miran a los ojos son

³¹⁸ Véase GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 66; GUIBOURG, - GHIGLIANI- GUARINONI “*Introducción al conocimiento científico*”, p. 163

sinceros). En este caso, la utilidad del último silogismo se sustenta en que, si corroboramos que las premisas son verdaderas, también lo será la conclusión³¹⁹. Pero lo cierto es que, por su propia naturaleza, las “máximas de experiencia” siempre serán probabilísticas, por lo que la que se obtenga de ellas también lo será.³²⁰

Sin perjuicio de que estas “máximas” no han sido consagradas taxativamente, sino que devienen de las creencias de cada sujeto (o de cada juzgador)³²¹, podemos utilizar la sentencia 119/19 del Tribunal Supremo Español para evidenciar la existencia de algunas de estas. En dicho resolutorio, el Máximo Tribunal español (sala penal) desarrolla algunas reglas que sugiere considerar a la hora de valorar la “veracidad” (sí, en lugar de “sinceridad” dice “veracidad”) de los testimonios; estas son: seguridad en la declaración, claridad expositiva, lenguaje gestual, seriedad expositiva, expresividad, declaración no fragmentada, temor evidente al acusado o a su familia, entre otras. Si bien, el decisorio no establece expresamente cómo estarían conformadas estas máximas de experiencia, las mismas pueden ser advertidas fácilmente; por ejemplo, considerar que se debe analizar la seguridad en la declaración, supone como máxima de experiencia que “los relatos expuestos con seguridad probablemente son sinceros”; de igual forma, asumir que se debe analizar el temor que la víctima evidencia al momento de declarar, supone como máxima de

³¹⁹ Véase GONZALEZ LAGIER, “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, p. 65; GUIBOURG, Ricardo, GHIGLIANI, Alejandro y GUARINONI, Ricardo “*Introducción al conocimiento científico*”, EUDEBA, Buenos Aires, 1988, p. 159.

³²⁰ STEIN, Friedrich “*El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 37: “Las máximas de experiencia carecen, también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz saldo de la inducción, de aquella certeza lógica. No son valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa”; en igual sentido, UBERTIS, Giulio “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017, p. 78.

³²¹ En el 2006 se llevó a cabo un estudio en 75 países realizado por *The Global Deception Reserch Team* que puso en evidencia cuáles son los parámetros que suelen asociarse a la mentira. El mayor número de participantes (63,66%) sostuvo que el evitar la mirada, aunque también tuvo gran aceptación el nerviosismo, las incoherencias y los movimientos corporales (*Journal of Cross-cultural Psychology*, vol 37, nro. 1, enero 2006).

experiencia que “las víctimas que evidencian temor al declarar, probablemente no mientan”³²².

Podríamos sostener que estas máximas se sustentarían en tres tipos de señales: a) no verbales (movimientos de cabeza, manos, piernas y pies); b) paraverbales (señales vocales que acompañan el habla, como el tono de voz, tartamudeos, pausas); y c) verbales (el uso de ciertas palabras).³²³

Pero claro, la pregunta entonces sería ¿cómo determinamos que tales máximas de experiencia son correctas?

Concretamente la pregunta nos adentra en la justificación externa del razonamiento:

³²² También puede encontrarse una enumeración (o tipificación, si se nos permite el término) en el Manual policial de Imbau et al donde se utiliza la “Técnica Reif”. Este Manual se centra en tres ejes centrales: la *Behavior Analysis Interview* (BAI) -es una modalidad de entrevista diseñada para generar reacciones distintas en inocentes y culpables-, los indicios del engaño y el interrogatorio al sospechoso -duro y orientado a obtener una confesión-. La BAI consta de una serie de preguntas propias de la investigación (específicas del caso) y de un conjunto de 15 preguntas generadoras de conductas específicas (las cuales causarán reacciones verbales y no verbales dependiendo de la culpabilidad o mendacidad y de la inocencia o sinceridad). Entre los indicios conductuales a observar se menciona la postura, los movimientos de manos y pies, el contacto ocular, el tono de voz, la duración de las respuestas, as pausas en el habla, entre otros. Es importante advertir que pese a su utilización en varios países (EEUU, Canadá, México, Bélgica, Japón, Corea del Sur, Singapor, Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos) los parámetros utilizados para determinar la mendacidad de las personas no han sido corroborados científicamente (más aún, los resultados científicos reflejan que ante la utilización de estos métodos, el número de aciertos disminuye -sin perjuicio de que aumente la confianza de quien lo utiliza, es decir, se produce un efecto contraproducente-); para profundizar, véase ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, “*El entrenamiento de los policías para detectar mentiras*” en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009). También MASIP, Jaume – HERRERO, Carmen, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 36 (2), 2015; en el ámbito doctrinal, podemos mencionar a DÖHRING, quien expresamente se refiere a las “señales en la traza del declarante que permiten estimar su confiabilidad” (DÖHRING, Erich “*La prueba, su práctica y apreciación*”, EJE, Buenos Aires, 1972, p. 67).

³²³ SPORER, Siegfried – SCHWANDT, Barbara, “*Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis*”, Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006; en igual sentido, MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en Anuario de Psicología jurídica, 2000.

Debemos manifestar que no existe hasta el momento ningún estudio ni investigación científica que acredite categóricamente que en base al color de la piel, a la fuerza del relato, a la tartamudez, a la mirada directa a los ojos, al temor evidente, a la gesticulación o a la fisonomía del sujeto, se pueda determinar la sinceridad del declarante; más bien, las investigaciones existentes han llegado a conclusiones contrarias, alegando que las señales conductuales son imprecisas, difíciles de detectar y que, por lo general, lo único que hacen es generar una falsa confianza en el investigador que, posiblemente, lo aparte de la realidad de los hechos³²⁴. Incluso, las investigaciones han determinado que la precisión del hombre para detectar el engaño es sumamente baja, encontrándose apenas por encima del puro azar.³²⁵

Las alegaciones en favor de la función epistémica de la intermediación no son más que meras alegaciones. Vale observar las obras de Bentham³²⁶, Mittermaier³²⁷ o Chiovenda³²⁸ para advertir que, pese a la importancia que se le ha dado a la intermediación para la determinación de la sinceridad del testigo, no se han expuesto fundamentos valederos que puedan justificar tales creencias; lo cual, en cierto punto, es entendible, pues en dicho

³²⁴MASIP, Jaume, “*Se pillia 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, Jaume – HERRERO, Carmen, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”, en *Papeles del Psicólogo*, Vol. 36 (2), 2015; ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, “*El entrenamiento de los policías para detectar mentiras*” en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).

³²⁵ VILLAMARÍN LÓPEZ “*Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*”, Marcial Pons, Madrid, Espala, 2014, p. 29.

³²⁶ BENTHAM, “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T. 1, p. 192: “*El testimonio presentado en esa forma inferior [testimonio por escrito] se ve privado de la parte más instructiva, de esa prueba circunstancial que suma tanta fuerza al testimonio oral, aquella que resulta de la conducta de los testigos y de las partes. El juez no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de 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*”.

³²⁷ MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973., p. 331: “*Apreciará como digna de fe la declaración de un hombre conocido por su rídiga probidad, su tranquilidad y prudente experiencia y su modo de expresarse con claridad y lucidez, mucho más que los dichos de un testigo que titubea o que está ya conocido por su ligereza*”.

³²⁸CHIOVENDA, Giuseppe “*Principios de derecho procesal civil*”, Editorial REUS, Madrid, 1922, p. 132 (con cita de Pagano): “*En la viva voz, la manera de decir, y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras, y suministran tantos indicios en favor o contra las afirmaciones de las palabras*”

entonces (mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XX) no existían tantas investigaciones que estudiaran con rigorismo científico tales creencias (recién a fines del siglo XIX comenzaron a desarrollarse las primeras investigaciones)³²⁹. El problema está en que, como estos criterios de pensamiento han sido expuestos por los más grandes procesalistas o exponentes del derecho probatorio, sus alegaciones han sido repetidas por sus seguidores en los distintos manuales, tratados y demás obras doctrinales (pasando por alto la realización de un análisis exhaustivo de estas creencias). Así, hemos llegado a la actualidad, considerando a la intermediación un factor determinante para la correcta valoración del testimonio³³⁰.

³²⁹ Sin perjuicio que NIEVA FENOLL sostiene que la primera impronta de la psicología del testimonio ocurre con Las Partidas -siglo XIII- (NIEVA FENOLL, Jordi “*El interrogatorio: técnicas pasadas, presentes y futuras*”, Conferencia en la Universidad de Girona, 2018), lo cierto es que las investigaciones científicas no se desarrollaron sino hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Explica Manzanero que “podemos hablar de tres épocas en la historia de la Psicología del Testimonio: a) una primera época de inicio hasta los años 30-40 del siglo XX, donde se perfilan los principales tópicos de la disciplina; b) una época de crisis hasta los años 60, donde perdura casi en exclusiva el interés por los factores conductuales asociados a la credibilidad de los testimonios; y c) una época de renacimiento y pleno apogeo con los paradigmas del Procesamiento de la Información, desde los años 60 hasta nuestros días, donde el interés por la psicología del testimonio crece exponencialmente, situándose de nuevo en un lugar destacado en los estudios aplicados de la psicología de la atención, la percepción y la memoria” (MANZANERO, Antonio L. “*Psicología del testimonio*”e “*Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional*” en Boletín de Psicología nro. 100, Noviembre 2010; en igual sentido, DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010.); por su parte, Contreras Rojas esgrime que los trabajos pioneros de la psicología del testimonio se llevaron a cabo en las postrimerías del siglo XIX, principalmente con las investigaciones de Cattell, en Estado Unidos, y Stern, en Alemania. Sin perjuicio de ello, los primeros experimentos tendientes a estudiar el funcionamiento de la memoria se corresponden con el alemán Ebbinghaus que en 1855 hizo hallazgos sobre procesos de aprendizaje y olvido (CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015,p. 149). Un claro repaso de las primeras labores de la psicología del testimonio desde la óptica procesal puede verse en FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, T.2, TEMIS, Bogotá, 1976, p. 322. Sobre la importancia de la psicología del testimonio en los ámbitos judiciales y, más concretamente, en la valoración del testimonio, véase DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010.

³³⁰ En tal sentido, expresa MUÑOZ CONDE que el principio de intermediación y oralidad en el juicio hacen a la “*comprensión escénica, que, en definitiva, es la esencia del juicio oral...si no se cumple con esta exigencia antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria y, por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal*” MUÑOZ CONDE, Francisco “*La búsqueda de la verdad en el proceso penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 56).

Siguiendo con los planteos hipotéticos, creemos que la posible explicación del porqué sostenemos que el cambio de color de la piel, el bajar la mirada, la tartamudez, etc.³³¹ sean sinónimos de mentira, podría estar dada en algunos casos por la *alteración en el comportamiento durante la narración*.

Pongamos un ejemplo:

Una persona durante un debate relata haber presenciado un hecho criminal. La persona desarrolla su relato con total tranquilidad hasta que en un momento comienza a tartamudear. A ojos del juzgador, la tartamudez evidenciaría un cambio de comportamiento que, como tal, debería tener una razón justificante. ¿Por qué esta persona que venía relatando un hecho con absoluta sinceridad ha comenzada a tartamudear? El juzgador, podría sostener que las cosas no ocurren porque sí, ocurren por algo, siendo este “algo” el comienzo de la mentira. Ocurriría lo mismo si un testigo durante su relato se sonroja; el juzgador, nuevamente, podría preguntarse ¿por qué el testigo se ha sonrojado justo en esta parte del relato? Pues, porque está mintiendo.

De más está decir que tales conclusiones son antojadizas. La tartamudez pudo haberse originado por la rememoración de los hechos, el temor a la represaría del imputado que se encuentra escuchando el relato o por cualquier otro motivo (incluso, claro está, por haber comenzado el testigo a mentir); de igual manera, haberse sonrojado podría estar más bien relacionado con la vergüenza producida ante la rememoración de los hechos o por la presión que el testigo siente por dar un buen testimonio, etc.

Quizás, el mayor problema deviene de la falta de conciencia que las personas (incluido los jueces, claro está) tienen con relación al éxito que sus juicios de credibilidad poseen. Para que se comprenda: las personas en su vida cotidiana suelen basar en distintas señales conductuales sus consideraciones sobre la sinceridad o no de otros sujetos (lo hacen los esposos con relación a sus esposas, los padres con relación a sus hijos, los profesores

³³¹ Algunas de estas creencias son asumidas, incluso, universalmente; es decir, no estaríamos ante creencias propias de un país determinado, sino que son compartida en todo el mundo (el típico caso sería “no mirar a los ojos”); véase MASIP, Jaume, “*Se pillia 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).

con relación a sus alumnos, los jueces con relación a los testigos, etc.), pero todo termina allí. El juzgador (nos referimos a quienes realizan estos juicios de valor, independientemente de que estemos hablando de un juez o de quien sea) en realidad desconoce si realmente ha logrado advertir el engaño a partir de estas señales.³³² Si bien en algunos casos se podría, mediante otras pruebas (por ejemplo, una filmación), determinar si la persona ha mentido, nada corrobora que el juicio de credibilidad basado en las señales conductuales ha sido el que le permitió darse cuenta del engaño o esto fue una mera coincidencia, producto del azar o de la suerte. Justamente, la inexistencia de un método de validación (nos referimos a la validación de la creencia) es lo que hace que las personas carezcan de conciencia con relación al éxito de los juicios de valor realizados y, por ello, continúen aplicando los mismos parámetros en la detección de la mentira.³³³

Pongamos un ejemplo así podemos terminar de clarificar la idea:

En un debate oral un testigo manifiesta haber visto la colisión de los rodados producida en horas de la tarde del 20 de febrero de 2020. Durante la declaración, el testigo mira fijamente al juez y utiliza un tono de voz elevado. Tales indicios o señales le hacen

³³²Sobre la falta de influencia que tendrían distintas variables como la profesión, la confianza, la experiencia o la educación, sobre la precisión en la detección del engaño, véase AAMODT, Michael – CUSTER, Heather, *“Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception”*, en The Forensic Examiner, Spring, 2006. Allí, los autores realizan un meta-análisis sobre investigaciones (método estadístico que combina distintas investigaciones) concluyendo que: *“The results of this meta-analysis suggest that such individual differences as age, education, law enforcement experience, confidence, and sex are not related to the ability to detect deception”*; específicamente sobre las capacidades propias de los policías para detectar las mentiras y, también, sobre la relación entre la confianza y la precisión en la detección, véase ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, *“El entrenamiento de los policías para detectar mentiras”* en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009), y MIRA, J.J. - DIGES, M. *Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: Un examen de metamemoria”* Revista de Psicología Social, 1991.

³³³Para profundizar sobre la relación entre confianza y exactitud a la hora de realizar juicios de credibilidad y advertir la falta de capacidad de las personas para distinguir el relato mentiroso del relato honesto y la falta de conciencia que las personas tienen acerca de esta falta de capacidad, véase MASIP, 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; AAMODT, Michael – CUSTER, Heather, *“Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception”*, en The Forensic Examiner, Spring, 2006; DIGES, Margarita, *“La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”*, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010, p. 46; específicamente sobre la relación entre confianza y exactitud del testimonio véase IBABE EROSTARBE *“Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos”*, en Psicothema, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000.

creer al juzgador que el testigo está siendo honesto y que, en consecuencia, efectivamente presencié el incidente. Supongamos que luego se obtienen filmaciones que acreditan que el testigo se encontraba en el lugar del hecho y efectivamente presencié la colisión del rodado. Pues bien, la filmación parecería validar el relato del testigo, evidenciando la sinceridad a la hora de deponer ante el Juez; pero, y aquí está el punto, nada, pero absolutamente nada, valida el razonamiento realizado por el juzgador conforme el cual el testigo ha sido honesto por haber mirado a los ojos o por haberse expresado con un tono de voz elevado.

Ya en el año 1968, Maier y Thurner determinaron que el acrecentamiento de datos (verbales y no verbales) a la hora de valorar un testimonio no evidencia mayor precisión en la detección del engaño. Su investigación pretendía determinar si aumentar los datos suministrados al receptor permitiría obtener mayor precisión a la hora de determinar la honestidad del relato. Para ello, se le suministró a sujetos separados en tres grupos diversa información (toda ella referida a la explicación de un alumno que alegaba no haberse copiado en una evaluación): a unos solamente se les permitió conocer la transcripción del relato, a otros se les añadió la condición auditiva (se les permitió escuchar la declaración) y a otros la condición audiovisual (se les permitió escuchar y ver). Para el asombro de los investigadores, se determinó que la precisión en la detección del engaño era mayor en aquellos sujetos que tuvieron acceso al contenido auditivo (77.3%), seguidos por quienes solo tuvieron acceso a la transcripción (77%), quedando en último lugar aquellos que lograron acceder al contenido audiovisual (58.3%)³³⁴. En realidad, esta investigación se corresponde con otras tantas que, efectivamente, concluyen en que los factores conductuales no verbales o paraverbales no constituyen buenas señales para determinar la mentira.³³⁵

³³⁴ Una clara explicación de esta y otras investigaciones relevantes desarrolladas a partir de la década del 70 del siglo XX puede encontrarse en MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en Anuario de Psicología jurídica, 2000. Allí también pueden verse las distintas hipótesis explicativas de estos resultados (hipótesis de la distracción e hipótesis de sobrecarga de información).

³³⁵MASIP, 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;ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, “*El entrenamiento de los policías para detectar mentiras*” en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009);FEIJOO, FERNÁNDEZ, María Carmen – HALTY, Lucía, “*La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en*

El razonamiento del juez que se vale de estos indicadores para atribuir sinceridad a las personas, evidencia una presunción, creencia o máxima de experiencia carente de justificativo valedero. Pero la decisión final del juzgador, tanto absolutoria como condenatoria, no puede ampararse en meras consideraciones subjetivas (por mas que las mismas sean compartidas por gran parte de la ciudadanía), pues, en dicho caso, estaríamos ante un decisorio inmotivado³³⁶.

Consideramos que estas “máximas de experiencia” que pueden sustentar el razonamiento del juzgador, además de no ser tales (es decir, no ser verdaderas máximas de experiencia, sino pensamientos injustificados)³³⁷, no hacen más que trasladar al ámbito

intenciones”, en Papeles del psicólogo, Vol. 39; SPORER, Siegfried – SCHWANDT, Barbara, “*Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis*”, Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006; MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en Anuario de Psicología jurídica, 2000. Sin perjuicio de ello, podría encontrarse una excepción en la “hipótesis del filtraje” de Ekman, conforme la cual existen determinados indicadores conductuales no controlables que podrían filtrarse y, consecuentemente, evidenciar la mentira (los experimentos de Ekman concluyen en que los movimientos faciales son mas controlables que los movimientos realizados con otras partes del cuerpo, por lo que no sería adecuado intentar detectar la mentira solo viendo la cara de un sujeto); vale aclarar que, más allá que las investigaciones de Ekman han sido confirmadas ulteriormente, nada cambia que la mayor precisión en la detección del engaño surge de indicadores no visuales (mediante transcripción o audio); para un repaso de las teorías de Ekman véase MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en Anuario de Psicología jurídica, 2000”.

³³⁶ La motivación puede ser entendida como a) expresión lingüística de los motivos que han llevado a la decisión (ideologías, contexto social, estado de animo, prejuicio, etc.); o b) justificación. A su vez, esta última puede significar que: 1) hay suficientes razones que fundamenten la decisión (*tener razones para X*); o 2) no solo hay suficientes razones, sino también razones formuladas analíticamente, lingüísticamente (*dar razones para X*). Un modelo de proceso penal acorde con la teoría racional de la prueba y garantizador de las libertades de las personas en sociedad, no puede sino asumir este último postulado (b.2.), denotando a su vez que la íntima convicción o las meras creencias subjetivas del juez sin sustento racional, no son válidas. Entonces, si bien podríamos sostener que las máximas de experiencias que se valen de factores conductuales para la determinación de la sinceridad pueden expresarse lingüísticamente como motivos que nos han llevado a una decisión, no evidencian suficientes razones que *justifiquen* dicha decisión. En consecuencia, un decisorio de este tipo sería inmotivado (véase FERRER,; también TARUFFO, Michele “*La motivación de la sentencia civil*”, Trotta, Madrid,); por su parte, FERRAJOLI explica que “*el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aseveraciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa...*” (FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997, p. 623).

³³⁷ Explica Masip que los libros de “autoayuda”, amparados por un gran marketing y alegando estar transmitiendo las técnicas desarrolladas por los más grandes expertos e investigadores, han contribuido en gran parte a la falsa creencia popular de que la detección de la mentira puede realizarla cualquier persona mediante un análisis de las señales conductuales; lo cierto, aclara el autor, que nada de esto es correcto: las “técnicas” o “métodos” enseñados en estos libros carecen absolutamente de validación científica, más aún, contrarían las investigaciones científicas existentes en la materia. (“Se pilla antes a un mentiroso que a un

judicial las falsas creencias utilizadas en la vida diaria por las personas (las “creencias populares”)³³⁸. Posiblemente creer que un amigo nos miente al sonrojarse o que nos está hablando sinceramente si se expresa de forma pausada, no traerá graves consecuencias, sino, a lo suma, la ruptura de la amistad o una pelea. Pero trasladar estas consideraciones al ámbito judicial es peligroso, pues las posibles consecuencias ya no sean las mismas.³³⁹

3.3. Los juicios de credibilidad

3.3.1. Presuntivismo vs. no presuntivismo.

El juicio de credibilidad se corresponde con las labores que los jueces realizan de forma cotidiana al momento de valorar la prueba testimonial producida a lo largo del debate. Todo juzgador desarrolla constantemente juicios de credibilidad, pues los mismos son realizados por todo aquel sujeto que recibe un testimonio. Por ejemplo, cuando nuestros hijos nos

cojo? *Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño*”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 26, 2005).

- ³³⁸ Sobre el posible origen y motivación del porqué la ciudadanía considera que la mentira puede ser advertida fácilmente, véase MASIP, Jaume – HERRERO, Carmen, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 36 (2), 2015; véase también ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, “*El entrenamiento de los policías para detectar mentiras*” en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX, 2009) quienes, en una investigación que analiza la precisión de la “Técnica Reif” -utilizada por la policías de varios países para la detección de la mentira en base señales conductuales-, consideran que tales creencias “proceden de nociones de sentido común”.

³³⁹ Si bien han existido y existen investigaciones que pretendan validar los factores conductuales como señales determinantes de la mentira (Ekman “hipótesis de filtraje” 1969-; Zuckerman, DePaulo y Rosenthal - 1981-, Buller y Burgon -1994- (una clara reseña puede verse en MASIP- HERRERO, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”), lo cierto es que la gran mayoría de estas teorías han sido descartadas, quedando un pequeño remanente que, en caso de ser validados, se corresponderían con pequeños indicadores (se suele hablar de un tono de voz agudo y de la mayor duración en la contestación de preguntas -casi imperceptibles-) que requerirían un avanzado entrenamiento en el juzgador para ser detectados o de una maquinaria específica (por ejemplo, que analice el tono de voz); vale aclarar que, hasta el momento, los resultados no son certeros y su aplicación no necesariamente permite encontrar la mentira); vale aclarar que según investigaciones desarrolladas por DEFFENBACHER el tiempo de contestación no evidencia mayor precisión o exactitud del declarante, sino mayor confianza (“*Eyewitness accuracy and confidence: can we infer anything about their relationship?*” en Law and human behavior, vol. 4, n. 4, 1980; véase MASIP, “*Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño*”; MASIP- HERRERO, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”; MASIP- HERRERO, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras II. Estrategias activas de entrevista e información contextual*”; SPORER – SCHWANDT, “*Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis*”.

dicen que están estudiando arduamente para aprobar sus exámenes, les creeremos o no en base al juicio de credibilidad que realicemos; si en reiteradas oportunidades hemos logrado comprobar que nuestros hijos nos han mentado, posiblemente dudaremos sobre si han estudiado lo suficiente; pero si nuestros hijos son alumnos ejemplares y siempre han aprobado todas sus materias, probablemente creamos lo que nos dicen. En este caso, el juicio de credibilidad es casi involuntario, incluso pudiendo nacer de nuestras propias intuiciones. En cambio, en el ámbito judicial, el juicio de credibilidad no puede ser desarrollado tan superficial o vagamente, sino que debe realizarse bajo normas de racionalidad a partir del estudio de la situación en concreto.

Ahora bien, ¿creer es la regla o la excepción?

Intentaremos abordar estas cuestiones:

La idea de no dudar de lo que dice un testimonio cuando no existan razones para hacerlo (*no reduccionismo o presuntivismo*), se le adjudica a Reid, quien en 1764 esgrimía que “*el sabio y benefactor Autor de la Naturaleza... ha implantado en nuestra naturaleza dos principios que se complementan entre sí... El primero es la propensión a decir la verdad y a usar los signos del lenguaje para transmitir nuestros verdaderos sentimientos...El principio original que el Ser Supremo ha implantado en nosotros es la disposición a confiar en la veracidad de los demás y en creer en lo que nos dicen. Este último es la otra cara del primero y, puesto que el primero puede denominarse principio de la veracidad, podemos, si queremos darle un nombre adecuado, llamar al segundo principio de credulidad*”.³⁴⁰

Se advierte que el autor, amparado por una fuerte impronta religiosa, asume que nuestra propia naturaleza se encuentra regulada por dos principios: el de decir *la verdad* y el de creer en lo que se nos dice.³⁴¹

³⁴⁰ REID, T. “*An inquiry into the human mind*”, 1974, citado por DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 88.

³⁴¹ Un análisis más profundo puede verse en DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 88.

En forma concordante, aunque unos años más tarde, Bentham (1823) se pronunciaba en favor de la “disposición de creer” que se nos dice *la verdad*, alegando que es el estado habitual; en cambio, el “no creer” constituye la excepción. Para negarse a creer hace siempre falta una causa especial, una objeción particular, pues de lo contrario las cuestiones sociales no marcharían, todo el movimiento de la sociedad se paralizaría y nadie se atrevería a actuar porque los hechos que caen bajo la percepción de uno no son más que una gota de agua en el vaso, en comparación a aquellos que no pueden ser conocidos sino a partir de las manifestaciones de otros. La propia experiencia de cada individuo es lo que debe llevarnos a *creer*, pues si uno actúa asumiendo que los dichos del otro son *verdaderos*, podremos seguir desarrollando nuestras vidas de forma normal, pero -en cambio- si desconfiamos y consideramos que los dichos del otro son falsos, no podremos avanzar.³⁴²

Entre las causales mencionadas por Bentham para no creer, podemos mencionar: 1) la sospecha relativa al testigo (implica la existencia de diferentes causas psíquicas, morales o intelectuales); 2) el contratestimonio especial (existe un testigo que depone de forma opuesta o incompatible con el primero); 3) la improbabilidad de los hechos alegados (hechos contrarios al curso natural de las cosas; juicio que deberá formar el juez conforme su propia experiencia personal en base al curso de su vida). Más aún, a diferencia de expresarse con “la verdad”, la mentira requiere un esfuerzo por parte del sujeto; la verdad se ofrece por sí misma, llega por su propia cuenta a los labios del testigos y para apartarla

³⁴²BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T.1, , EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 38; en forma concordante Framarino dei Malatesta, quien relata que “*la mayor parte de las acciones humanas, desde la infancia hasta la vejez, no tienen como guía nada distinto de la fe en las afirmaciones de los demás. En cuanto al primer período de la vida, puede decirse que la existencia del hombre se reduce a un continuo creer en los demás, desde los bienes que no conocemos y que aprendemos a obtener, hasta los males que ignoramos y que aprendemos a evitar, todo ello con fundamento en la creencia en otros. Y esta fe, que guía y regula las acciones, no nos abandona con el paso del tiempo, sino que solo se torna previsor y racional. De esta suerte, son pocas las cosas y las personas que podemos conocer por nuestra observación personal y directa; y la vida se nos haría imposible por completo si no diésemos fe a las observaciones ajenas, a fin de regular nuestras acciones, con relación a las cosas y a las personas que no conocemos directamente... Así, pues, la presunción consiste en que los hombres en general perciben y relatan la verdad, sirve de base a toda la vida social, y es el fundamento lógico de la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en particular. Esa credibilidad genérica que se funda en la presunción de la veracidad humana, en concreto se ve aumentada, disminuida o destruida por las condiciones particulares que son inherentes al sujeto individual del testimonio, o a su contenido personal, o también a su forma individual*” (FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, TEMIS, Bogotá, 1978, p. 18).

se debe ejercer violencia, se debe luchar internamente para sustituirla con manifestaciones falsas. El propio amor a la comodidad es lo que nos lleva a expresarnos con la verdad.³⁴³

Dellepiane, pese a manifestar su oposición a los postulados antedichos (aunque solo mencione a “Framarino, Canale y otros”), no hace más que dejar en evidencia un pensamiento bastante similar. Sin referirse a las presunciones nacientes de la “veracidad humana” o de “la experiencia”, alega que la *presunción de veracidad* descansa en la racionalidad de haber analizado (mediante un estudio crítico, mas o menos rápido) las condiciones del testigo y las circunstancias del relato, debiendo poner énfasis en dos hipótesis a eliminar: 1) la inanidad del declarante (locura, alucinación, etc.); y 2) falsedad de la declaración por interés, afección o desafección. En el fondo, la regla es la *veracidad* y la excepción la falsedad.³⁴⁴

Las posiciones reduccionistas suelen atribuirse a Hume, quien, en unos de los pasajes de su obra, alude que los testimonios nunca han logrado demostrar la existencia de milagros, “un hombre sabio... hace que sus creencias dependan de las pruebas”³⁴⁵. Estas posiciones *no presuntivistas* no solo requieren la no existencia de razones negativas (que puedan desacreditar al testimonio), sino de razones positivas que lo justifiquen epistémicamente.³⁴⁶

Manzini, también desde un plano no presuntivista, sostiene que “*no es en modo alguno verdad, como se suele enseñar, que el fundamento del valor probatorio atribuido al testimonio sea la presunción de veracidad de los hombres. Una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros. Si así no fuese, no hubieran tenido motivo la religión y la moral para establecer el deber de la veracidad y de considerarlo como uno de sus cánones fundamentales. Y esta innata falsía humana persiste tanto más cuanto más bajo es el grado de desarrollo intelectual de un sujeto y mayor es, en consecuencia, su desconfianza. El hombre primitivo, como el niño, es embustero por excelencia, porque la mentira, dado su*

³⁴³ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T.1, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 42

³⁴⁴ DELLEPIANE, Antonio “*Nueva teoría de la prueba*”, Temis, Bogotá, 1981, p. 132.

³⁴⁵ Citado por DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 94.

³⁴⁶ DE PAULA RAMOS, Vitor “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 94

grado de inteligencia y de capacidad defensiva, es para él un medio de defensa. Si fuera exacta la enseñanza común, se excluirían los testimonios de los ya condenados por falsedad en juicio, de los criminales en general, de los locos, de los ebrios, etc. y no es así. Dicha presunción o mejor, ficción, sólo sería concebible en un sistema de pruebas legales, absolutas”³⁴⁷.

Pero el gran cambio de rumbo en la discusión parece originarse en el pensamiento de Gorphe cuando se pregunta “¿por qué presumir ficticiamente que se dice la verdad sin antes realizar un examen del testigo?”. Amparado en las labores de los psicólogos, sostiene que se ha demostrado que la autoridad atribuida a este medio de prueba es sólo una “superstición”; la confianza espontánea en la palabra humana es una cándida ilusión, pues incluso se ha podido demostrar que los testigos más serios cometen múltiples errores e incluso se ha determinado que la regla en las deposiciones es el error y no la verdad. Adjudicar una fe ciega a este medio de prueba, iría en contra de la lógica y de la psicología. Por ello se pregunta: ¿no podrá presumirse la sinceridad en vez de la veracidad? ³⁴⁸

Tal pensamiento sería adoptado modernamente por De Paula Ramos al esgrimir que “*el derecho tendría mucho que ganar, en términos de calidad epistémica, con la no presunción de que aquello que un testigo dice que es verdadero lo es, salvo prueba en contrario. Si se adoptara una versión reduccionista, se podría verificar, de hecho, que, epistémicamente, hasta que se confirme la información prestada por un testigo, esta tiene un valor epistémico casi inexistente*”.

En el fondo, y ya a nuestro modo de ver, creemos que la pregunta inicial (“¿*creer es la regla o la excepción?*”) no puede ser contestada si no se aclara qué es aquello que pretendemos o no creer, es decir, nos estamos refiriendo a creer en la *sinceridad* o a creer en la *veracidad* de quien se expresa. Esta aclaración es gravitante, pues el gran error doctrinal efectivamente ha sido confundir el juicio de sinceridad con el juicio de veracidad.

³⁴⁷ MANZINI, Vincenzo “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, T.3, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 247

³⁴⁸ En realidad la pregunta exacta del autor fue “¿no podrá presumirse la sinceridad, ya que parecer ser el caso más común? (GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 73).

El primero versa sobre la honestidad/mendacidad del testigo, mientras que el segundo se refiere a la correspondencia entre los dichos del testigo y la realidad de los hechos; la confusión terminológica o la falta de claridad con relación a qué es aquello que se cree, nos apartará notoriamente de la verdad y nos adentrará en un camino que, difícilmente, logré concluir satisfactoriamente.

Adoptar un criterio presuntivista (no con relación a la *sinceridad*, sino a la *veracidad*) es algo que, quizás, no traería graves consecuencias en la vida cotidiana de las personas (siendo incluso algo necesario), pues en caso contrario difícilmente se logre poner en funcionamiento una sociedad. Pero trasladar estas consideraciones e ideas al ámbito judicial podría generar nefastas consecuencias. Como ya hemos explicado no es lo mismo la *sinceridad* que la *veracidad*: la primera se corresponde con las *creencias* del sujeto, mientras que la segunda hace a la concordancia entre lo que se dice y lo que es. Los errores de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación, pueden generar que personas *honestas, sinceras y convencidas* de la exactitud de sus dichos no sean *veraces*. Entonces, en virtud a ello, el magistrado podrá -a todo evento- presumir la *sinceridad* del declarante, pero nunca, y bajo ningún punto de vista, presumir la *veracidad*.

3.3.2. Criterios de credibilidad

a) Bentham y su “medida nominal de comparación”:

Ante la dificultad para valorar la prueba testimonial, sobre todo en aquellos casos donde se advertían testimonios contrapuestos, Bentham buscó una “medida nominal de comparación” que sirviera para establecer si un testimonio dado se encontraba por encima o debajo del mismo. Pero ¿dónde encontró el autor ese punto de comparación? La respuesta es simple: “en un individuo, uno solo, tomado al azar entre la clase media, de inteligencia común, de una probidad que no de lugar a ninguna objeción, que declara como testigo del hecho de que se trata (hecho que, por otra parte, no es improbable en sí mismo), que habla

pertinentemente de todas sus circunstancias y que presta su declaración de acuerdo a las formas más convenientes para asegurar la veracidad”.³⁴⁹

Explica que existen circunstancias por las cuales se aumenta la fuerza probatoria, es decir, supuestos especiales donde el testigo rebasa esta línea media imaginaria:

- 1) Testigo que pertenece a una clase superior y de una condición que permita presumir una educación más cuidada, mayor responsabilidad, más sensibilidad para el honor (en resumidas cuentas, “un testigo conocido”); asumiendo que estas personas podrían corresponderse con aquellas revestidas de funciones judiciales.
- 2) El número de testigos también evidencia un aumento de la fuerza probatoria. En este punto, explica que “en lugar de declaración en el mismo sentido, los testigos respectivos se dividen unos a favor y otros en contra, suponiendo que tengan el mismo valor, la manera de medir la fuerza probatoria será casi tan sencilla como en el primer caso. Si están de acuerdo, se toma el total de los testimonios; si están divididos, se toma la diferencia (se cuenta lo que queda, deducción hecha de los testigos contrarios).
- 3) Además, el aumento probatorio se da con la adición de pruebas *materiales* y *circunstanciales*.

En cambio, ante las siguientes circunstancias la fuerza probatoria se disminuye:

- 1) Por imperfección de las cualidades morales o intelectuales del testigo.
- 2) La omisión de formas de seguridad (juramento, penas del falso testimonio, publicidad, interrogatorio a viva voz, careo, etc.).

Por otro lado, aclara que las pruebas, y en concreto la prueba testimonial, dependen en gran parte de la fuerza de persuasión que posea el declarante. Siempre que no haya motivos de sospecha, la persuasión del juez es proporcional a la del testigo (se amolda a ella), aclarando que el lenguaje ordinario es estéril y defectuoso (“yo se”, “yo creo”, “yo tengo motivo para creer que el hecho ha ocurrido de tal manera o aproximativamente así”), en cambio, el lenguaje de los matemáticos ofrecería dos modos diferentes: primero, el

³⁴⁹ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T.1, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 79.

perfectamente exacto (se expresa mediante las doctrinas de las probabilidades, pero no es aplicable al testimonio) y, segundo, el que tomando la cantidad más alta posible como cantidad finita, la divide en partes iguales (como una escala que tiene un punto fijo desde el cual se parte para establecer grados ascendentes o descendentes). Esto último es ejemplificado de la siguiente forma: supongamos la existencia de una escala que tenga por punto base el número 0; a partir de allí cada testigo manifestará “mi persuasión está diez grados” o “cinco” por encima del lado positivo o “diez grados por debajo del lado negativo”. Si tres personas se presentan como testigos y manifiestan que el grado de persuasión está en 1 positivo (es decir, el grado más bajo posible de seguridad) y, por otro lado, solo dos testigos se expresan en la postura contraria, pero alegan un grado de 10. Se advierte que los tres testigos solo habrían establecido, en total, 3 grados por la afirmativa, mientras que los dos testigos contrarios 20 grados por la negativa. En este punto, el juez debe optar por la postura esgrimida por los dos testigos, descartando las manifestaciones de los tres restantes.³⁵⁰

En lo que hace a la apreciación del testimonio, explica que existen ciertas garantías que hacen a todo testigo “digno de fe”; estas son la exactitud y la completitud, ambas constituyen la esencia de un buen testimonio. Pero además, existen otras cualidades (secundarias) que debería tener un testimonio: 1) ser responsivo (obtenido por medio de interrogatorio); 2) ser particularizado (individualizado y circunstanciado) 3) ser claro; 4) ser reflexivo; 5) ser impremeditado; 6) no haber sido sugerido de manera indebida; 7) haber sido ayudado por sugerencias lícitas.³⁵¹

Más allá de estas últimas consideraciones, el sistema empleado por Bentham -su “medida nominal de comparación”- no ha tenido favorable acogida por la doctrina, habiendo sido calificado por Mittermaier como un “*sistema insostenible*”, en tanto la propia escala de credibilidad descansa sobre distinciones puramente arbitrarias, no siendo posible determinar de antemano los grados en una materia cuyos casos varían de forma infinita; además, “querer ordenar para la apreciación del testimonio una tabla fija de cantidades

³⁵⁰ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T.1, EJE, Buenos Aires, 1971, p. 91.

³⁵¹ BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, T.1, EJE, Buenos Aires, 1971, p. 108.

matemáticas, es ir contra la evidencia de los hechos”.³⁵² Por su parte, Framarino dei Malatesta también ataca este postulado y se pregunta “¿cómo hacer para fijar el valor de un testimonio que presente un requisito más con relación al testimonio medio y uno menos? ¿Tienen todos los requisitos el mismo valor relativo? Por el contrario, cualquier sabe que a veces un motivo para creer tiene más fuerza que muchos motivos contrarios. Por último ¿cómo se haría para establecer la medida de lo más y de lo menos de cada uno de los requisitos que se afirman como existentes en cuanto a determinado testimonio? El criterio del testimonio medio es, pues, arbitrario, y conduciría a infinidad de problemas insolubles y a muchos errores”; además, en referencia al *testimoniómetro* (así llama a la “escala de persuasión” de Bentham), alega que dicho instrumento no es serio, pues los testigos deben declarar sobre los hecho que han percibido de modo cierto, no de modo probable.³⁵³

b) Mittermaier y su postulado basado en el “conocimiento del corazón humano y la práctica del mundo”:

Luego de criticar el sistema de Bentham, expresa Mittermaier que para resolver con acierto las difíciles cuestiones que hacen a la apreciación del testimonio, el Juez debe tener “un exacto conocimiento del corazón humano y la práctica del mundo”.

Esta postura es explicada y defendida mediante la narración de un caso hipotético: se trata de un asesinato cometido en la noche donde la acusación se dirige contra dos individuos. La única testigo es una mujer que mantiene vínculo con los dos imputados (uno es su hermano y el otro su amante). En este punto su declaración, enteramente favorable para su amante, hace pensar cargos más graves contra su hermano, a lo cual cabe preguntarse ¿a quién se le debería creer? ¿debería pensarse que la voz del amor habla aquí mas alto que la voz de la sangre, sacrificando al hermano para proteger al amante?

³⁵² MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 301.

³⁵³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, VOL.2, TEMIS, Bogotá, 1978, p. 42.

Difícilmente se logre encontrar una solución, salvo que se busque en lo más recóndito del corazón humano; allí es donde el Juez debería ir a buscar el fundamento de su convicción.

354

Pero, más allá de ello, el magistrado debe estructurar su prudencia conforme las siguientes pautas:

- 1) Debe examinar las particularidades físicas de las cuales depende la capacidad de observación del testigo (un “corto de vista” no debe ser valorado de igual forma que una sujeto con “vista perspicaz”).
- 2) Debe enterarse de las facultades psicológicas del testigo (un hombre con inteligencia más cultivada debe ser creído por encima de un hombre tosco)
- 3) Debe estudiar en qué estado se encuentra el testigo en el momento del suceso acerca del cual depone (si su ánimo se encontraba sobreexcitado por la pasión o por cualquier otra causa capaz de turbar sus facultades de percepción imparcial y serena).
- 4) Deberá analizar a fondo la moralidad del testigo (cuando más se haya mostrado firme, verídico, sordo a toda influencia exterior, tanto más puras son las opiniones morales y religiosas que profesa en sus palabras y en los actos de una vida que los intereses materiales no ha podido hacer desviar de la senda del deber, y tanto más crédito merece en su declaración).
- 5) No debería establecer ningún distintivo valorativo en base al sexo ni a la religión del declarante.
- 6) Debería establecer los grados de credibilidad según el contenido de la deposición, aclarando que será más creíble aquel que de razones positivas del conocimiento de los hechos y demuestre haber estado presente en el lugar y que ha sido imposible equivocarse.
- 7) Finalmente, debe estudiar la forma en que se ha realizado la declaración: si el testigo habla sereno, con sencillez y tranquilidad, en tanto la uniformidad y precisión de sus dichos evidenciarán mayor credibilidad que aquel que exponga con

³⁵⁴ MITTERMAIER, C.J.A. “*Tratado de la prueba en materia criminal*”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 303.

violencia o pasión, al igual que aquel que recita con singular vivacidad una declaración que a primera vista podría parecer que la ha aprendido o si titubea.

Por otro lado, esgrime que el fundamento del valor del testimonio requiere la existencia de las siguientes garantías:

- 1) La deposición debe emanar de un testigo reconocido.
- 2) Que haya prestado juramento.
- 3) Que los hechos que alega hayan podido caer directamente bajo la acción de sus sentidos.
- 4) Que se apoye en la observación personal de aquel de quien emana (en contraposición al testigo de oídas).
- 5) El testimonio debe ser verosímil, es decir, que por su contenido se corresponda con las leyes de la naturaleza y que los pormenores del hecho tengan entre sí una correlación lógica.
- 6) La perfecta concordancia con las restantes pruebas (esta sería la más fuerte garantía de la credibilidad del testigo).
- 7) La deposición debe ser persistente (debe mantenerse en los diversos interrogatorios que se hagan).
- 8) La convicción del juzgador no puede fundarse en un testigo que no haya declarado ante el Tribunal competente y bajo un interrogatorio en forma.
- 9) El testimonio debe ser libre y espontáneo.
- 10) No merece crédito el testimonio de aquel que ha sido engañado (equivocación mediante preguntas, etc.).
- 11) La declaración debe ser original, esto es, la expresión espontánea de la convicción del testigo (si hubiera sugestión, perdería este carácter).
- 12) Por último, para que el hecho se considere demostrado es necesario que al menos dos testigos concuerden entre sí en sus dichos en todos los pormenores esenciales.

c) El criterio de Framarino dei Malatesta

En su obra “*Lógica de las pruebas en materia criminal*” (1912), Framarino dei Malatesta establece un triple criterio de apreciación del testimonio:

- 1)Apreciación del testimonio en relación con el sujeto
- 2)Apreciación del testimonio en cuanto a la forma
- 3)Apreciación del testimonio en cuanto al contenido

1. Sobre la apreciación en relación con el sujeto, esgrime que para que el testigo tenga derecho a ser creído se requiere: a) que no se engañe; y b) que no quiera engañar.

En lo que hace al primer punto refiere que el testigo que, a causa de condiciones intelectuales o sensoriales, se encuentra impedido para percibir -o para hacerlo correctamente- es un testigo inidóneo por falta o deficiencia de percepción de la verdad; en cambio, el testigo que por razones morales tiende a engañar, es un testigo inidóneo por carecer de voluntad para decir la verdad. De tal forma, los testigos que no puedan percibir la verdad, como los que no tengan intención de manifestarla, serán testigos inidóneos.

Entre los sujetos inidóneos se menciona a las personas con incapacidades intelectuales o sensoriales, infantes (aclarando que no debe confundirse el testigo inidóneo del sospechoso, estableciendo la diferencia en base a si el testigo es mayor o menor de dieciséis años); además, la deficiencia en la percepción de la verdad desde el plano sensorial puede evidenciar un grado relativo a personas inidóneas (los sordos en cuanto a la audición de cosas, el ciego con relación a la visión de objetos, el daltónico con respecto a la percepción de colores, etc.). En este punto aclara que con su declaración podrían generarse errores para la justicia, por lo que es un deber lógico y jurídico rechazarlos.

Con relación a la segunda categoría, los inidóneos por falta de voluntad de decir la verdad, expone que constituyen este grupo todos aquellos que por un deber moral se ven inducidos a ocultar la verdad. Dentro de esta especie se advierten dos tipos de testigos no idóneos: aquellos inidóneos por parentesco con el acusado y aquellos inidóneos por secreto confidencial.

Los testigos idóneos, en cambio, pueden percibir la verdad y quieren decir la, sin perjuicio de que, entre ellos, puedan existir algunos que presenten en su cualidad personal

alguna razón para sospechar de su veracidad, por lo que se los llamará “testigos sospechosos”. Por el contrario, aquellos testigos idóneos que no presenten características para dudar acerca de su veracidad, serán “testigos no sospechosos”.

La credibilidad del testigo, en estos casos, se funda en dos presunciones: que no se engañe a sí mismo y que no quiera engañar a otro. Sobre el primer caso, la debilidad permanente o transitoria de la inteligencia implica siempre facilidad para que el testigo se engañe; de igual forma, la edad -siempre que no se caiga en la no idoneidad- o la debilidad de cierto sentido -por ejemplo, el tuerto o el que tiene problemas de audición-. Con relación a la sospecha por falta de intención de decir la verdad sostiene que, si bien la regla es que las personas se manifiesten con la verdad (como una cuestión natural del hombre) existen condenados por determinados delitos que evidencian una ruindad de espíritu generando sospechas sobre su credibilidad (funcionarios públicos que han pisoteado su cargo o la condena por mandato criminoso o por delitos contra el pudor o las buenas costumbres); también las pasiones del testigo pueden originar sospechas, refiriéndose concretamente al amor y al odio. Más allá de todo esto, el autor explica que el testigo idóneo sospechoso debe ser apreciado según el caso.³⁵⁵

2. Pero para asignarle el verdadero valor, el autor refiere que el testimonio debe ser apreciado en cuanto a su forma, aclarando que todo testimonio requiere ser exteriorizada materialmente. Hay formas exteriores que aumentan o disminuyen el valor del testimonio, porque sirven directa o indirectamente para manifestar el ánimo del testigo; y existen manifestaciones externas que aumentan o disminuyen el valor del testimonio por ser formas protectoras de la verdad, que sirven para descubrir o corregir el posible engaño del testigo o para descubrir su intención de engañar y, por tal motivo, la falta de dichas formas protectoras deben ser consideradas como un peligro de error.³⁵⁶

Existen testigos que han percibido la verdad y pretendan contarla, pero por errores del lenguaje o falta de capacidad para manifestarla, terminan por no hacerlo. El lenguaje,

³⁵⁵ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, V.2, TEMIS, Bogotá, 1978, p. 47.

³⁵⁶ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, V.2, TEMIS, Bogotá, 1978, p. 74.

entonces, es la primera forma exterior del testimonio que es preciso tener en cuenta para asignarle valor, siendo una expresión directa del pensamiento. La entonación que se emplea o la falta de serenidad, pueden revelar animosidad (puesto que demuestra la existencia de pasiones que pueden contribuir a la mentira); de igual forma, cuando se advierte que el lenguaje es artificial o requiere cierto esfuerzo mental, se debe sospechar. El lenguaje de la verdad, en cambio, es siempre natural ya que no hay esfuerzo ni artificio, todo ello en tanto es más fácil decir la verdad que mentir. También habrá que tener en cuenta la existencia de un mismo lenguaje preconcebido en distintas declaraciones (de distintos sujetos), que hará suponer identidad de inspiración, es decir, un pacto con relación a cómo debe declararse. Pero además, un factor gravitante es la actitud del declarante: la seguridad o la vacilación, la calma o la turbación, la desenvoltura o el entorpecimiento, incluso un solo gesto o una simple mirada pueden revelar la veracidad o la mentira del relato. También se refiere al carácter judicial del testimonio y al interrogatorio.

3. Finalmente, se refiere a la apreciación del *contenido* de la declaración para lo cual habrá tener en cuenta: a) lo creíble e increíble (un ejemplo de esto último podría ser el caso del testigo que manifiesta ver a través de las paredes); b) la verosimilitud o inverosimilitud (conformidad o no con la experiencia); c) errores de percepción (no propios del sujeto, sino comunes a todos los hombres)³⁵⁷; d) la índole asertiva o dubitativa de su contenido (el grado de seguridad del testigo con relación a sus conocimientos), e) la contradicción; f) la determinación y las circunstancias que hacen al relato del testigo; g) la causa de su conocimiento (consiste en determinar cómo, cuándo y dónde se efectuó la percepción); h) si el conocimiento es propio o de oídas; i) la confrontación con otras declaraciones (que pueden provenir del mismo testigo o de otros).

d)Gorphe y la importancia de la psicología

³⁵⁷ En este punto el autor, denotando un gran avance en el estudio de la materia, se refiere a los efectos visuales para lo cual utiliza una serie de figuras y dibujos de los más variados.

En su brillante obra y, por cierto, adelantada a su época, esgrime Gorphe que el testimonio es un dato complejo, un producto psicológico que es importante analizar con detenimiento para controlar si su formación es correcta. Sin hacer explícita mención a la psicología del testimonio (como disciplina autónoma), aunque haciendo constantemente alusión a la importancia de la psicología, el autor resalta tres elementos indispensables a conocer para valorar debidamente un relato:

1)La percepción: aclarando que generalmente la misma es producto del azar y sin que exista atención previa por parte del testigo.

Depende de las condiciones en las que se forma, dividiéndose su estudio según las condiciones subjetivas (estado afectivo, interés, disposición mental, etc.) y las condiciones objetivas (luz, distancia, movilidad, etc.).

2)La memoria: proceso complejo que comprende muchas operaciones; en primer lugar, la conservación de las impresiones; luego, la reproducción de los recuerdos, su evocación y su localización en el tiempo.

3)La deposición o comunicación de los recuerdos: es la operación final destinada a informar al juez.

El testigo, entonces, será apreciado en función de estos procesos.

Pero además será menester determinar las condiciones individuales (la persona del testigo; sexo, estado mental, raza, condición social, carácter moral, etc.) y las condiciones genéricas (el objeto del testimonio; verosimilitud del hecho, facilidad para percibirlo y recordarlo, según tiempo, lugar, velocidad, luz, etc.), pudiendo incluirse como una tercera condición las relaciones del testigo con el hecho y con las partes o demás testigos (imparcialidad, intereses, solidaridad, enemigo o amigo, etc. o si el testigo percibió personalmente el hecho o fue relatado por otro sujeto).

Un punto que enmarca la diferenciación del autor con otros doctrinarios está dado por el entendimiento que le da al principio de no contradicción, en tanto si bien expresa que el testimonio debe satisfacer este principio, aclara que atento a los procesos en que se descompone (percepción, atención, conservación de recuerdos, evocación, reconocimiento, expresión, etc.) es susceptible de errores, denotando que no sería una cuestión tan

gravitante. Lo ideal sería que el testigo no se contradiga, pero si lo hace no es algo tan grave.

Ahora bien, según el autor la cuestión esencial está dada por determinar si el testigo reproduce fielmente la realidad o no. Para ello podría hablarse de dos métodos: intentar conocer directamente la verdad por las condiciones del testigo y de su deposición, lo cual es sumamente difícil y no existe un método seguro; o ir en búsqueda del error. Esto último puede ser realizado mediante la previa clasificación de los errores judiciales.

En este punto el autor aborda la distinción entre “mentira” y “error involuntario”, alegando que lo primero que el juzgador debe hacer es averiguar si el testigo es sincero, pues en caso de no serlo debe ser rechazado. Pero a esto hay que agregarle otra tarea: averiguar si el testimonio es exacto, no está viciado ni es susceptible de error. Esta última labor es más compleja, pues mientras la mentira (o la falta de sinceridad) se sustenta en la voluntad de engañar, los errores tienen orígenes de los más variados. Entre las fuentes más importantes de error se refiere a las alucinaciones, las invenciones, las confabulaciones, las falsas interpretaciones, las confusiones y las ilusiones.

Otro punto que separa a Gorphe de los autores anteriores está dado por su punto de vista con relación a la seguridad del testigo, en tanto explica que la sola seguridad no es garantía de veracidad, y aclara que a menudo se generan ilusiones sobre esto como si la convicción del testigo debiese dar la medida de la certeza. Más aún, pese a que los testigos dubitativos son mal mirados, lo cierto es que vale más un testigo demasiado cauteloso que uno que no lo es (demasiada seguridad es un defecto, al igual que lo contrario). Así, expone que “la seguridad subjetiva del testigo vale lo que su testimonio en sí mismo; ella no podría servir de criterio. Basarse en ella, como tienen tendencia a hacerlo muchos jueces por natural credulidad humana y falta de sentido crítico, es una peligrosa ilusión que ocasionó lamentablemente errores judiciales, especialmente en los reconocimientos de identidad personal”. Más aún, con relación a la posible falta de concordancia entre los dichos de diversos testigos, esgrime que esto no necesariamente es algo grave, pues puede obedecer a distintos puntos de vista; incluso, ninguna reconstrucción de hechos, histórica o judicial,

sería posible si se requiriese una perfecta concordancia sobre toda la extensión de las declaraciones.³⁵⁸

e) Undeutsch y la “evaluación de validez de las declaraciones”

Explican Vrij, Edward y Bull (2001) que existen diversos métodos tendientes a determinar la sinceridad del testimonio, los cuales podrían ser clasificados en tres grupos: a) aquellos que se refieren al registro y análisis de la actividad psicofísica de la persona que miente; b) los que analizan la conducta no verbal del sujeto; y c) los que analizan el contenido de la declaración.³⁵⁹

Quizás el principal exponente de este último grupo ha sido Undeutsch, quien alrededor de 1950 consagró un método semi-estandarizado para la evaluación de la credibilidad de los testimonio, utilizado inicialmente en casos de delitos sexuales con víctimas menores de edad. El sistema fue denominado “Evaluación de la Validez de la Declaración” (SVA- *Statement Validity Assessment*) y significó un importante avance en lo que hace al análisis y apreciación, no ya del testigo, sino del testimonio.

El SVA está conformado por tres componentes dependientes: a) entrevista estructurada con la víctima; b) el CBCA (Análisis de contenido basado en criterios – *Creditedia-Based Content Analysis*); y c) la integración del CBCA con la información derivada de un set de preguntas denominadas “Lista de Validez”.³⁶⁰

A continuación intentaremos esbozar las ideas principales de este método, aclarando que posiblemente no todo lo explicado se corresponda con la versión original propiciada por Undeutsch:

³⁵⁸ GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967.

³⁵⁹ Sobre esta clasificación, véase MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en Anuario de Psicología jurídica, 2000; en igual sentido VALVERDE SOTO, M. José – RUIZ HERNANDEZ, José – LLOR ESTEBAN, Bartolomé, “*Valoración de la credibilidad del testimonio: aplicación del Modelo Reality Monitoring*”, en Revista Internacional de Psicología, Vol. 12 Nro. 02, 2013; un claro desarrollo de las distintas investigaciones y modelos puede verse en MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993.

³⁶⁰ GODOY-CERVERA e HIGERAS, “*El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio*”, en Papeles del psicólogo, Vol. 26, 2005.

La entrevista con la víctima se corresponde con el punto de partida, pues allí es donde el interrogador intentará obtener la mayor cantidad de información, minimizando cualquier tipo de contaminación. Una vez obtenida la declaración será necesario aplicar el CBCA con el propósito de determinar si su calidad y contenidos concretos evidencian una narración generada a partir de la memoria o si es producto de invenciones, fantasías o sugerencias de terceras personas. En este punto es necesario que el entrevistador tenga presente la edad de la persona, su experiencia y nivel de habilidades cognitivas. El contenido verbal de la declaración se desarrollará mediante la aplicación de 19 criterios, los cuales se organizan dentro de cinco categorías cuya finalidad está dada por la diferenciación de declaraciones verdaderas de declaraciones fabricadas. En este punto se asume que un testimonio veraz contendrá un mayor número de criterios que un testimonio fabricado, para lo cual se asignará una puntuación numérica a cada uno de los criterios (0, 1 o 2 según el nivel de presencia, es decir, según si esté ausente, presente o marcadamente presente; algunos investigadores proponen solo la utilización del 0 y 1 según esté ausente/presente).

A continuación, los 19 criterios:

- a) Características Generales:
 - 1) Estructura lógica
 - 2) Elaboración desestructurada
 - 3) Cantidad de detalles
- b) Contenidos específicos:
 - 4) Engranaje contextual
 - 5) Descripción de interacciones
 - 6) Reproducción de la conversación
 - 7) Complicaciones inesperadas durante el incidente
- c) Peculiaridades del contenido
 - 8) Detalles inusuales
 - 9) Detalles superfluos
 - 10) Incomprensión de detalles relatados con precisión
 - 11) Asociaciones externas relacionadas

- 12) Alusiones al estado mental subjetivo
- 13) Atribuciones del estado mental del autor del delito
- d) Contenidos referentes a la motivación
 - 14) Correcciones espontáneas
 - 15) Admitir fallos de memoria
 - 16) Plantear dudas sobre el testimonio
 - 17) Auto-desaprobación
 - 18) Perdón del autor del delito
- e) Elementos específicos de la ofensa
 - 19) Detalles específicos de la ofensa³⁶¹

Una vez realizada la entrevista y el análisis de contenido basado en criterios (CBCA), será necesario realizar la lista de validez. Sin ella, los resultados obtenidos hasta el momento no podrán ser validados. Esta lista está conformada por cuatro categorías:

- a) Características psicológicas: se evaluará el lenguaje, el afecto y la susceptibilidad a la sugestión.
- b) Características de la entrevista: el evaluador deberá analizar la calidad de la entrevista, poniendo énfasis en la valoración de las preguntas formuladas (sugestivas, directas o coactivas) y la adecuación global de la misma.
- c) Motivación para realizar acusaciones falsas: aquí se pretende destacar los posibles factores que pudieran haber influenciado a la persona para esgrimir una declaración falsa.
- d) Aspectos relacionados con la investigación: se pretende valorar la consistencia entre las declaraciones e investigaciones previas y partes médicos.

Aquí el evaluador deberá analizar la información relacionada con estas cuatro categorías y determinar si la información valida el testimonio del declarante. Como resultado de ello, se deben intentar comprobar cinco posibles hipótesis explicativas:

- a) La declaración es válida, pero la persona ha reemplazado la identidad del agresor por la de otra persona.

³⁶¹ La presente nómina de criterios se corresponde con las modificaciones realizadas por Steller y Kohnken (1989), citados por GODOY-CERVERA e HIGERAS, "El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio", en Papeles del psicólogo, Vol. 26, 2005

- b) La declaración es válida, pero la persona ha sido influenciada o ha inventado información adicional no verdadera.
- c) La persona ha sido presionada para que formule una narración falsa.
- d) La persona ha realizado una narración falsa por intereses personales o para ayudar a otra persona.
- e) La persona ha fantaseado o inventado la declaración a consecuencia de problemas psicológicos.³⁶²

Sin perjuicio del esfuerzo, dedicación y estudio que distintos psicólogos han dedicado a esta técnica, investigaciones han demostrado que, por lo menos hasta el momento, no estamos ante una herramienta completamente eficaz para la detección de testimonios engañosos.³⁶³ La influencia de diversas variables (tales como familiaridad del evento, actitud del entrevistador, la habilidad verbal, la edad, el conocimiento previo de la prueba, grupo étnico, etc.) hacen que no pueda esbozarse de forma certera la validez del método.³⁶⁴ Quizás uno de los principales problemas está dado en que hasta el momento no existe consenso con relación a cuántos criterios deben darse como para considerar una declaración creíble; además, teniendo presente que el método ha sido creado para la

³⁶² ALONSO- QUECUTY, “Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual”, en Papeles de psicólogo, nro. 73, 1999.

³⁶³ Véase también PRESENTACIÓN, MEDINA Y SORIANO, “Sistema de análisis de validez de las declaraciones (protocolo SVA) en un caso de abusos sexuales entre menores,. Descripción de criterios y su aplicación”, Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, No 12. Julio-Septiembre, 2014.

³⁶⁴ ENDRES, Johann, “*The Suggestibility of the Child Witness: The Role of Individual Differences and Their Assessment*” en *The Journal of Credibility Assessment and Witness Psychology*, Vol. 1, No. 2, 1997: “For several reasons, a properly conducted statement assessment has to be more than just the scoring of a given statement on the 19 CBCA criteria (Raskin & Esplin, 1991). First, a statement assessment interview has to be conducted which will yield sufficient material to decide upon the criteria. Second, whether the criteria are met cannot be determined without additional knowledge about the witness's cognitive abilities and motivational disposition and about the background of the accusation. Finally, the discrimination between a subjectively truthful and an intentionally fabricated statement is not the whole story. Several alternative hypotheses regarding the genesis of the statement are conceivable. Other than willful deceit, practically relevant sources of inaccuracy in statements are errors due to deficient memory and suggestive influences. These sources of error are not targeted by traditional CBCA methodology, and there is no available evidence that the CBCA criteria are useful to evaluate hypotheses referring to these influences”.

evaluación de declaraciones de niños, posiblemente algunos criterios no sean de utilidad para las declaraciones con adultos.³⁶⁵

f) Wells y Lindsay, la credibilidad basada en la intuición

En 1983 Wells y Lindsay, para muchos los verdaderos pioneros en plantear un “Modelo de credibilidad”³⁶⁶, basaron su postulado en los conocimientos que tenemos sobre nuestra mente y sobre la de los demás; básicamente establecieron tres tipos de información a ser valorada: a) la información condicional, b) el acuerdo intersubjetivo e intrasubjetivo, y c) los sesgos de respuestas.³⁶⁷

La información condicional se corresponde con las condiciones del testigo al momento de percibir el hecho al cual se está refiriendo (factores relacionados con las diferencias individuales, las variables estimulares y las características de las pruebas de

³⁶⁵ Véase GODOY-CERVERA e HIGERAS, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, en Papeles del psicólogo, Vol. 26, 2005; MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)” en Papeles del Psicólogo, 2015. Vol. 36 2: “En resumen, podemos afirmar que los criterios de contenido por sí mismos no parecen todo lo útiles que esperaríamos para discriminar relatos reales y falsos. En este sentido estaríamos de acuerdo con Sporer (1997) quien señaló que las supuestas diferencias entre declaraciones reales y falsas son una mera hipótesis de trabajo sobre la que no se puede especificar por qué se dan, cuáles son los procesos psicológicos que las sustentan, ni las condiciones que hacen que puedan aparecer o no en una declaración. Con respecto al uso de los criterios de contenido como único elemento para decidir acerca de la credibilidad de una declaración de un menor supuesta víctima de agresiones sexuales, coincidiríamos con Vrij (2005) cuando afirma que los análisis de credibilidad basados en el contenido de las declaraciones no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como evidencia científica en casos criminales, aunque puedan tener utilidad en la investigación policial. Estas técnicas de credibilidad no cumplirían dos de los criterios Daubert (Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, 1993) para la admisión de pruebas en contextos forenses: el porcentaje de errores es superior al tolerable y no han sido ampliamente aceptadas por la comunidad científica. Múltiples investigadores en psicología del testimonio, procedentes de distintas universidades y centros de investigación de diferentes países han manifestado tener serias dudas sobre los análisis de contenido como método para valorar la credibilidad de los testimonios (Brigham, 1999; Davies, 2001; Lamb, Sternberg, Esplin, Hershkowitz, Orbach y Hovav, 1997; Manzanero, 2004; 2009; Rassin, 1999; Ruby y Brigham, 1998; Sporer, 1997; Vrij, 2005; Wells y Loftus, 1991). Lo que inicialmente fue esperanza por la contribución que las propuestas iniciales parecían aportar a la búsqueda de la “verdad” en el foro (Manzanero, 1996, 2001), se ha transformado en frustración por sus limitaciones y el mal uso que se está haciendo de ellas”.

³⁶⁶ MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993

³⁶⁷ En este punto, recomendamos la lectura de MANZANERO, Antonio “Memoria de testigo”, Pirámide, 2018.

memoria). El juicio de credibilidad implicará ponerse (imaginariamente) en la misma situación del testigo, evaluando si en estas circunstancias sería uno capaz de recordar la misma información expresada por el testigo. Un importante a punto a tener en cuenta está dado por el grado de acuerdo/desacuerdo entre las diversas informaciones aportadas. Así, se deberá confrontar al testigo con sus propias declaraciones, pero además con los restantes datos (que pueden ser declaraciones de otras personas u otros elementos de prueba obrantes en la causa). El acuerdo intrasujeto se corresponde con el estudio y confrontación de los datos aportados por el mismo testigo, intentando buscar cierta consistencia interna a lo largo del tiempo y de las diversas declaraciones. En cambio, el acuerdo intersujeto se relaciona con el grado de acuerdo entre la información esgrimida por el testigo y la informada aportada por otros testigos. Finalmente, será menester analizar los posibles sesgos de respuesta; aquí, el evaluador deberá intentar advertir la presencia de estos indicadores a fin de poder determinar la credibilidad del declarante. En este punto se menciona la confianza expresada por el testigo y los factores no verbales de credibilidad.

Una de las principales críticas al modelo basado en la intuición puede verse en Manzanero quien lo tilda de insuficiente y poco válido, “en primer lugar, porque la información condicional se basa en un conocimiento erróneo sobre cómo funciona la memoria. En segundo, porque los acuerdos intersujetos e intrasujetos no siempre son un indicador de exactitud y se deben a múltiples factores. En último lugar, porque los sesgos distorsionan las estimaciones de credibilidad, como bien señala la etiqueta de este tipo de información”³⁶⁸.

g) Manzanero y González: el modelo holístico de evaluación de la prueba testimonial (HELP)³⁶⁹

³⁶⁸ MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018p. 99.

³⁶⁹ MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “*Modelo Holístico de evaluación de la prueba testimonial (HELP)*”, *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36 2 , pp. 125-138.

Independientemente de que Manzanero ha ido cambiando su criterio de pensamiento con el correr del tiempo, habiendo incluso propuesto disímiles métodos o procedimientos tendientes a valorar la credibilidad en los testigos, recientemente (2015) propuso un modelo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP) que representaría un avance respecto de las anteriores propuestas.

Aclara que no se trata de establecer sentencias con relación a casos concretos, sino de facilitar información necesaria y científica para que los investigadores y operarios del sistema judicial puedan tomar mejores decisiones con relación a la credibilidad de los testigos.

El método propuesto por el autor consiste en:

Primero, se deben evaluar los factores de influencia (evaluación del expediente), para lo cual se requiere recopilar toda la información que se tenga del caso. En general es de utilidad un análisis sistemático de todas las diligencias practicadas hasta el momento, a fin de obtener la información relevante sobre los hechos y sus actores, los antecedentes y sus consecuencias, todo ello para poder plantear las hipótesis iniciales del caso, cuya constatación será el objetivo de intervención posterior.

Luego, se deberá pasar a la evaluación de la capacidad y análisis de los factores de influencia, lo que implicará -previo a la entrevista- constatar la capacidad de los testigos para testificar. El objetivo no es desechar testigos sino adaptar los procedimientos a sus capacidades y poder explicar adecuadamente las características de sus relatos; se aclara que esta evaluación solo debería realizarse cuando se sospeche algún déficit que pueda condicionar la capacidad para declarar, siendo el testimonio gravitante a los efectos del juzgamiento. De allí que, tratándose de niños, adultos muy mayores, discapacitados intelectuales o personas con trastornos mentales, el procedimiento debería ser rutinario. Se aclara que por “capacidad de testificar” se entiende la aptitud de la persona para percibir, recordar y expresar con rigor los sucesos que tiene que informar.

Cumplidos estos dos primeros pasos, se deberá obtener la declaración, intentando no interferir o hacerlo en el menor grado posible, debiendo registrarse fielmente (mediante

grabación en video) todo el acto. Luego se debe pasar a valorar la credibilidad, para lo cual habrá que tener en cuenta distintos elementos, por ejemplo, si lo que se pretende es determinar la existencia de un posible error, se deberá realizar un análisis exhaustivo de los factores de influencia (del testigo, del suceso y del sistema); si lo que se pretende es determinar la eventual mentira del declarante, se deberán utilizar protocolos como el SVA (expuesto más arriba). Así, se deberá dividir el estudio en dos fases: una primera de análisis de criterios y una segunda de falsación de hipótesis. Para esto se recomienda la intervención de dos psicólogos expertos (pues “dos personas piensan más que una y lo que no se le ocurre a una podría ocurrírsele a otra), para lo cual se recomienda que ambos analicen separadamente la grabación para después poner sus conclusiones en común y poder llegar a un acuerdo.

La diferencia con la directa utilización del método propuesto por Steller y Kohnken (al cual ya nos hemos referido al hablar del CBCA), está dada en la aplicación del procedimiento. Explican los autores que “mientras en la propuesta original se trataba de comprobar si los criterios estaban o no presentes bajo el supuesto de que su presencia indicaría credibilidad, en el HELPT proponemos explorar esos criterios que ya no serían de credibilidad, sino de observación, y tratar de explicar su presencia o ausencia mediante los elementos disponibles: a) teorías sobre el funcionamiento de los procesos cognitivos implicados en la capacidad para testificar (atención, percepción, memoria, lenguaje, procesos meta-cognitivos), b) evidencias científicas sobre los efectos que diferentes variables pueden tener sobre la exactitud de las declaraciones, para lo que será necesario establecer previamente un listado de todos los factores relevantes para el caso evaluado, c) la comparación con los otros relatos de origen conocido (por ejemplo con el relato de la exploración médico forense de la víctima)”.

En este punto, los autores aclaran que, tratándose de identificaciones de personas, uno de los factores que indefectiblemente deben ser tenidos en cuenta es la capacidad general para identificar, pasando a ser fundamentales dos cuestiones: a) las posibilidades

del testigo para observar al agresor³⁷⁰; b) las habilidades cognitivas de identificación del testigo³⁷¹. Más allá que la descripción que los testigos puedan dar sobre la descripción de la persona puede ser demasiado general y habitualmente no tiene demasiada utilidad, es importante para la confección de la rueda. Luego de ello, se debería materializar el proceso de identificación. La valoración del procedimiento no solo se limitará a analizar los resultados sino todo lo que hace al procedimiento (conformación de la rueda, su tamaño, sesgos en su composición, etc.).

Volviendo al análisis de credibilidad de las declaraciones, es fundamental que los testigos hayan realizado la narración de forma libre, sin ningún tipo de coacción y utilizando su propio lenguaje. Además, habiendo pasado demasiado tiempo desde la producción del hecho sobre el cual se pretende atestiguar, se debe advertir que la declaración puede ya estar contaminada (todo ello en virtud a influencias externas - información post-suceso-).

Finalmente, explican que una adecuada valoración de la credibilidad mediante técnicas de análisis del contenido, no se limita a analizar únicamente los criterios de análisis, sino que es necesario considerar la existencia de factores que pudieran haber sesgado su aplicación. Pese a todo lo expuesto se aclara que todos estos procedimientos y métodos son absolutamente inviables si nos son desarrollados por un experto en la materia

³⁷⁰ MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “*Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)*”, *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36 2 ,p. 132: Con respecto a la primera, será relevante analizar los factores de influencia sobre la capacidad para identificar (por ejemplo los señalados por Wells, 1978; Wells y Olson, 2003; o la adaptación de Manzanero, 2010), donde se contemplarán los factores a estimar (del testigo y el suceso) y los factores del sistema (ver Tabla 2). En concreto, habrá que tener en cuenta la duración del suceso, las oportunidades para observar la cara del agresor, posibles disfraces o elementos de distorsión de la apariencia facial, cuestiones perceptivas y atencionales, etc. Como con la evaluación de la evaluación de las declaraciones también para evaluar las identificaciones deberíamos confeccionar un listado de todos los factores relevantes que pudieran afectar a la exactitud. Las evidencias científicas sobre el peso de esas influencias y las consideraciones sobre las teorías acerca de los procesos cognitivos implicados en la identificación de personas deberían ser los principales criterios para explicar el rendimiento de los testigos ante estas diligencias”.

³⁷¹ MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “*Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)*”, *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36- 2, P. 133: “*deberemos tener en cuenta su capacidad atencional y de memoria, posibles déficit perceptivos, patologías relacionadas con el procesamiento de información facial, factores motivacionales y emociona- les, etc*”.

con amplios conocimientos sobre el funcionamiento de la memoria, tanto desde el plano de la psicología cognitiva como desde los factores que afecta a la memoria del testigo.

h) Nuestro criterio de pensamiento: la necesidad de realizar un doble juicio valorativo

Habiendo repasado las distintas posturas con relación a los criterios de credibilidad y habiendo analizado con profundidad las variantes a tener en cuenta al momento de apreciar el testimonio, creemos conveniente poner en evidencia nuestro propio criterio de pensamiento, aclarando que no podremos esgrimir un “modelo de análisis de credibilidad” ni un “método valorativo genérico”, sino que nos referiremos a un simple proceder que, a nuestro modo de ver y atento a las distintas investigaciones, es menester realizar a fin de lograr un acabado juicio valorativo del testimonio.

Este juicio valorativo debe estructurarse en dos etapas:

Primeramente, se debe concretar un juicio de valor con relación a la sinceridad o no del declarante: determinar si el testigo nos miente o nos es sincero es gravitante a los efectos de comenzar su apreciación. En este punto, y si bien (como hemos expuesto oportunamente) el solo hecho de esgrimir mentiras no significa que el testigo nos hable con falsedades, creemos que en la mayoría de los casos esto sí será así. La mentira, si bien no necesariamente se corresponde con la falsedad, puede ser un indicativo de esta, pues es más probable que realice manifestaciones falsas el mentiroso que el sincero; la excepción quedaría delegada a cuestiones propias del azar³⁷².

Pongamos un ejemplo:

Supongamos que en este mismo momento nos llaman por teléfono para ofrecernos servicio de internet, pero como nuestra intención no es contratar ningún servicio pero tampoco tenemos ganas de explicar los motivos, mentimos diciendo que “no tenemos

³⁷² Remitimos a todo lo dicho con relación a la mentira, la sinceridad y los errores involuntarios.

computadora”. Pues bien, esto que para nosotros fue una escapatoria a la comunicación telefónica, no es más que una mentira verdadera, pues minutos antes de recibir tal llamada y sin que lo hayamos advertido, un ladrón ingresó a nuestro domicilio y hurto nuestra computadora. En este caso, la mentira (decirle al vendedor que no teníamos computadora, creyendo que sí teníamos) se sustenta en afirmaciones verdaderas, pero por pura casualidad; más aún, en la mayoría de los casos esto no ocurrirá, por ello, decimos que la mentira solo será verdadera por cuestiones propias del azar.

Entonces, como primer punto debemos determinar si el testigo pretende mentirnos o pretende ser sincero. Si determinamos que su intención es mentir, su relato debe ser descartado plenamente, pues consideramos que los riesgos que afrontaremos (en caso de no descartarlo) serán demasiado grandes en comparación con la información que azarosamente podremos llegar a obtener de este testimonio.³⁷³

Ahora bien, ¿cómo determinamos que el testigo es sincero o, por el contrario, pretende mentirnos? Pues bien, solo aquí podremos esgrimir criterios presuntivistas conforme los cuales se nos permita *presumir* la sinceridad (no la veracidad), pero sin que esta regla nos libere completamente de nuestra labor valorativa, pues debemos poner el ojo en todas aquellas cuestiones que pueden evidenciar un indicio de mendacidad. Los lazos que unen al testigo con las partes, la enemistad o amistad con algún involucrado, las relaciones de familia, los intereses económicos, laborales, políticos, etc., serán factores a tener en cuenta por el juzgador. Sin perjuicio de que estos factores no necesariamente van a afectar la sinceridad, creemos que, por su sola existencia, deben llevar al magistrado a advertir que la presunción inicial puede verse desvirtuada, debiendo analizar pormenorizadamente las particularidades del caso para confirmar que los eventuales intereses o lazos de parentesco no afecten la honestidad del declarante. Si bien esto no es algo sencillo de hacer, sí es algo gravitante y aquí, inexorablemente, debemos apelar a la racionalidad del juzgador.

Por ejemplo, podemos presumir que un testigo nos es honesto y que, al parecer, está declarando con sinceridad, pero si logramos determinar que el mismo día de la declaración el testigo percibió la suma de \$100.000 sin motivo alguno y encima el depositante es una

³⁷³ Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal que le pueda corresponder al declarante.

de las partes, debemos comenzar a dudar. Si durante el debate se le pregunta al testigo sobre esta cuestión y este no logra dar una explicación valedera, salvo que existan otros indicios que hagan creer fuertemente su honestidad, su relato no merece la más mínima confianza.

Más allá del ejemplo, no nos atrevemos a realizar consideraciones abstractas o generales ni tampoco tenemos intención de hacerlo. Creemos que cada caso debe ser analizado de forma concreta y particularizada, siendo fundamental que todas y cada una de las razones que lleven al magistrado a tomar uno u otro rumbo en la determinación de la sinceridad sean expuestas en su decisorio; todo ello para luego poder merituar si el mismo se estructura sobre parámetros racionales.

Una vez concretado este primer juicio valorativo y habiendo asumido que el testigo pretende expresarse con sinceridad, debemos pasar al segundo momento: el juicio de veracidad.

En esta etapa toman absolutamente relevancia todas aquellas cuestiones relacionadas con la percepción, la interpretación, la memorización y la recuperación. Las investigaciones experimentales, a las cuales ya hemos hecho referencia en los capítulos anteriores, no solo son importantes, sino que son necesarias e imprescindibles.

Como hemos dicho en innumerables oportunidades, la sinceridad no es condición ni necesaria ni suficiente de la veracidad. La apreciación de la sinceridad corre por vía separada a la apreciación de la veracidad. Un testimonio sincero puede ser veraz o falso. De allí la importancia de un debido estudio del caso en concreto, debiendo el magistrado realizarse (por lo menos) las siguientes preguntas: ¿dónde se encontraba el testigo al momento del suceso? ¿qué estaba haciendo el testigo previo a percibir el suceso? ¿estaba prestando atención a dicho evento o el propio evento acaparó la atención del testigo? ¿a qué distancia? ¿cuánto tiempo paso desde que percibió el suceso hasta el momento de su declaración? ¿dónde se produjo el suceso? ¿se encontraba en un ambiente luminoso u oscuro? ¿había consumido alcohol o alguna sustancia que pudiera afectar su percepción? ¿qué edad tenía? ¿tuvo la oportunidad de hablar lo ocurrido con otras personas? ¿con

cuántas? ¿qué preguntas le realizó la policía o el funcionario durante el primer interrogatorio? ¿evidencia algún prejuicio en su relato? ¿está familiarizado el testigo con la información que pudo percibir?³⁷⁴

Este catálogo de preguntas nos permitirá la realización de un adecuado juicio valorativo de la veracidad, aunque debemos aclarar que el mismo puede (y debe) ser ampliado dependiendo del caso. Todo ello nos permitirá advertir la existencia de posibles incongruencias, inconsistencias o eventuales errores, que evidenciarán que el relato sincero quizás no sea veraz.

También será importante analizar las preguntas que se le han hecho al testigo, en lo posible no solo durante el debate, sino las realizadas por los restantes interrogadores durante las etapas preliminares, todo ello a fin de determinar si el declarante ha sido víctima de preguntas sugestivas o indicativas que pudieran haber alterado sus dichos, modificado su recuerdo o condicionado sus respuestas.³⁷⁵ En caso de corroborarse la existencia de preguntas inadecuadas o de advertirse un trato con el testigo que de alguna forma pudiera afectar su testimonio o incluso su recuerdo, se tendrá que tener mucho cuidado, pudiendo incluso descartarse la declaración. Así, y en caso de comprobar algún extremo que pudo haber afectado las contestaciones (procedimientos incorrectos previo a la declaración, entrevistas realizadas de forma indebida, preguntas sugestivas, etc.), se deberá

³⁷⁴ Estas preguntas deberán ser estructuradas e incluso ampliadas conforme el suceso que se pretende averiguar o sobre el cual declare el testigo.

³⁷⁵ NIEVA FENOLL, Jordi “La valoración de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 232: “Un interrogatorio practicado en estos términos impide la debida valoración y posterior motivación de esta prueba. El juez, si no ha sido lo suficientemente hábil evitando la formulación de ese tipo de preguntas —y no siempre es fácil serlo—, a la hora de valorar se encontrará con unas respuestas condicionadas por el interrogador, es decir, con una realidad ficticia creada por un letrado o fiscal hábiles. Ello bien podría servirle para rechazar la eficacia probatoria del interrogatorio. Pero debe reconocerse que resulta muy incómodo tener que escudarse en una indebida actuación propia en el momento de admisión de las preguntas, a fin de impedir que las respuestas tengan eficacia en la valoración de la prueba. En esa tesitura, lo más habitual es que si el juez es consciente del condicionamiento, acabe prescindiendo de la credibilidad del interrogatorio. Pero el problema es que a la hora de motivar no podrá justificar debidamente el porqué, lo que dará al traste con la debida formación del juicio jurisdiccional”.

analizar detenidamente el caso para poder determinar si pese a ello existen elementos que permitan aún confiar en los dichos del testigo.³⁷⁶

Por otro lado, y de suma importancia, será necesario prohibir la utilización de la *intuición* para valorar la prueba o para sacar cualquier tipo de conclusión o para realizar cualquier tipo de inferencia. Oportunamente hemos dejado bien en claro que el principio de inmediación -es decir, el contacto directo entre el juzgador con las partes/testigos- nada hace al juicio valorativo. Sí, en cambio, puede servir para comprender los dichos del testigo (por ejemplo, cuando utiliza palabras ambiguas). Sacar conclusiones basándose en la inmediatez no es más que la consagración de la arbitrariedad y la asunción de un modelo de funcionamiento de prueba netamente subjetivista cuyo sustento se encuentra en el *convencimiento* del juzgador; lo cual nada tiene que ver con lo que aquí propiciamos³⁷⁷.

Pero el juicio valorativo no termina aquí, pues tras analizar el relato de forma particular, será necesario confrontarlo con las restantes pruebas obtenidas a lo largo del proceso, las cuales nos permitirán completar el juicio de veracidad. La inexistencia de otras pruebas que sirvan para corroborar el relato torna al mismo inútil, no pudiendo fundar en él veredicto condenatorio alguno, pues si lo hiciéramos no estaríamos apelando a la racionalidad, sino a la arbitrariedad o al misticismo. Sin existencia de otros elementos probatorios, el testimonio no puede ser corroborado.

Esto no quita que un único testigo pueda servir para sustentar una condena, pues si existen otros elementos probatorios diversos que confirmen los dichos del testigo,

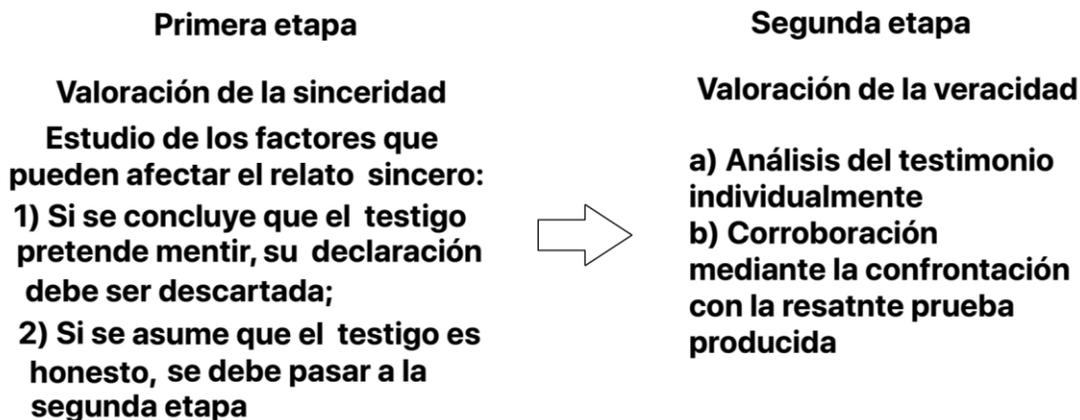
³⁷⁶ Vale aclarar que, en el ámbito penal y conforme está estructurado actualmente el proceso -o la mayoría de ellos-, el juzgador no podría analizar las declaraciones previas sino cuando las mismas han sido incorporadas por su lectura al debate, por lo entendemos que esta cuestión no puede ser realizada en todos los casos. Sin perjuicio de ello, y sin pretender adelantarnos, creemos que el proceso debe mutar considerablemente, trasladando la declaración a los momentos iniciales de la causa, debiendo grabar la misma en todos los casos.

³⁷⁷ NIEVA FENOLL, Jordi *“La valoración de la prueba”*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 207: *“ese tipo de actitudes [la utilización de la intuición] deben ser desterradas por completo en materia de valoración de la prueba. Si bien la intuición es un mecanismo extraordinariamente eficaz para tomar decisiones rápidas en la vida cotidiana, su uso no puede extenderse a algo que ni tiene por qué ser rápido, ni mucho menos irreflexivo, como una sentencia. Es decir, el uso en la valoración de la prueba por parte del juez de ese conjunto difuso que constituyen las llamadas «máximas de experiencia», no puede llevarse al extremo de substituir con estas máximas aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho”*.

entonces el juicio de corroboración sí podría ser realizado. Lo que parece confuso no lo es siempre que entendamos la diferencia entre “testigo único” y “prueba única”. Si la única prueba obtenida es un solo testigo, nada podremos obtener de él que sirva para fundamentar el decisorio; en cambio, si solo tenemos un testigo, pero además otras pruebas, la cuestión cambia pues estas “otras pruebas” serán el sustento sobre el cual podamos realizar el juicio de corroboración con relación al testimonio (esta cuestión será abordada en el próximo acápite). En el fondo, la existencia de información adicional (documentos, filmaciones, grabaciones, otras declaraciones, pericias, etc.) con la cual podamos comparar los dichos del testigo, corroborando si los datos suministrados pueden ser verdaderos, es lo permitirá la consolidación de un juicio valorativo racional.

A modo de conclusión, podemos esquematizar nuestra idea de la siguiente forma:

Valoración racional del testimonio



3.3.3. Algunas consideraciones con relación al testigo único

En plena concordancia con lo antedicho, cabe preguntarnos:

¿Es válido condenar a una persona solo en base a la declaración esgrimida por otra?

Utilizamos la palabra “validez”, pues, si bien la pregunta también podría ser formulada con un criterio de “justicia” (preguntándonos ¿es justo condenar a una persona solo en base a la declaración esgrimida por otra?), creemos que la solución debe guiarse por criterios de legalidad y racionalidad.

Gran cantidad de delitos, muchos de los cuales se corresponden con ataques contra la integridad sexual, se cometen en las sombras, en la oscuridad y en la más absoluta intimidad de las relaciones personales, donde la única prueba en contra del acusado es el testimonio de la propia víctima que, en la mayoría de los casos, incluso suele ser contraria a la declaración del acusado.

¿Cómo haremos para valorar ambos testimonios si, en base al principio de igualdad ante la ley, los mismos deberían tener el mismo peso?

La cuestión no es sencilla, sino más bien todo lo contrario:

Quizás quien mejor ha abordado el tema, siendo prácticamente una obligación mencionarlo, ha sido Marcelo Sancinetti, quien en su brillante artículo “*Testimonio único y principio de la duda*” ha puesto de manifiesto el problema intentando determinar si la condena sustentada únicamente en el testimonio de la víctima cuando esta se contrapone férreamente con las manifestaciones del acusado es compatible con el principio de igualdad ante la ley y con la presunción de inocencia. Luego de abordar detalladamente la prohibición del testigo único en la tradición judeo-cristiana y como ha sido tratada esta temática con el correr del tiempo, el autor se refiere a dos modelos de pensamiento notoriamente contrapuestos: por una lado, el modelo basado en la “certeza personal” y, por otro, el modelo sustentado en la “fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia” (vale aclarar que este último tiene plena concordancia con el modelo de pensamiento objetivista que fue explicado en los primeros capítulos de la presente investigación), concluyendo que “una condena basada en un testimonio único -y muy especialmente si el

testimonio es el acusador del proceso- nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una `certeza personal` que no sea por vía de un `pálpito` o `corazonada`. Finalmente, y tras un detallado abordaje de las diversas investigaciones experimentales desarrolladas por los más reconocidos psicólogos, culmina sosteniendo que permitir condenar a un sujeto con la sola declaración de la víctima no es más que “un adiós al principio de igualdad, como guardián de la presunción de inocencia”.³⁷⁸

Compartimos en un todo los argumentos anteriores y, más allá de recomendar su lectura, nos atrevemos a acompañarlo con las siguientes consideraciones:

El principio *in dubio pro reo* (en caso de duda estar a favor del imputado) debe ser entendido de forma objetiva: no en base a la *convicción* del juzgador, sino en base al conjunto de pruebas obrantes en la causa. La condena sustentada únicamente en el testimonio de la víctima, cuando este se contrapone al del imputado, pone en evidencia un claro quebrantamiento del principio lógico de razón suficiente en virtud del cual una conclusión es válida sólo cuando las premisas de las que se parte conducen necesariamente a dicha conclusión y no a otra diferente. En un proceso penal, si las premisas A y B, conducen a las conclusiones 1 y 2, no es lícito escoger 1 por sobre 2, si 2 es más desventajosa para el imputado que 1. El criterio conforme el cual “la carga de la prueba de la existencia del delito corresponde a la acusación” es claro e inamovible: la acusación debe demostrar más allá de toda duda el hecho de la condena y, para ello, debe refutar con éxito todas las hipótesis alternativas. Esta interrelación entre principios nos lleva a advertir que la duda no es un mero estado espiritual del juez. La duda, referida en el principio *in dubio pro reo* (expresión procesal del principio de inocencia consagrado en el art. 18 de la Const. Nacional), es una duda “objetiva”, de ahí que doctrinariamente se lo llame a tal principio, principio de la duda *objetiva*.³⁷⁹

Además de todo lo antedicho es menester hacer algunas otras consideraciones:

³⁷⁸ SANCINETTI, Marcelo “*Testimonio único y principio de la duda*”, INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2013; el mismo puede encontrarse en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf>

³⁷⁹ Conforme ideas esgrimidas por el Dr. Carlos A. Irisarri en varios de sus recursos interpuestos durante su ejercicio profesional.

Entre los argumentos que se han esgrimido para justificar la toma de decisiones condenatorias en base al solo testimonio de la víctima, se ha sostenido que en los ataques sexuales, al ocurrir en lugares sombríos o en ámbitos privados, difícilmente se logren obtener otras pruebas que convaliden la hipótesis acusatoria. Por ello, se ha dicho que, ante estas circunstancias, se deberíamos permitir condenar.

Esto último nos obliga a preguntarnos: ¿Acaso se está proponiendo establecer estándares probatorios especiales para los delitos contra la integridad sexual?

Si así fuera debemos manifestar nuestra oposición a este criterio de pensamiento. El estándar probatorio no debe establecerse en base a la dificultad que supone probar un determinado tipo de delitos, pues, en caso de asumir que ante la presencia de determinados delitos se deberían requerir menos pruebas, estaríamos notoriamente estableciendo distinciones punitivas que acrecentarían notoriamente la cifra negra de la Justicia. Es decir, bajar en demasía el nivel de suficiencia requerido para tener por acreditada una hipótesis delictual con la sola declaración de quien dice ser víctima, generaría la existencia de mas condenas (claro), pero acrecentando notoriamente el error de estas.

Si a ello le sumamos que es habitual que el fuero penal (mediante la interposición de denuncias falsas) es utilizado habitualmente como medio para la obtención de beneficios en otro fuero (civil, laboral, de familia, etc.), el postulado debe ser descartado.

Por otro lado, y si la modificación del nivel de suficiencia probatoria no solo apunta a delitos sexuales, sino que sería aplicable a todos los delitos, cabe preguntarse ¿acaso nos atreveremos a condenar por robo, secuestro, estafa o lesiones con el solo testimonio de la víctima?

Dudamos que esto ocurra, amén de festejarlo, pues independientemente del delito indilgado, no es aceptable condenar a una persona basándonos solamente en el testimonio de quien dice haberse visto afectado por el mismo.

Si una persona dice A y la otra dice B sin que existan restantes pruebas al respecto, la búsqueda de la verdad se tornará imposible, salvo que delegemos el juicio de credibilidad

en el mero parecer del juzgador, lo cual se contrapone manifiestamente con nuestro criterio de pensamiento. El relato de quien dice ser víctima, por el solo hecho de atribuirse tal característica, no otorga a su narración mayor valor probatorio que el de ningún otro sujeto; en el fondo, no creemos que exista una solución epistémicamente correcta para otorgar credibilidad a una persona sin que existan restantes evidencias con las cuales se pueda confrontar el testimonio.

Dicho todo esto, debemos concluir que la única forma posible de condenar a una persona en base a los dichos de otro sujeto es asumiendo un modelo de funcionamiento de la prueba puramente subjetivista conforme el cual el hecho probado dependería del solo convencimiento del juzgador.³⁸⁰ Así, el magistrado podrá creer o no lo que dice la víctima, pero allí terminará el juicio de credibilidad. Algo así no es aceptable o, por lo menos, no lo es desde el plano racional, pues la inexistencia de restantes elementos de prueba hace absolutamente inviable la corroboración del testimonio. ¿Cómo podría hacer el juzgador racionalmente para determinar que los dichos del testigo son verdaderos? Pues no podría.

4. Análisis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires: bases para repensar el proceso de juzgamiento.

Como último acápite de esta investigación, consideramos necesario realizar un análisis de los distintos artículos del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires relacionados con la prueba de testigos.

Previo a todo, debemos manifestar que el Código hace la siguiente clasificación con relación a los testigos: testigos de actuación y testigos propiamente dichos.

³⁸⁰ Argumentos de este tipo pueden encontrarse fácilmente en la jurisprudencia, por ejemplo, la sala II del Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Bs. As. ha sostenido que *“el aforismo latino testis unus, testis nullus no tiene cabida en el actual régimen del CPP, de allí que no carece de fuerza probatoria la declaración de un testigo único por esa sola circunstancia, siempre que dicho testimonio resulte suficiente para causar convicción en el ánimo del juzgador”* (causa 13.987, 5/4/2005); esa misma sala también ha esgrimido que *“el grado de convicción de cada testigo provoca en los jueces de mérito y aún la certeza que pueda derivarse de un único testigo -a la vez víctima., configuran cuestiones subjetivas pertenecientes a la esfera reservada por la ley a los jueces de mérito* (causa 6.302, 25/10/2005).

Los primeros serán aquellos que participen en la realización de diligencias a fin de dar fe y constatar lo realmente ocurrido durante las mismas (son buscados por los operadores judiciales -policías en la generalidad de los casos- con la única finalidad de que perciban hechos futuros, como por ejemplo un allanamiento, un registro personal, etc.; véase art. 117 y ss. del CPPBA). Por otro lado, los restantes testigos se corresponden con sujetos que han presenciado hechos pasados, es decir, sucesos ocurridos en algún momento, que sean de interés para el proceso, y que el testigo haya tenido la oportunidad de percibir por encontrarse en el momento y lugar determinado. Estos testigos, a diferencia de los anteriores, no son buscados para dar fe de actos futuros, sino todo lo contrario, surgen casi azarosamente por el devenir de los eventos ocurridos (véase arts. 232 y ss. del CPPBA).

Dicho esto, pasamos a analizar los artículos del Código que hacen mención o tienen incidencia sobre la prueba testimonial, para lo cual respetaremos la numeración del cuerpo legal, analizando los artículos conforme el orden establecido por el propio legislador:

ARTICULO 100.- Juramento y promesa de decir la verdad. Cuando se requiera juramento, será recibido, según corresponda, por el Fiscal, el Juez o por el Presidente del Tribunal, bajo sanción de nulidad, de acuerdo con las creencias o convicciones cívicas de quien lo preste. El que deba prestar el juramento será instruido de las penas correspondientes al delito de falso testimonio, para lo cual se leerán las pertinentes disposiciones legales, y prometerá decir la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, mediante la fórmula: "Lo juro" o "Lo prometo".

El artículo es claro y, más allá que no se refiera puntualmente a los testigos, será aplicable a todo aquel que deba declarar en el marco de un proceso penal, debiendo ser interpretado en concordancia con el art. 218 del mismo cuerpo que establece que “*los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en los actos de la Etapa Penal Preparatoria, deberán prestar juramento*”.

Advertimos cierta equivocación conceptual en la redacción legal, pues nadie puede comprometerse a decir “verdad”, sino -a todo evento- a manifestarse con sinceridad. Como hemos dejado expuesto a lo largo de este trabajo, la sinceridad nada tiene que ver con la veracidad, en tanto el punto de estudio sobre el cual se determina una y otra es notoriamente disímil: un testigo puede mentir diciendo la verdad como también puede ser sincero diciendo falsedades.

Teniendo presente la cantidad de factores que pueden afectar la correcta percepción, interpretación, memorización y/o hasta recuperación, ninguna persona puede garantizar que aquello que esgrima ante un tribunal es verdadero. Más aún, nadie, absolutamente nadie, puede acreditar a ciencia cierta que sus manifestaciones son verdaderas, en tanto como ya dijimos, todo conocimiento se sustenta al fin de cuentas en razonamientos inferenciales que lejos están de materializarse en conclusiones certeras. Por ello, incluso hasta el sujeto más convencido sobre la existencia de un evento, puede estar confundido.

Por otro lado, no queda del todo claro la referencia a una u otra fórmula, es decir, no se comprende si la decisión entre jurar o prometer es o no una elección del propio testigo. De más está decir que jurar para quien no tiene creencias religiosas no tiene el más mínimo sentido ni mucho menos efecto; en cambio, una persona con fervientes convicciones religiosas posiblemente no jure si sabe que luego mentirá o no mentira si previamente ha jurado. La crítica, en el fondo, está dada por la falta de claridad con relación a quién determina si el testigo debe jurar o prometer, pues si es el propio testigo posiblemente elija hacer aquello que menos le afecte.

Más allá de todo esto, e independientemente de que varios autores han manifestado estar en contra de esta formalidad³⁸¹, creemos que la misma no está de más. Si bien

³⁸¹ SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 402: “Tiempo atrás el juramentose le adjudicaba un contenido religioso, pretendiendo de este modo evitar aquella perfidia de quien testificaba, al asegurar que el alma del testigo también se encontraba presente en el acto procesal. Con independencia de que actualmente los fuegos del infierno parecen arder con escasa fuerza en las mentes de las personas, lo cierto es que el art. 14 de la CN dispone la libertad de culto para todos los ciudadanos, razón por la cual no corresponde imponer estas cargas de contenido moral a quien no las profesa. En definitiva, con acierto se ha dicho que: ‘Jurar es una lógica pueril y vulgar, y nadie debe dejarse seducir por esas quimeras’. Quien afirmase falsamente un hecho o callare un hecho conocido, quedará incurso en las disposiciones del art. 275

posiblemente existan personas que no se conmuevan o no se vean afectadas por realizar una promesa que luego incumplirán, existen muchas personas que sí se ven afectadas por tales solemnidades.³⁸² Todo aquel que mantenga una alta estima de su honor o que tenga fuertes creencias religiosas difícilmente se presente ante un tribunal a mentir si previamente ha prometido o jurado que no lo haría. Por ello, creemos que, si bien no en todos los casos esta formalidad puede tener efectos, seguramente sí los tendrá en algunos, y con que existan estos “algunos” basta para encontrarle sentido a la norma y mantenerla dentro del catálogo legal.³⁸³

Algunos autores³⁸⁴ consideran que el juramento o promesa de decir verdad es una obligación legal y su negativa constituye el delito de abstención a declarar conforme lo normado con el art. 243 del Código Penal.³⁸⁵ Por nuestra parte no consideramos que la negativa a prestar juramento o prometer decir verdad sea un comportamiento que se corresponda con la figura penal antedicha, en tanto en ningún momento castiga a quien se abstenga a realizar tales actos. El tipo penal concretamente castiga a quien “siendo legalmente citado como testigo se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva”, pero sin decir nada con relación al juramento o promesa de decir

del CP, norma que no requiere, entre sus elementos típicos, el haber realizado un previo juramento. De allí que lo relevante para otorgar validez al testimonio, es decir, a los efectos de la nulidad, sea el haber instruido al testigo de las penas del delito de falso testimonio, y no el acto solemne de decir 'lo juro' o 'lo prometo'.

³⁸² Explica Vera que “El juramento no es, ni una declaración, ni una promesa, ni siqueir aun compromiso. Es, sí, todas esas cosas, pero al mismo tiempo algo más. Este algo más es precisamente lo que le especifica y le hace ser lo que es. En el juramento existe una garantía más allá y un vínculo más obligatorio que el que existe en el verdadero compromiso: garantía y vínculo que se sobrentienden aun cuando no se enuncien expresamente. Cuando pronuncio la palabra 'juro', no sólo empeño mi fe, sino que invoco como testigo y fiador de mi compromiso, a lo que haya en mí de mejor, de más íntimo y de más querido, como la conciencia, el honor, mi propia persona o la persona de mi padre e hijos” (citado por ADIP, Amado, “Prueba de testigos y falso testimonio”, 1983, Buenos Aires, p. 175).

³⁸³ GORPHE, François “La apreciación judicial de las pruebas”, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 394: “no se podría desconocer que el juramento mejora al testimonio no sólo en cuanto a la sinceridad, sino también en cuanto a su exactitud, llamando la atención del testigo sobre la importancia de sus declaraciones y haciendo más reservadas sus afirmaciones, de manera de no dar por cierto aquello sobre lo que no está seguro. Las experiencias realizadas por los sociólogos (Stern, Borst, Schrenk, Gmelin, Breuking, etc.) en conjunto, siempre encontraron que había más fidelidad en las declaraciones juradas que en las no juradas”.

³⁸⁴ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005p. 231; Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 401; JAUCHEN, Eduardo M. “El juicio oral en el proceso penal”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 245.

³⁸⁵ Es llamativo que la mayoría de los doctrinarios del derecho penal no hayan abordado el tema, siendo mayormente tratado por los procesalistas.

verdad. Por ello y en base a que los tipos penales deben ser interpretados conforme las palabras de la ley, creemos que tal situación no evidencia la comisión del delito antedicho. Sí, en cambio, se estaría cumplimentando la figura delictual del art. 239 CP referida al delito de desobediencia, pues la promesa de decir verdad o prestar juramento es un paso ineludible para la toma de una declaración testimonial, por lo cual el funcionario interviniente (sea el juez, fiscal, etc.) ordena que el testigo, previo a deponer, realice tal promesa o juramento. Esta “orden” esgrimida por el funcionario debe ser cumplida por el testigo; en caso contrario, se estaría *desobedeciendo* la orden. Pongamos un simple ejemplo: supongamos que una persona tenga intención de declarar, pero se niegue a prestar juramento o a prometer que lo hará con la verdad -sea por terquedad, por ideas religiosas, por no creer necesario tener que realizar tal promesa pues considerada que es una ofensa a su honor, por creer que no conoce “la verdad” entonces no puede nunca prometer ello, etc.-; este sujeto solo se estaría negando a realizar la promesa o prestar el juramento, pero con plena intención de declarar. En consecuencia, aplicar el art. 243 CP por “negarse a declarar” a quien expresamente “quiere declarar” no tiene mucho sentido, pero sí lo tiene aplicar el art. 239 CP por la comisión del delito de desobediencia, pues, al fin y al cabo, lo que el testigo está haciendo es desoír la orden de comportamiento legítimamente esgrimida por el funcionario.

Artículo 101: "Declaraciones testimoniales. El que deba declarar en el proceso lo hará de viva voz y sin consultar notas o documentos, salvo que el órgano interviniente lo autorice si así lo exigiere la naturaleza de los hechos.

En primer término el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el hecho de que se trate y después, si fuere necesario, se lo interrogará por las partes.

Las preguntas que se formulen no serán capciosas, confusas, ni impertinentes.

Cuando se proceda por escrito, se consignarán las preguntas y las respuestas".

El artículo es sustancial a los efectos de establecer cómo se deberá producir el testimonio durante el proceso, todo ello independientemente de que el mismo se realice durante el debate o en instancias previas. Es así que se establecen expresamente las formas que deben respetarse a la hora de tomarle declaración a una persona.

Como primera pauta, la normativa establece que el testigo deberá declarar “a viva voz”, es decir, oralmente, excepto aquellos casos en que por cuestiones personales se encuentre incapacitado para ello (por ejemplo, el caso de un sordomudo -art. 102 CPP-). Además, se establece que no podrá consultar notas o documentos, salvo que las particularidades del caso así lo aconsejen y siempre con anuencia del órgano interviniente (el fundamento de la prohibición es evitar que el testigo se vea influenciado en las notas o documentos escritos, sin manifestar aquello que realmente ha logrado retener en su memoria).

Si bien parte de la doctrina considera que el artículo se refiere a las formas de producción del testigo en el debate³⁸⁶, mientras que otra parte de la doctrina asume que las disposiciones del artículo -sobre todo las establecidas en el segundo párrafo- son solo aplicables a la investigación³⁸⁷, creemos que el artículo no establece limitación alguna, por lo cual debe ser interpretado en sentido amplio y con aplicación a la declaración en cualquier etapa del proceso (nótese que dice “el que deba declarar *en el proceso*”).

Con relación a cómo debe desarrollarse el interrogatorio, expresamente se establece que inicialmente se le solicitará al testigo que manifieste cuanto sepa sobre los hechos y recién habiendo terminado su narración, y solo para el caso que sea necesario, se le realizarán preguntas, encontrándose prohibidas aquellas que sean capciosas, confusas o impertinentes. En este punto, advertimos poco énfasis en el legislador al establecer la narración libre (como primer paso del interrogatorio), en tanto no establece ningún tipo de sanción ante el incumplimiento (es decir, es una norma cuyo cumplimiento estará

³⁸⁶ SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 403.

³⁸⁷ IRISARRI, Carlos A. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T. I, p. 234.

supeditado al buen proceder de los funcionarios, pero nada ocurrirá si la misma no se cumple). La imposibilidad de realizar preguntas capciosas y confusas pretenden no generar error en el testigo, por lo cual se recomienda que las mismas sean claras y sencillas. En cambio, las preguntas impertinentes son aquellas que carecen de relación con el caso en concreto.

Párrafo aparte merece la eliminación de la vieja prohibición para la realización de preguntas sugestivas; es decir, según la actual redacción (conf. ley 14543) las preguntas sugestivas podrían ser realizadas, en tanto no existe óbice legal alguno que haga pensar lo contrario. Sin pretender repetir lo dicho a lo largo de los distintos capítulos que anteceden con relación a las investigaciones experimentales que han permitido obtener notorios avances en las consideraciones sobre esta temática, debemos recordar que las preguntas sugestivas, probablemente, sean la más peligrosas de todas las preguntas, pues son las que realmente puede influenciar, no solo las respuestas de los testigos, sino directamente su memoria, generando incluso falsos recuerdos.³⁸⁸ Obviamente que toda pregunta en cierto grado es sugestiva, pues en caso contrario difícilmente se logre materializar una pregunta que tenga algo que ver con los hechos que se pretenden juzgar³⁸⁹, pero lo que se pretende (o se debería pretender) es que no se aporten datos sustanciales no expuestos por quien testifica.³⁹⁰ En el fondo, y como lo anticipamos al inicio de este trabajo, debemos establecer sobre que base conceptual o ideológica partimos para interpretar la normativa vigente o para sugerir cómo debería ser la misma. Si vemos al proceso como una contienda entre parte

³⁸⁸Basta recordar, a fin de no repetir todo lo expuesto a lo largo de esta investigación, la existencia de diversas investigaciones que han demostrado que al menos un 25% de personas interrogadas de forma sugestiva aceptan la información sugerida expresándose con la misma seguridad con que realizan las restantes afirmaciones ante preguntas no sugestivas (véase DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010).

³⁸⁹Desde el momento en que se le solicita al testigo que manifieste qué sabe con relación al hecho presenciado el día tal, u ocurrido en el lugar x o con la intervención de determinada persona, se está suministrando información a la cual el declarante no se ha referido

³⁹⁰ En este punto FRAMARINO DEI MALATESTA expresa que en ciertas oportunidades “*el testigo como no ve claramente la razón del examendivaga sobre detalles inútiles al juicio y descuida la exposición de hechos que interesan. A veces, a causa de preocupaciones, de vacilaciones, de pesadez de la memoria o de la palabra, no relata el hecho con exactitud, ni en forma completa. Entonces, para no perder tiempo en esas divagaciones inútiles, es menester sugerirle las cosas sobre las que debe hablar; o bien, para estimularle la memoria, es preciso sugerirle algún hecho, alguna fecha o circunstancia que sirvan para encaminarlo de nuevo hacia la verdad*” (*Lógica de las pruebas en materia criminal*, vol II, p. 89)

(asimilándolo a una especie de deporte donde el triunfador debería ser quien mejor ha litigado) no vemos impedimento para validar este tipo de preguntas; ahora bien, si lo que pretendemos es averiguar la realidad de los hechos que motivaron el inicio de la causa (asumiendo que el fin del proceso está dado por la búsqueda de verdad) no podremos apartar nuestro pensamiento de los avances científicos (por lo menos si pretendemos desplegar esta tarea desde un plano racional), lo que nos lleva a prohibir este tipo de preguntas. En consecuencia, y a nuestro modo de ver, validar la realización de preguntas sugestivas es validar el acrecentamiento de la cifra negra de la justicia.

**ARTICULO 102: "DECLARACIONES TESTIMONIALES Y OTRAS MEDIDAS ESPECIALES. Para recibir juramento y examinar a una persona sorda se le presentará por escrito la fórmula de las preguntas; si se tratare de una persona muda, se le harán oralmente las preguntas y responderá por escrito; si fuera sordomuda, las preguntas y respuestas serán escritas.*

Si dichas personas no supieren leer o escribir, se nombrará intérprete que sepa comunicarse con el interrogado.

Si el declarante hablare o se expresare en un idioma que no sea el nacional argentino, se designará el perito traductor que corresponda."

El artículo se corresponde con la redacción original (conf. ley 11.922 que, en su momento, fue modificado por la ley 13.425) estableciendo la forma en que debe desarrollarse la declaración testimonial de personas sordas, mudas, sordomudas o que hablasen un idioma no correspondiente con el nacional argentino. En este último caso, se designará un traductor.

"ARTICULO 102 bis: DECLARACIONES TESTIMONIALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: Cuando debe prestar declaración un menor de dieciséis (16) años de edad, víctima de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del Código Penal,

el niño, niña o adolescente deberá ser interrogado por un Fiscal, Juez o Tribunal quien podrá solicitar la intervención de un Psicólogo o Profesional especialista en maltrato y abuso sexual infantil, quien velará por el resguardo de la integridad psíquica y moral del niño, con facultad de sugerir la prescindencia de preguntas que puedan producir su menoscabo.

La declaración se tomará en una sala acondicionada con los elementos adecuados a la etapa evolutiva del menor, pudiendo disponerse, cuando así lo aconseje el Profesional interviniente, que las alternativas del acto sean seguidas por las partes y demás interesados desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, sistema de audio, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. A fin de evitar la necesidad de repetición de la declaración del menor en forma personal, se observarán las exigencias del Art. 274 del CPP disponiendo la video-filmación u otro medio de similares características de registración del acto, para su eventual incorporación ulterior al debate oral.

Estos registros serán confidenciales y sólo podrán ser exhibidos a las partes del proceso.

Todo acto de reconocimiento de lugares y/o cosas que el Fiscal, Juez o Tribunal estime procedente realizar con un menor víctima de alguno de los delitos mencionados en el párrafo primero, deberá ser previamente considerada por el Profesional que designe el órgano judicial interviniente, quien informará fundadamente acerca de si el menor está en condiciones de participar o si el acto puede afectar de cualquier manera su recuperación. En los supuestos en que el Fiscal, Juez o Tribunal ordene su participación, el menor deberá estar acompañado por el Profesional, pudiendo denegarse la participación del imputado cuando existan fundadas razones para suponer que ello pueda afectar la integridad del niño interviniente.

En el supuesto que la medida ordenada por el Fiscal, Juez o Tribunal lo sea en contra del criterio del Profesional actuante, deberá fundar las razones de su decisión."

El artículo regula la producción de prueba testimonial tratándose de menores de 16 años víctimas de algún delito contra su integridad sexual (conf. Libro II, Título III); el fundamento de la norma consiste en evitar las situaciones de re-victimización, tornando el contacto de los niños con el proceso penal lo menos traumático posible.³⁹¹

Como primera regla se establece que el menor será interrogado por el fiscal, el juez o el tribunal, denotando desde el vamos cierta contradicción con las restantes disposiciones del código que expresamente prohíben a los jueces realizar preguntas, salvo que las mismas sean aclarativas (art. 364 CPP). A su vez, se podrá disponer la intervención de un psicólogo especialista en maltrato y abuso sexual infantil, quien velará por la integridad psíquica del menor, sugiriendo incluso la no realización de preguntas que pudieran llegar a afectarlo. Pese a que el código no lo exprese, este acto es habitualmente conocido como “*Cámara Gessel*”, y a diferencia de cualquier otra declaración testimonial, la misma se desarrollará en una sala acondicionada según la edad del menor a los efectos de no generar padecimientos innecesarios al declarante.

La participación del psicólogo es trascendente, no solo en lo que hace al resguardo de la integridad psíquica del menor, sino en lo que hace a la eventual vulneración del derecho de defensa. Es habitual que durante estos procedimientos el especialista desaconseje la realización de preguntas que, en gran parte de los casos, son fundamentales a los efectos de demostrar la inocencia del imputado o, por lo menos, reflejar las contradicciones o inconsistencias del menor. Este es el gran problema de estos actos, pues evidentemente -y esto es innegable- el menor no puede ser tratado como un adulto y en consecuencia su declaración debe ser mediante un procedimiento especial. Pretender que el menor declare bajo las mismas formalidades que lo hacen los adultos sería lisa y llanamente algo despiadado que seguramente lo terminará afectando, quizás, más que el delito mismo; pero pretender que la defensa no pueda realizar válidamente las preguntas necesarias es igualmente despiadado, pues coartar el derecho de defensa implicará -posiblemente- que un inocente termine privado de libertad (y seguramente por muchos años teniendo presente los tipos de delitos que estamos tratando). Nos encontramos entre la espada y la pared,

³⁹¹ BERTOLINO, Pedro J. “*Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial*”, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires, p. 215.

estamos ante un dilema, en tanto tomando una u otra decisión generaremos un daño irreparable para alguna persona.

Creemos que aquí debe resaltarse la intervención del juzgador para poder, dentro de lo posible, tutelar ambos derechos (la integridad del menor y el derecho de defensa), sin que la protección de uno degenere la existencia del otro. De más está decir, que la sola realización de este procedimiento conlleva un óbice para ejercer libremente la defensa (tanto material como técnica), pues, aunque se apliquen las disposiciones correspondientes con el debate, es claro que no estamos ante un “debate”. Por ello, el juzgador deberá tener en cuenta cómo se ha desarrollado la declaración y, más concretamente, cuáles son las diligencias -preguntas, exhibición de fotos, etc.- que la defensa pretendía llevar a cabo, pero no pudo por recomendación del especialista. Mientras más se haya cercenado el derecho de defensa, menos valor tendrá la declaración.

El texto legal establece que durante el procedimiento se observarán las exigencias del art. 274 del CPP que regula el “anticipo extraordinario de prueba”, todo ello para evitar repetirlo en el futuro.

La sola existencia del artículo motivó a que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por resolución 903/12 (previo a encomendar a las Secretarías Penal y de Planificación, a la Dirección General de Asesorías Periciales de la Suprema Corte de Justicia y a las Secretarías de Estrategia Institucional y de Política Criminal de la Procuración General, la elaboración de un protocolo indicativo de pautas a tener en cuenta para la recepción de este tipo de testimonios -véase resolución 9/11 de la Presidencia del Tribunal-), aprobara el “Protocolo de recepción de testimonio de víctimas/testigos niños, niñas, adolescentes y personas con padecimientos o deficiencias mentales en Cámara Gessel”, todo ello en orden a las facultades otorgadas por el art. 5 del Código Procesal Penal.

El protocolo divide las labores según cuatro etapas: a) Primer contacto del niño/niña, adolescente o persona con deficiencias o padecimientos mentales con la autoridad, judicial, policial u otra; b) Fase preliminar a la recepción del testimonio (la cual

consta de un examen médico, una evaluación psicológica, se deberá coordinar el uso de la Sala con la presencia de todas las partes); c) Recepción del testimonio propiamente dicho en Cámara Gessel; d) Instancias posteriores (resguardo del material y su utilización en el eventual juicio oral). Además, el protocolo contiene un acápite con “consideraciones generales”.

Más allá que recomendamos la lectura íntegra del protocolo, se advierten a simple vista algunas complicaciones en lo que hacen a su validez.

La potestad de la Suprema Corte para dictar este tipo de normas se encuentra consolidada en el art. 5 del Código Procesal, pero con la salvedad de que las mismas no alteren lo estipulado por el propio Código. Es decir, la Corte haciendo uso de sus facultades puede emitir este tipo de resoluciones, pero sin contrariar lo establecido legalmente. En orden a ello, y mediante una sencilla lectura del protocolo, se advierte una flagrante contradicción con lo normado por el Código Procesal, pues no solo que se amplía el catálogo de supuestos preestablecidos por el art. 102 bis (en tanto se incluye a personas con padecimientos mentales), sino que directamente se trastoca el procedimiento de declaración al disponer que “la entrevista será llevada a cabo por el perito psicólogo” (mientras que el código expresamente establece que la entrevista será desarrollada por el Fiscal, Juez o Tribunal, pudiendo el psicólogo solo “sugerir la prescindencia de preguntas que puedan producir su menoscabo”).

En consecuencia, no pretendemos aquí establecer qué norma es la más atinada, sino establecer qué norma es la válida. Esta aclaración es importante, pues no creemos que el protocolo sea incorrecto (siempre y cuando su aplicación no se torne -como suele ocurrir- una vulneración total al derecho de defensa), pero sí es violatorio del art. 5 CPP que, en el fondo, es el que legitima a la Suprema Corte a emitir este tipo de normas.

Por ello, y pese a la *conveniencia* de su utilización, no creemos que el mismo pueda ser validado en un proceso, pues es indiscutible que altera las disposiciones del Código Procesal. Facultar a los organismos jurisdiccionales a consagrar normativas que *alteren* las palabras de la ley, por más provechoso que esto sea, no ser puede permitido.

"ARTICULO 102 ter: Cuando deba prestar declaración un adolescente de entre dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad, víctima de alguno de los delitos tipificados en el Libro II Título III del Código Penal, el Fiscal, Juez o Tribunal previo a la recepción del testimonio, requerirá informe de un psicólogo o profesional especialista en maltrato y abuso sexual infantil acerca de la existencia de riesgo para la salud psico-física del joven en caso de comparecer a los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 102 bis".

El artículo establece que cuando se deba tomar declaración a personas de entre 16 y 18 años posible víctima de delitos contra la integridad sexual, (es decir, menores de edad que no se encuentran comprendidos en las disposiciones del art. 102 bis CPP), el organismo judicial interviniente (fiscal, juez o tribunal, dependiendo a cargo de quién esté la realización de la prueba en orden a la etapa del proceso) deberá ordenar la evaluación del testigo por parte de un psicólogo o especialista a fin de constatar si su presencia ante los estrados puede llegar a afectar su salud psico-física. Si esto último es confirmado por el especialista, se aplicarán las disposiciones del art. 102 bis CPP.

ARTICULO 117.- Regla general.- Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, redactará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo.

A tal efecto, el Juez o Tribunal serán asistidos por un Secretario, mientras que el Agente Fiscal lo será, en la medida que sea posible, por un Secretario, un ayudante Fiscal o un Oficial de la Policía Judicial o Administrativa; el Juez de Paz y los Oficiales o Auxiliares de Policía, por un testigo que, si es factible, sea extraño a la repartición policial. Los testigos deberán estar presentes durante todo el trámite del acto.

La imposibilidad de asistencia por un funcionario o testigo deberá ser expresamente señalada, al igual que sus causas determinantes.

El artículo establece las reglas generales con relación a las actas que reflejen los actos realizados por funcionarios públicos durante el proceso.

En lo que a nosotros nos importa, el segundo párrafo establece que cuando el funcionario actuante a cargo de la diligencia sea un juez de paz u oficial o ayudante de policía, deberán ser asistido por un testigo que deberá presenciar todo el procedimiento.

Como se observa, el testigo al cual hace referencia el texto legal es de actuación y su presencia obedece a acreditar las formalidades llevadas a cabo en el procedimiento concreto. A diferencia de lo que ocurre habitualmente, en este caso el testigo es elegido voluntariamente por la autoridad para presenciar un hecho que se desarrollará en el futuro. Claro que cuando el testigo deba deponer sobre lo presenciado, el hecho dejará de ser futuro (ya será un hecho pasado), pero la diferencia está en que el testigo es seleccionado por la autoridad para presenciar el hecho, mientras que los restantes testigos (los testigos de sucesos criminales, por ejemplo) presencian el hecho de forma casi azarosa (por estar en el lugar y momento determinado).

Pese a que es habitual tratar a estos testigos, al momento de tomarle declaración, pero principalmente al valorar su testimonio, como si su existencia fuese un mero formalismo donde le juzgador prácticamente nada hace, creemos que el juicio de credibilidad y veracidad no puede ser pasado por alto, pues toda persona puede verse afectada por los factores que generan errores (de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación).

Por ello, y pese a la poca importancia que se le da luego del acto a este tipo de testigos, creemos que su testimonio y posterior apreciación es gravitante.

ARTICULO 118.- Contenidos y formalidades. Las actas deberán contener el lugar, la fecha, el nombre y apellido de las personas que intervienen; el motivo que haya impedido, en su caso, la intervención de las personas obligadas a asistir, la indicación de las diligencias realizadas y su resultado, las declaraciones recibidas, si éstas fueron hechas espontáneamente o a requerimiento y si las dictaron los declarantes.

Concluida o suspendida la diligencia, el acta será firmada, previa lectura, por todos los intervinientes que deban hacerlo. Cuando alguno no pudiere o no quisiere firmar, se hará mención de ello.

Si tuviere que firmar una persona ciega o una analfabeta, se les informará que el acta puede ser leída y en su caso suscripta por una persona de su confianza, lo que se hará constar.

**ARTICULO 119.- Nulidad. El acta será nula si falta la indicación del lugar, de la fecha o la firma del funcionario actuante o la del Secretario o la información prevista en la última parte del artículo anterior. Cuando faltare la firma de los testigos de actuación, se analizará el motivo que haya impedido la intervención de esas personas y, cuando se encontrare verosímil la existencia de imposibilidad material o situaciones análogas, quedará al arbitrio del órgano judicial declarar o no la nulidad del acta.*

En lo que aquí importa, los artículos establecen que el acta debe ser firmada por todos los intervinientes. Más allá que la falta de firma del funcionario actuante o la del secretario acarrearán la nulidad, no es necesariamente así cuando faltare la firma del testigo. En este último caso, será el magistrado quien deberá evaluar si las particularidades del caso y el motivo por el cual no fue firmada, ameritan o no decretar su nulidad. La interpretación se realiza en concordancia con el 206 que expresamente establece que “el organismo judicial que compruebe un motivo de nulidad procurará su inmediato

saneamiento, la revocación del acto, su rectificación o el cumplimiento del acto omitido, sin que se pueda retrotraer el procedimiento a etapas ya cumplidas”; concretamente, el eventual saneamiento estará supeditado a la posibilidad de enmendar el error (por ejemplo, si por error policial se omite hacer que el testigo firme el acta, pero luego su contenido es ratificado en un todo por el mismo testigo, no habría impedimento para considerar subsanado el acto; en cambio si el testigo ha muerto difícilmente esto pueda ocurrir).

***ARTICULO 120.-** Testigos de actuación.- No podrán ser testigos de actuación los menores de dieciséis (16) años, los dementes ni los que en el momento del acto se encuentren en estado de inconsciencia o alienación mental.*

El artículo no presenta mayores dificultades, en tanto prohíbe que los menores de 16 años, que los dementes o que aquellos que al momento del acto presenten un estado de inconsciencia o alienación mental, sean testigos de actuación.

***ARTICULO 133.-** Modalidades.- Los testigos, peritos, intérpretes y depositarios podrán ser citados por medio de la Policía o por carta certificada con aviso de retorno o telegrama colacionado. Se les advertirá de las sanciones a que se harán pasibles si no obedecen la orden judicial o del Agente Fiscal y que, en este caso, serán conducidos por la fuerza pública, de no mediar causa justificada.*

El apercibimiento se hará efectivo inmediatamente.

La incomparecencia injustificada hará incurrir en las costas que se causaren, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Inmerso dentro del capítulo V, “Notificaciones. Citaciones y vistas”, del título V, “Actos procesales”, del Libro I, “Disposiciones generales”, el artículo regula la modalidad que deberá llevarse a cabo para la citación de testigos, estableciéndose expresamente que la

notificación será realizada por la Policía o por carta certificada con aviso de retorno o telegrama colacionado, poniendo en conocimiento al testigo de las sanciones penales aplicables ante el incumplimiento de la orden judicial, advirtiéndoles también que incluso podrán ser conducidos por la fuerza pública (salvo que exista una legítima causal de inasistencia la cual, al no ser determinada legalmente, quedará a la libre interpretación del fiscal o magistrado)³⁹².

***ARTICULO 218.-** Juramento. Los testigos, peritos e intérpretes que intervengan en los actos de la Etapa Penal Preparatoria, deberán prestar juramento.*

Nos remitimos a lo referido al comentar el art. 100 CPP.

***ARTICULO 232.-** Deber de interrogar. Obligación de testificar.- El Agente Fiscal interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.*

Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento del Fiscal y declarará la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por las leyes.

El texto legal puede ser subdividido en dos partes: el primer párrafo que establece la obligación de interrogar por parte del Fiscal y el segundo que se refiere a la obligación de las personas a concurrir al llamamiento y testificar.

El primer párrafo, por más que no ha tenido demasiada trascendencia doctrinal o jurisprudencial, no debe ser dejado de lado, pues es fundamental a los efectos de comprender las labores que el fiscal debe llevar a cabo, sobre todo en lo que hace a su

³⁹²Con relación a la “causa justificada” explica Bertolino que “su determinación casuística queda deferida al criterio prudencial del órgano citante, el cual, por tanto, podrá admitirla o no según los casos; implica dar ‘razones valaderas’ (BERTOLINO, Pedro, “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial”, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires, p. 257).

actuación durante el debate. Nótese que se establece como un *deber* para el fiscal realizar el interrogatorio con relación a todo aquel que conozca los hechos investigados (o que diga conocerlos o que pueda llegar a conocerlos), y si bien el artículo no establece sanción alguna ante tal incumplimiento, creemos que una interpretación rigurosa del texto legal podría subsumir la omisión de fiscal en la figura delictual del art. 248 del CP (incumplimiento de los deberes de funcionario público), amén de constituir una causal de falta de objetividad que pudiera originar su apartamiento del caso (vale aclarar que pese a la parcialidad de este funcionario, el mismo debe llevar a cabo sus funciones bajo parámetros de objetividad). No estamos ante un tema menor, pues basta con tener una pequeña experiencia (y aclaramos que no pretendemos generalizar) para advertir que en muchos procesos los fiscales, convencidos de la hipótesis fáctica sobre la cual trabajan y desmereciendo los dichos de la defensa, del imputado o incluso de los testigos, omiten lisa y llanamente realizar preguntas a los testigos ofrecidos por la parte contraria, lo cual es grave teniendo en cuenta que el Fiscal debe buscar la verdad.

El segundo párrafo se refiere a la obligación de declarar que debe ser entendida como una carga pública, todo ello, incluso, en virtud de lo establecido por el art. 243 del CP que castiga al que “siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva”. Claro que el presupuesto fáctico -o la condición necesaria- está dada por la debida citación, pues en caso de no haber sido anoticiado, su incomparecencia no amerita reproche alguno. Además, el tipo penal del art. 275 contempla el falso testimonio para quien “afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte”. Si bien como ya hemos dicho creemos que la norma no debería castigar a quien afirma falsedades sino a quien se expresa con mentiras (nos remitimos a lo dicho en los capítulos anteriores), el delito es doloso y, en consecuencia, su comisión requiere conocimiento y voluntad (aunque esto último podría variar de acuerdo a la teoría del dolo asumida, claro está), por lo cual quien cree expresar verdades sin hacerlo no comete el delito.

Finalmente debemos decir que (casi de soslayo) el artículo establece una reseña gravitante, no solo para la toma de declaración testimonial, sino para el entendimiento de la

función teleológica del proceso al referir que la declaración se llevará a cabo cuando sea útil “*para descubrir la verdad*”, poniendo en evidencia de forma explícita que el proceso pretende ir en búsqueda de la verdad o, si se quiere, de la realidad de los hechos acontecidos.

ARTICULO 233.- Capacidad de atestiguar. Valoración.- Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de las facultades del Juez para valorar el testimonio de acuerdo con las disposiciones de este Código.

El texto legal puede ser dividido en dos partes: aquella que regula la regla general con relación a la capacidad de atestiguar y la que establece cómo debe ser la valoración del testimonio por parte del juzgador.

Con relación al primer punto, se establece como principio general que “toda persona será capaz de atestiguar”, salvo las excepciones preestablecidos en los restantes artículos del cuerpo legal (por ejemplo, art. 234 CPP o las incompatibilidades propias de ser el fiscal, defensor o juez de la causa³⁹³); por otro lado, hay que tener presente que, tratándose de menores de edad, deben ser respetadas las disposiciones de los arts. 102 bis y 102 ter, por lo que la toma de declaración estará supeditada a las consideraciones realizadas por el especialista en lo que hacen al resguardo de su integridad psíquica. Vale aclarar que ni la víctima ni el denunciante mantienen incompatibilidades, gozando su testimonio de plena validez (todo ello sin perjuicio de la posterior valoración a cargo del juzgador).

Ya en lo que hace a la valoración de la prueba testimonial, el artículo se refiere a las restantes disposiciones del Código, por lo que será aplicable lo normado por los arts. 210 y 373 CPP que consagran la “convicción sincera con desarrollo por escrito de las razones que llevan a aquella convicción”, comúnmente conocido como “sana crítica racional”; salvo en el supuesto de juicios por jurados donde rige la “íntima convicción”. Anteriormente ya

- ³⁹³ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 470.

hemos expuesto nuestras consideraciones sobre estos sistemas de valoración probatoria, además de haber enfatizado la necesaria motivación de todo juicio apreciativo del testimonio, manifestando nuestra rotunda oposición a la consagración del sistema de “íntima convicción”.³⁹⁴

ARTICULO 233 bis: *Declaración bajo reserva de identidad: Toda persona que desee aportar información o datos útiles para el esclarecimiento de un ilícito, podrá requerir al Fiscal declarar bajo estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados hicieren presumir un peligro cierto para su vida o integridad física. Recibido el pedido, el Sr. Agente Fiscal deberá solicitar al Juez de Garantías, de modo fundado y teniendo presente el principio restrictivo de este instituto legal, que se le reciba declaración testimonial bajo reserva de identidad. El Juez de Garantías resolverá conforme lo establecido en el artículo 106, respecto de la pertinencia o no de la solicitud y en su caso será éste quien le reciba la declaración al testigo bajo reserva de identidad, previo disponer su incorporación al programa de protección al testigo que estime corresponder. Queda terminantemente prohibido a las fuerzas de seguridad recibir declaración testimonial a persona alguna en los términos de este artículo. La declaración recibida bajo reserva de identidad en la Investigación Penal Preparatoria, no podrá ser utilizada como único medio de prueba para fundar la condena del imputado. En ningún caso podrá ser por sí sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal.*

La norma pretende tutelar a aquellos individuos que, encontrándose en condiciones de aportar información útil para la causa, se encuentren en una situación de peligro para su vida o integridad física en caso de conocerse su identidad.

³⁹⁴Para un mayor desarrollo de este punto, sin perjuicio de lo dicho en los capítulos anteriores, véase IRISARRI, Santiago M., “La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios” en “Anuario: Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este Año 2019”.

El presupuesto fáctico que valida la aplicación del artículo está dado por la existencia de indicios que pudieran hacer *presumir* el peligro; claro está que al estar refiriéndonos a un evento futuro se complica su comprobación, pues lo que se pretende corroborar es una “situación de peligro” y no la existencia de un hecho ya ocurrido. Por otro lado, es importante poner en evidencia que el fundamento de la norma solo se refiere a una situación de peligro que pudiera *afectar a quien deba declarar*, no abarcando a su familia, amigos o terceras personas, lo cual creemos que debería ser modificado.

Ahora bien, teniendo presente que la reserva de identidad indiscutiblemente violenta los derechos del imputado, pues difícilmente se pueda contrarrestar una declaración sin conocer al declarante, tenemos que ser muy precavidos a la hora de aplicar el artículo, pero también a la hora de valorar la testimonial. La sola imposibilidad para ejercer el contradictorio debidamente pone a la declaración en un escalón inferior con relación a las restantes declaraciones que han transitado en resguardo de este principio procesal.³⁹⁵

Más allá que la aplicación del artículo obedece a un pedido del propio testigo, será el Fiscal el que materialice esta petición ante el Juez interviniente, quien, merituando las particularidades del asunto, deberá aceptar o no la solicitud. En caso de resolver en favor de la reserva de identidad, el artículo refiere que será el Juez quien “le reciba la declaración al testigo”, lo cual (sin lugar a duda) colisiona con el sistema acusatorio de enjuiciamiento propiciado por nuestro Código, pues, por más que a nuestro modo de ver no creemos desaconsejable que el juzgador realice preguntas (en tanto justamente el proceso tiende a averiguar la verdad), lo cierto es que el legislador ha sido bien claro al establecer que el magistrado solo se encuentra capacitado para realizar preguntas aclaratorias.³⁹⁶

Con relación a la citación compulsiva del testigo, debemos decir que, si bien en su momento el texto legal prohibía este comportamiento, la ley 14.257 derogó el párrafo pertinente, por lo que en la actualidad la reserva de identidad del testigo no es un óbice para llevarlo ante el Tribunal mediante la fuerza pública.

³⁹⁵ Bertolino, asumiendo un postulado más riguroso, quita directamente valor probatorio a este tipo de pruebas (BERTOLINO, Pedro J. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial”, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires, p. 427).

³⁹⁶Vale aclarar que la parte del texto legal antedicha fue observada por el decreto de promulgación 832/14.

Finalmente debemos manifestar que el artículo prohíbe expresamente condenar al imputado utilizando como único medio de prueba la declaración recibida bajo reserva de identidad durante la investigación. Lo que no aclara el artículo es cómo debe valorarse dicha prueba cuando la misma haya sido incorporada al acta de debate³⁹⁷ y existan otros elementos de prueba; en este caso, consideramos que el juzgador deberá analizar detenidamente la declaración realizada bajo reserva de identidad, no pudiendo bajo ningún punto de vista mantener el mismo valor probatorio que las restantes declaraciones.

ARTICULO 233 ter: Alcances y garantías del testigo bajo reserva de identidad. Habiéndose dispuesto la reserva de identidad, el Juez de Garantías confeccionará actuaciones complementarias en las que obren los datos personales del testigo los que quedarán bajo su guarda y custodia hasta la elevación a juicio. En el expediente constará una certificación del actuario en la que luzcan las actuaciones complementarias con los dichos del testigo, mas no la identidad del mismo. En el acto de la declaración deberá estar presente el Sr. Agente Fiscal y la Defensa técnica del imputado, de forma tal que no se vulnera el secreto de identidad en cuanto a sus datos y condiciones físicas del testigo, como asimismo se deberá garantizar el derecho a interrogar al testigo por todas las partes del proceso. Se lo exime al testigo de responder todo interrogatorio que directa o indirectamente revele su identidad, el que antes de ser contestado se le informará al Juez de Garantías para que resuelva si ha de comprenderle al testigo la exención estipulada en el presente, en este caso el Juez puede obrar de oficio sin que sea necesaria la intervención del testigo y/o su defensa. La reserva de identidad del testigo cesará en el debate oral, siempre y cuando conste el efectivo cumplimiento respecto del deponente del programa de protección al testigo al que se haya acogido a nivel provincial o nacional. Si la Investigación Penal Preparatoria se cierra por sobreseimiento, las actuaciones complementarias se archivarán en forma separada del expediente principal con su debida correlación."

³⁹⁷ Por ejemplo, con acuerdo de partes.

La norma es clara el establecer que es el juez de garantías (aunque consideramos que es aplicable a los magistrados de cualquier organismo jurisdiccional, por ejemplo, un tribunal o juzgado correccional) quien deberá confeccionar actuaciones complementarias donde consten los datos personales del testigo que ha sido autorizado a deponer con reserva de identidad; además, y esto quizás es lo más trascendente, se establece que tales actuaciones quedaran bajo la guarda del magistrado.

El decreto 832/14 observó parte del segundo párrafo, el tercero y el cuarto, por considerar que los mismos contradecían el espíritu de la norma que tiende a la protección del testigo y al resguardo de sus datos; pero, como bien señala Schiavo, más allá que el veto del Poder ejecutivo alcance el cuarto párrafo que dispone el cese de la reserva de identidad en el debate, lo cierto es que tal disposición sigue vigente, en tanto no sería susceptible de ser incorporada su declaración por lectura (conf. art. 366 CPP) y, sin existir acuerdo de partes, también sería imposible en el caso del juicio por jurados (art. 342 bis CPP). Si hablamos de jueces profesionales, no podría incorporarse por lectura por haberse la defensa visto imposibilitada de controvertir la declaración; en cambio, tratándose de jurados se requiere expresamente (art. 342 bis CPP) la confrontación y producción de prueba durante el debate y ante el jurado.³⁹⁸ Todo ello salvo que ambas partes presenten su conformidad.

ARTICULO 234.- Prohibición de declarar.- No podrán testificar en contra del imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado.

La prohibición legal de declarar contra el imputado es un claro ejemplo de una regla o disposición normativa *contra-epistémica* (por contraponerse con la búsqueda de la

³⁹⁸ SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 904.

verdad) cuyo fundamento está dado por la supremacía de la vinculación parental o familiar por sobre el deber de declarar (conf. art. 14 bis CN)³⁹⁹. Debe notarse que de no existir esta prohibición, el testigo se encontraría ante un dilema de difícil solución: o declara contra quien mantiene un vínculo familiar (rompiendo la buena relación, claro está) o incumple la manda legal y comete un delito (por negarse a declarar o por declarar mentiras que beneficien al imputado).

Es importante tener presente que la prohibición no es meramente de *declarar*, sino de hacerlo *contra* el imputado; es decir, en aquellos supuestos en que el testimonio *beneficie* o *pretenda beneficiarlo*, la prohibición no será aplicable. Además, debe tenerse en cuenta que no toda relación o vínculo familiar (o afectuoso) se encuentra abarcado por la norma, sino solo aquellos que evidencian una relación entre cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (reflejando que no están incluidos los concubinos, meros convivientes, amigos, padres o hijos adoptivos, entre otros).

Aún existiendo el vínculo familiar se permitirá la declaración en aquellos supuestos en que el delito endilgado se haya realizado en perjuicio del propio testigo o de un pariente de él de grado igual o más próximo que el mantenga con el imputado; denotando que la prohibición legal es relativa.

**ARTICULO 235.- Facultad de Abstención. Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado, si el órgano competente lo admitiere, sus parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad, sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante, particular damnificado o actor civil, o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado.*

- ³⁹⁹ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 475; de forma un poco más elocuente, y citando a Jofre, dice Bertolino que “esta prohibición tiene por fundamento las leyes de la naturaleza, los vínculos de sangre, del cariño y del amor”, (BERTOLINO, Pedro J. “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial”, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires, p. 512)

Antes de iniciarse la declaración y bajo sanción de nulidad, se advertirá a dichas personas que gozan de esa facultad, de lo que se dejará constancia.

A diferencia del artículo anterior que establecía directamente una prohibición de declarar, aquí se consagra una *facultad de abstención*, reflejando que el propio testigo será quien, tras analizar la situación, determine si prestará o no declaración.

Más allá de la interpretación referida, creemos que el texto de la norma es confuso pues se titula “Facultad de Abstención” (dando a entender que es una facultad del testigo), pero en su texto refiere “si el órgano competente lo admitiere” (como si la facultad en realidad no es del declarante sino del funcionario) y concluye diciendo (ya no en carácter facultativo, sino como algo que debería ocurrir ante la existencia de estos lazos familiares) que “antes de iniciarse la declaración y bajo sanción de nulidad, se advertirá a dichas persona que *gozan de esa facultad*”. En este punto compartimos las palabras de Carlos A. Irisarri al esgrimir que la redacción es “poco feliz”, pues va de suyo que, si tal facultad del declarante “está condicionada a la admisión del órgano competente, ella no existe como tal, resultando entonces que dicha “facultad” queda convertida en una facultad del fiscal o del juez para tomar declaración en esos supuestos. También pierde sentido la advertencia previa “bajo sanción de nulidad”.⁴⁰⁰ El texto legal es una palmaria muestra de una pésima técnica legislativa.

ARTICULO 236.- Deber de Abstención.- Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido;

los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar;

⁴⁰⁰ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 476.

los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado.

Si el testigo invocare erróneamente el deber de abstención, con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá, sin más, a interrogarlo.

El secreto profesional es el deber que tienen los miembros de determinadas profesiones de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en virtud al ejercicio de ellas.⁴⁰¹

Se establece la obligación de abstenerse a declarar con relación a “hechos secretos” que han llegado a conocimiento del testigo en virtud a su estado, oficio o profesión, siempre que se trate de abogados, procuradores, escribanos, médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar, militares y funcionarios sobre secretos de estado; todo ello bajo sanción de nulidad. De esta manera se pretende proteger los secretos que han sido confiados por una necesidad concreta de expresarlos (por ejemplo, quien acude a un abogado para que lo defienda debiendo narrarle el delito cometido).

Entendemos que la redacción de forma enumerativa (es decir, mencionando una por una las profesiones incluidas) no es la más adecuada, pues es evidente que difícilmente logre alcanzar todos las profesiones que deberían gozar (o que gozan, si lo analizamos desde la óptica del Derecho Penal) de este deber de abstención. Por ejemplo, y como bien apunta Schiavo, nada se dice de los periodistas (quienes, amparados por los arts. 13, incs. 1 y 3 de la CADH, 43, párr. 3 de la CN y 20 inc. 3 de la CBA, tienen derecho a no revelar sus fuentes de información) o de los psicólogos (quienes deben guardar silencio según art. 8 inc. 4 de la ley 23.277)⁴⁰²

⁴⁰¹ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.1, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005I, p. 477.

⁴⁰²SCHIAVO, Nicolas, “Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 908.

El texto legal debe ser interpretado en concordancia con el art. 156 del Código penal que tipifica el delito de “violación del secreto profesional” al castigar a quien “*teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa*”. Esta “justa causa” estará dada por la intención manifiesta del interesado en liberar al conocedor del secreto, permitiéndole en tal caso declarar cuanto sabe del hecho.⁴⁰³

ARTICULO 237.- *Citación.- Para el examen de testigos, se libraré orden de citación con arreglo al artículo 133, excepto los casos previstos en los artículos 241 y 242.*

Sin embargo, en caso de urgencia, podrán ser citados por cualquier medio, inclusive verbal, dejándose constancia. El testigo podrá también presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.

El artículo no presenta mayor complicaciones, en tanto establece de forma clara que los testigos podrán ser citados por medio de la policía mediante carta certificada con aviso de retorno o telegrama colacionado, bajo apercibimiento de disponer su comparecencia por medio de la fuerza pública. Lo importante es determinar que el testigo realmente haya sido anoticiado, es decir, que el sujeto haya tomado efectivo conocimiento que debe presentarse ante las autoridades a fin de prestar declaración. La citación será válida incluso realizándose de forma telefónica o verbal; más aún, en la práctica es habitual que los testigos ofrecidos por alguna de las partes, sean llevados por estas ante los estrados judiciales para prestar declaración. Ahora bien, sin intención de repetir lo dicho oportunamente en los distintos capítulos del presente trabajo, no creemos conveniente que

⁴⁰³ Explica Buompadre que “*la doctrina ha señalado como justa causa de revelación, entre otras, el consentimiento del interesado. El permiso otorgado por el titular para que el secreto sea revelado resta ilicitud al hecho. La concurrencia de un consentimiento válidamente prestado, anterior o al menos contemporáneamente a la revelación, hace cesar la obligación de guardar silencio. Con respecto a la obligación de atestiguar en juicio, dice Soler -en nuestra opinión, acertadamente- que el efecto del consentimiento es el de hacer desaparecer el derecho a callar*” (BUOMPADRE, Jorge E, “Derecho penal. Parte especial”, T. 1, MAVÉ, Corrientes, 2000, p. 626).

el testigo tome contacto con las partes ni con los abogados previo a su declaración, pues estaríamos dando lugar a las denominadas “recuperaciones múltiples” que podrían generar falsos recuerdos o alteraciones en la memoria, todo ello repercutiendo notoriamente en la búsqueda de la verdad.

De más está decir que si el testigo se presenta de forma espontánea sin citación previa, su declaración es totalmente válida.

ARTICULO 238.- Declaración por exhorto o mandamiento.- Cuando el testigo resida en un lugar distante de la Fiscalía o sea difícil el traslado, se comisionará la declaración de aquél, por exhorto u oficio, al órgano competente de su residencia, salvo que se considere necesario hacerlo comparecer en razón de la gravedad del hecho investigado y la importancia del testimonio. En este caso se fijará prudencialmente la indemnización que corresponda al citado. Las partes podrán, no obstante, solicitar la comparecencia del testigo a la Fiscalía, sobre lo que decidirá el Fiscal actuante sin más trámite.

El texto legal indiscutiblemente se refiere a la declaración testimonial producida durante la investigación, no siendo aplicable cuando el testimonio deba darse en el marco del debate o juicio oral. Concretamente la norma dispone que, en aquellos casos en que el testigo resida en un lugar diferente a la fiscalía, el fiscal podrá encomendar su declaración al órgano del lugar de su residencia (esto mediante exhorto u oficio). En aquellos casos en que alguna de las partes consideren gravitante la presencia del testigo, será el fiscal quien decida; consideramos que, a fin de no violentar el derecho de defensa y el contradictorio, cuando sea la defensa quien realice esta petición, el Fiscal debería concederlo, más aún tratándose de una declaración sustancial para la resolución del caso.

ARTICULO 239.- Compulsión. Arresto.- Si el testigo no se presentare a la primera citación, se procederá conforme al artículo 133, sin perjuicio de su enjuiciamiento cuando corresponda.

Si después de comparecer el testigo se negare a declarar, el Juez de Garantías, a petición del Fiscal, dispondrá su arresto hasta por dos (2) días, al término de los cuales, cuando persista en la negativa, se iniciará contra él la causa que corresponda.

Podrá ordenarse el arresto inmediato de un testigo cuando carezca de domicilio o haya temor fundado que se oculte, fugue o ausente.

Esta medida durará el tiempo indispensable para recibir la declaración, la que nunca excederá de veinticuatro (24) horas.

El primer párrafo no presenta mayores dificultades. En cambio, los restantes difícilmente puedan ser convalidados. Algunos autores⁴⁰⁴ han calificado al texto legal de “poco feliz”; otros⁴⁰⁵ directamente han dicho que lisa y llanamente es ilegal y contraria al art. 18 de la Constitución Nacional. Por nuestra parte, coincidimos con ambos criterios de pensamiento, además de sostener que la normativa se contrapone flagrantemente con la disposición del artículo 151 del propio código procesal, pues permite privar de libertad a una persona a sabiendas de que el eventual delito que pudiera estar cometiendo ni siquiera es detenible. Es decir, el Código penal establece en su art. 243 que “*será reprimido con prisión de quince días a un mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete, se abstuviere de comparecer o de prestar declaración o exposición respectiva*” (nótese la pena: quince días a un mes de prisión), mientras que el art. 151 del CPP dispone que “*No procederá la detención cuando al hecho imputado le corresponda una pena que no supere, en su término medio, entre el mínimo y máximo previstos, los tres (3) años de privación de la libertad*”, finalmente, el artículo que aquí comentamos faculta al

⁴⁰⁴ Levene (h.), Códigos procesales, t. 4, p. 194

⁴⁰⁵ SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T.1, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 239.

funcionario a privar de libertad a quien se niegue a declarar. La contradicción es manifiesta.

ARTICULO 240.- *Formas de declaración.- Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido de las penas de falso testimonio o de otro conexo.*

Se interrogará separadamente a cada testigo, requiriendo su nombre, apellido, estado, edad, profesión, domicilio, vínculo de parentesco y de interés con las partes, y de cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad.

Después se le interrogará sobre el hecho de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 101. Para cada declaración se labrará acta.

Nos remitimos al comentario de los arts. 100 y 101 CPP.

ARTICULO 241.- *Tratamiento especial.- Todo habitante de la Provincia, está obligado a declarar como testigo.*

Cuando por su rango y relevancia la persona que deba declarar ejerza funciones que pudieren resultar entorpecidas como consecuencia del desplazamiento para declarar como testigo, ésta así lo manifestará ante la autoridad que requiere su declaración.

Si se entendiere que el motivo esgrimido para no comparecer ante el órgano que requiere el testimonio es atendible y según la relevancia que el Agente Fiscal o las partes atribuyan a su testimonio y el lugar en que se encuentre el testigo, el mismo podrá declarar en la sede o lugar donde ejerza sus funciones.

En tal supuesto el Fiscal podrá arbitrar un medio seguro de registración para la debida introducción al debate del referido testimonio y su valoración por el Tribunal de Juicio o Juez Correccional, sin perjuicio de lo que pueda disponer el Juez o Tribunal de Juicio.

El informe o declaración por escrito no será admitido y la audiencia deberá notificarse a las partes y demás interesados intervinientes para que puedan ejercer el derecho de repregunta.

En caso de conflicto entre el motivo invocado para no comparecer a declarar y la pretensión de quién requiere la declaración, el mismo será resuelto por el Juez de Garantías.

El primer párrafo, en concordancia con el art. 232 CPP, establece la regla general al referir que todo habitante de la Provincia está obligado a declarar como testigo (dando a entender que deben hacerlo ante la autoridad respectiva, sea la policía, el fiscal o el magistrado). Sin perjuicio de ello y en casos excepcionales, se podrá autorizar a que determinadas personas por su rango y relevancia declaren en la sede o lugar donde desarrollen sus funciones, cuando el desplazamiento de tal lugar podría entorpecer sus labores. En estos casos será el Fiscal quien deba trasladarse, sin que esto sea un impedimento para que la defensa participe del acto.

ARTICULO 242.- *Examen en el domicilio.- Las personas que no puedan concurrir a la sede de la Fiscalía por estar físicamente impedidas, serán examinadas por el Fiscal en su domicilio, lugar de alojamiento o internación.*

El artículo faculta, en casos excepcionales y solo ante la corroboración de alguna imposibilidad física que impida al testigo asistir normalmente al lugar donde haya sido citado (o donde deba declarar), se autoriza al Fiscal a dirigirse al domicilio, lugar de alojamiento o internación a fin de tomarle declaración. Más allá que el Código no lo explicita, es innegable que la defensa está facultada para participar del acto.

ARTICULO 263: *El Agente Fiscal podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hubieren discrepado o cuando lo estime de utilidad. El imputado o su defensor podrá también solicitarlo, pero aquél no podrá ser obligado a carearse.*

Queda expresamente prohibida la realización de careos de niñas, niños y adolescentes con el o los imputados."

La norma establece la potestad del Fiscal de ordenar el careo en caso de existir discrepancia o, sin constatarse la misma, cuando sea de utilidad. Cafferata Nores explica que el careo es la “confrontación inmediata (cara a cara) entre personas que han prestado declaraciones contradictorias sobre un hecho relevante para el proceso, tendiente a descubrir cuál es la que mejor refleja la verdad”.⁴⁰⁶

Desde el plano epistémico y teniendo presente las distintas investigaciones experimentales a las cuales ya hemos hecho mención a lo largo de este trabajo, el careo es una de los peores procesos que pueden llevarse a cabo, en tanto difícilmente nos permita obtener un mayor acercamiento a la verdad, pudiendo, en muchas ocasiones, alejarnos rotundamente de ella. Si asumimos que cada recuperación realizada por el testigo (las cuales hemos denominado “recuperaciones múltiples”) altera el recuerdo, ni que hablar cuando la misma es realizada y confrontada con los dichos de otro testigos que, para colmo, recuerda al hecho de forma diversa (corriendo el riesgo, incluso, de que el testigo que previamente se ha manifestado de forma contraria no haya declarado sinceramente). Entonces, ¿qué pretendemos obtener con el careo? ¿acaso generar una especie de contienda o disputa entre testigos honestos o, peor aún, entre un testigo honesto y otro mentiroso? ¿teatralizar el proceso dotando de veracidad al relato expresado más efusivamente en la discusión? El careo, como tal, no puede ser aceptado.

Solo basta recordar la existencia de los numerosos factores que pueden afectar la percepción de un evento (o la interpretación, memorización o recuperación) para advertir que un careo entre testigos sinceros no tiene el más mínimo sentido (mucho menos si uno es mentiroso).

Pero incluso, el careo tiene menos sentido aún si es realizado entre un testigo y el imputado, pues no es necesario ser adivino o tener larga trayectoria en el fuero para advertir (o aunque sea imaginar) que ante esta situación la recomendación del defensor seguramente sea “mantén tu versión hasta las últimas consecuencias y hazlo con confianza

⁴⁰⁶ CAFFERATA NORES, José “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, 1986, p. 161.

y sin vacilar” o “muéstrate firme en tus dichos”. Nuevamente nos preguntas ¿qué sentido tiene esto? Honestamente creemos que ninguno.

ARTICULO 264.- Juramento. Los testigos cuando sean careados, prestarán juramento antes del acto.

El artículo es claro al establecer, al igual que ocurre con toda prueba testimonial, que los careados deberán prestar declaración, por lo cual nos remitimos a los comentarios realizados con relación al art. 100 CPP (la única diferencia que encontramos es que aquí no se hace mención a la promesa de decir verdad).

ARTICULO 360.- Formas de interrogatorio y recepción de la prueba.- Los testigos, peritos o interpretes prestarán juramento de decir verdad ante el Tribunal, bajo sanción de nulidad.

Serán interrogados primeramente por la parte que los propuso.

Seguidamente quedarán sujetos a las repreguntas de las otras partes intervinientes. Si del curso de la repregunta surgiere la necesidad de volver a preguntar por la parte que hubiere ofrecido el testimonio, la misma lo podrá hacer con la autorización del Presidente del Tribunal, al igual que las otras partes a posteriori, guardándose siempre el orden respectivo.- Asimismo las partes en cada caso indicarán si han terminado con el testigo o si el mismo debe permanecer a disposición del Tribunal.

El Presidente resolverá lo que corresponda.

En el supuesto de que el testigo deba permanecer a disposición del Tribunal, podrá autorizarse al mismo a ausentarse de la sede donde se celebra el debate siempre y cuando se arbitren los medios para hacerlo comparecer cuando sea necesario. Los elementos de convicción que hayan sido secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y a los testigos a quienes se invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente.

El artículo se refiere a las formas del interrogatorio y recepción de prueba testimonial en el debate (no siendo aplicable a las declaraciones de la IPP). En lo que hace al juramento y a la forma de interrogar, nos remitimos a los comentarios realizados con relación a los arts. 100 y 101 del CPP, aunque debemos decir que las “formas” de interrogatorio no son más que simples sugerencias del legislador cuyo incumplimiento no acarrearía sanción alguna. Asumiendo la importancia de la narración libre y habiendo advertido que la forma en que son realizadas las preguntas pueden llegar a condicionar la respuesta o alterar la memoria, creemos que el código debería ser más estricto en este punto. Sin perjuicio de todo ello, y por los mismos argumentos expuestos a lo largo de este trabajo, nos vemos en la obligación de manifestar que carece completamente de sentido tomar una declaración habiendo transcurrido años y habiendo el testigo ya declarado previamente e, incluso, narrado los hechos en más de una oportunidad (a los funcionarios a cargo de la investigación, a sus familiares, a sus amigos, a otros testigos, etc.).

***ARTICULO 364.- Interrogatorios.-** El Tribunal, por intermedio de su Presidente, controlará los interrogatorios que formule el Ministerio Público Fiscal, las otras partes y los Defensores, rechazando las preguntas inadmisibles, capciosas o impertinentes.*

Excepcionalmente, si al término de cada exposición quedasen dudas sobre uno o más puntos, los miembros del Tribunal, podrán formular preguntas aclaratorias sobre los mismos a quienes comparezcan a declarar al juicio.

El artículo establece que será el Tribunal -por medio de su Presidente- quien controlará los interrogatorios y, concretamente, las preguntas realizadas por las partes; de allí que obligatoriamente debemos remitirnos al comentario realizado en orden al art. 101 CPP (donde hemos tratado las preguntas prohibidas).

Párrafo aparte merece la potestad del Tribunal para realizar preguntas “aclaratorias”, denotando *contrario sensu* que carece de facultades para realizar preguntas de otro tipo. En este punto, explica Carlos A. Irisarri que “de conformidad con la carencia de facultades autónomas de investigación por parte del tribunal de juicio, en concordancia con la adopción del sistema acusatorio pleno, el Código les adjudica a las preguntas de dicho tribunal un carácter excepcional y aclaratorio”.⁴⁰⁷

Parecería ser que el fundamento del codificador al prohibir a los magistrados la realización de otro tipo de preguntas (cualquier otra “no aclaratoria”) estaría dado por la mantención de su imparcialidad, asumiendo que si se lo autoriza a realizar preguntas estaría generando prueba y en consecuencia favorecería a alguna de las partes, perdiendo su neutralidad. Pese a ello, y pese a que esa es la interpretación mayoritaria al día de hoy, creemos que existe un error de concepto o de base con relación a las facultades que debería tener el juzgador. No estamos para nada de acuerdo con que se prohíba preguntar a quien tenga que decidir, pues justamente lo que queremos es llegar a la verdad (o acercarnos lo más posible a ella).

En un sistema donde prime la racionalidad, ¿cómo es posible que se le prohíba preguntar justamente a quien deba decidir sobre la inocencia o culpabilidad?

Posiblemente las Universidades, los profesores de derecho y los manuales (me incluyo, claro está) hemos generado una idea falsa sobre qué debemos permitir y qué no en el marco del proceso. Suele decirse que el juez no debe buscar la verdad objetiva, pues al proceso ello no le importa, como también suele decirse que si permitimos al juez preguntar estaremos más próximo a un proceso inquisitivo que a uno acusatorio. Pues bien, la dicotomía entre proceso inquisitivo y proceso acusatorio, entre verdad formal y verdad material, entre un juez imparcial y uno parcial (temas que ya hemos abordado debidamente en los capítulos que anteceden), ha generado -a nuestro modo de ver- erróneas consideraciones que, lamentablemente, han sido arrastradas con el correr del

⁴⁰⁷ IRISARRI, Carlos A. “Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado”, T.2, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005, p. 176.

tiempo llegando a nuestros días.⁴⁰⁸ Si asumimos que el proceso debe buscar la verdad, ¿cómo es posible que no le permitamos al juzgador realizar preguntas? ¿Qué tanto daño se podrá generar si el magistrado pregunta de una u otra forma? ¿Acaso no queremos justamente castigar a quien ha cometido un delito y dejar en libertad a quien no lo ha hecho? Para aquellos que consideren que la pregunta del juzgador solamente perjudicará al imputado, déjenme decirles que esto no es así (por lo menos hablando de un juez que cumpla con sus labores debida y honestamente); una correcta pregunta del juzgador puede suplir la deficiente tarea de algún defensor inexperto, distraído o irresponsable. Incluso, es necesario decir que permitir preguntar al magistrado no es un óbice para que el imputado o la víctima (dependiendo el caso) realicen otras preguntas que puedan contrarrestar, aclarar o replicar la eventual prueba generada por el juzgador.⁴⁰⁹ No olvidemos lo siguiente: el proceso al fin de cuentas pretende hacer *justicia*, castigando a quien deba castigar y absolviendo a quien deba absolver.

Por si no ha quedado claro, las consideraciones precedentes son “*de lege ferenda*”, no correspondiéndose con el actual texto legal que de forma clara e indiscutible prohíbe al juzgador realizar cualquier tipo de pregunta no aclaratoria.

ARTICULO 365.- Oralidad.- *El debate será oral: de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él.*

Las resoluciones fundadas del Juez o Tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate.

⁴⁰⁸ Véase IRISARRI, Santiago, “*Prueba, verdad y principio de legalidad*”, publicado en LA LEY (Revista de Derecho Penal y Criminología), AÑO X, Número 2, Marzo 2020).

⁴⁰⁹ Más allá que este tema merece ser tratado con mayor detenimiento, creemos que una clara, sencilla y correcta explicación puede encontrarse en TARUFFO, Michele, “*Poderes probatorios de las partes y del Juez en Europa*”, ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Investigadores sobre proceso civil, llevada a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema “*Le prove nel processo civile*” (Publicación originalmente en *Riv. Tri. Dir. Proc. Civ.*, 2, vol. LX, 2006).

Quienes no pudieran hablar o no lo pudieran hacer en el idioma nacional, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyéndose o relatándose las preguntas o contestaciones en la audiencia.

El imputado sordo o que no pudiese entender el idioma nacional será dotado de un intérprete para que se trasmita el contenido de los actos del debate.

Nos remitimos a los comentarios de los arts. 101 y 102 CPP.

ARTÍCULO 366: - *"Lectura . Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado.*

Como excepción se podrán incorporar por su lectura, exhibición o reproducción de audio o audiovisual:

La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan.

La declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente.

Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate.

La denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada.

Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 241 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante, cuando sea posible.

Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la aquiescencia del Juez o Tribunal."

El artículo es gravitante: por un lado establece la regla general conforme la cual las actuaciones de la investigación (declaraciones testimoniales inclusive) no pueden ser utilizadas para fundar la condena del imputado; por otro, establece las excepciones a esta regla, poniendo en evidencia los casos ante los cuales dichas actuaciones pueden ser incorporadas "por su lectura" al debate, permitiendo al magistrado utilizarlas para motivar la condena.

En virtud a su importancia, creemos conveniente dividir su estudio en dos etapas: primero interpretando el texto legal y luego haciendo consideraciones de *lege ferenda*.

A continuación, el comentario a la actual redacción:

La potestad para incorporar por su sola lectura pruebas al debate, incluso aquellas que no han sido oportunamente controladas por la defensa (por ejemplo, la declaración de un testigo sin presencia del abogado defensor), implica una flagrante violación a los principios de oralidad, inmediación y, eventualmente, al derecho de defensa en juicio y debido proceso (arts. 18 y 33 CN).⁴¹⁰

- ⁴¹⁰ Además de realizar un detallado, riguroso y completo estudio de los diferentes decisorios sobre el tema (tanto del TEDH, CSJN, Cam. Nac. de Casación Penal, Tribunal de Casación Penal de la Prov. de BA, SCJBA y Corte Suprema de Justicia de EEUU), señala Schiavo que "la afectación al principio de defensa en juicio se manifiesta en la desigualdad de armas con que se deben enfrentar una y otra parte que concurren al debate. En tanto la IPP está a cargo del Ministerio Público Fiscal (art. 267, CPPBA), la defensa carece de las mismas potestades para producir prueba que sea incorporada por lectura sin posibilidad de control alguno por parte del Ministerio Público Fiscal, toda vez que la única prueba que se puede incorporar por

El artículo establece seis supuestos en los cuales se permitiría la incorporación por lectura, estando los cinco primeros supuestos bien definidos y siendo el último un caso genérico y amplio a partir del acuerdo entre partes (todos los casos requieren la autorización del tribunal).

Vale aclarar que cuando el artículo dice incorporar “por su lectura” no significa que se dará lectura a la prueba (por ejemplo, tratándose de una declaración, no se la leerá), sino que debe ser entendido de forma metafórica como si dijese “incorporación al debate para ser utilizados por el tribunal al dar su veredicto”.

Por otro lado, creemos que la costumbre ha ido distorsionando la interpretación que se realiza del texto legal, pues es habitual que, bajo la disposición del sexto párrafo (viejo inciso 4) se incorpore por lectura la declaración testimonial de los declarantes cuando se adviertan contradicciones, incongruencias u omisiones con relación a su declaración prestada durante la investigación. Lo antedicho es una práctica habitual y validada por la amplia mayoría de los tribunales provinciales, pasando por alto que el inciso solo permite incorporar la “denuncia, la prueba documental o de informes y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos”, pero nada dice con relación a la prueba testimonial. En consecuencia, tal incorporación no se encontraría validada por nuestro actual texto legal, lo cual es concordante con el pensamiento del legislador al propiciar el juzgamiento oral.

Ahora bien, más allá de nuestro particular parecer con relación al artículo, creemos necesario realizar las siguientes manifestaciones de *lege ferenda*, todas ellas realizadas en virtud a lo dicho en los capítulos que anteceden:

lectura es la producida en la 'investigación penal preparatoria'. Esta situación impide que ambas partes tengan la misma disponibilidad en la producción y control de las pruebas, advirtiéndose una desigualdad en perjuicio del imputado" (SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T.2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 355); en similar sentido, JAUCHEN, Eduardo M. *"El juicio oral en el proceso penal"*, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 205.

Primeramente, resulta inaceptable que los testigos deban declarar luego de meses (con suerte) o años tras la ocurrencia del supuesto hecho que se pretende juzgar, en tanto a dicha altura la memoria difícilmente logre reflejar aquello que el sujeto realmente ha logrado percibir (todo ello sin perjuicio de la confianza con la cual se manifieste el testigo, pues ya hemos dicho que esta no implica exactitud).

En segundo término no creemos recomendable hacerle saber al testigo lo dicho con anterioridad, pues el mismo podría verse influenciado por sus propias declaraciones (las cuales incluso pueden no haber sido propias, en tanto nada obsta a que el funcionario que labró el acta haya incorporado sus propias interpretaciones de los dichos del testigo o, directamente, haya incorporado información no expresada por el declarante). De más está decir que la solemnidad de leer en voz alta el acta previo a la firma, no siempre se lleva a cabo.

Pero además, tampoco es conveniente la lectura de la declaración previa, pues, de allí en más, el testigo ya no manifestará lo que *recuerda*, sino lo que se le ha leído. Es habitual que en los debates concurren personas (suele ocurrir con peritos) que sin recordar los pormenores de un caso al leerles el acta pasan a *recordar* todo (en realidad, y esto es lo llamativo, pasan a *recordar* solo aquello que se les ha leído). Por ello, no encontramos sentido para que el testigo sepa qué dijo previamente, pues lo que se pretende en el debate es que el testigo manifieste lo que *recuerde* del hecho y no lo que *declaró* en su momento.⁴¹¹

Salvo en aquellos casos en que el testigo haya leído previamente su declaración (pues nada obsta a que el abogado o el fiscal se la haya entregado), difícilmente logre recordar la totalidad de lo acontecido. Si tenemos presente que la amplia mayoría de los debates orales en la Provincia de Buenos Aires se realizan años después del supuesto hecho y además asumimos (como han demostrado diversas investigaciones científicas) que el paso del tiempo es un factor que coarta la memoria (perdiéndose información o alterándose), la declaración del testigo

⁴¹¹ Sí, en cambio, vemos conveniente que el juzgador tenga acceso a la declaración original del testigo, a fin de poder confrontarla con la nueva y advertir contradicciones (lo cual quitará valor al relato del testigo).

carece de sentido. Por tal motivo es que propiciamos un rotundo cambio de paradigma en lo que hace al sistema de juzgamiento.

Objetivos alcanzados:

Se abordó el objeto de estudio de forma particularizada, profundizando en todos sus aspectos trascendentes.

- Se estableció un marco conceptual e ideológico que nos permitió desarrollar la investigación de forma coherente.
- Estudiamos con debido detenimiento los postulados con que los juristas han abordado la prueba testimonial y su valoración.
- Se correlacionaron las concepciones de pensamiento jurídicas con las enseñanzas propiciadas por las diversas disciplinas, entre las cuales se destaca la psicología del testimonio.
- Se constató que los juristas carecen de una debida comprensión terminológica en lo que hace a la “sinceridad”, “mendacidad”, “veracidad” y “mendacidad”.
- Se analizaron críticamente los diversos métodos que históricamente han sido utilizados para determinar la mendacidad de las personas.
- Se profundizó notoriamente en el estudio de la inmediación y se establecieron sus funciones, determinando que la inmediación nada tiene que ver con la valoración de la prueba testimonial.
- Se determinó que gran parte de los postulados defendidos por los juristas carecen de fundamentos valederos, colisionando en algunos casos con las investigaciones empíricas existentes.
- Se constató que el articulado del código procesal de la Provincia de Buenos Aires no guarda concordancia con las investigaciones científicas, denotando que en gran parte de su articulado propicia de forma ostensible la consagración de disposiciones normativas contra epistémicas.

- Se analizó críticamente el rol de las Universidades en el estudio de la temática aquí abordada.
- Se realizaron sugerencias finales tendientes a modificar el actual proceso de juzgamiento penal.
- Se realizaron recomendaciones para la realización de una valoración racional de la prueba testimonial.

Resultado

Las labores desarrolladas han puesto en evidencia que las enseñanzas universitarias, los pensamientos esgrimidos por los distintos pensadores del derecho, la legislación vigente y la práctica sobre la cual se estructura el sistema de justicia, van a trasmano de los conocimientos científicos existentes en la actualidad, dejando en evidencia la necesidad imperiosa de cambios en los sistemas de juzgamiento, en la normativa vigente y en la enseñanza universitaria.

Los conocimientos adquiridos y las conclusiones de la presente investigación han permitido la producción de una serie de trabajos y participaciones en eventos académicos que a continuación se detallan.

Santiago M. Irisarri:

- Autor de "*Prueba, verdad y principio de legalidad*", publicado en LA LEY (Revista de Derecho Penal y Criminología), AÑO X, Número 2, Marzo 2020).
- Expositor en Conversatorio titulado "Valoración de la prueba testimonial", organizado por la Universidad del Este (16/7/20).
- Expositor en "IV Encuentro del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio" - "Inmediación judicial: concepto, mitos y ajustes en materia probatoria" (15/10/20).
- Expositor en "Congreso Internacional de Derecho Penal", organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México, (4/12/20).
- Expositor en "Congreso Internacional de Razonamiento Probatorio", organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México (17/2/21)

- Expositor en evento titulado “Principio de intermediación: análisis teórico-práctico” organizado por ABOCASIL, México (25/2/21).
- Expositor en evento titulado “Actualización en Derecho Penal y Procesal Penal” organizado por el Centro de Estudios Universitarios e Investigación, México (21/4/21)
- Expositor en evento titulado “Congreso Internacional de Razonamiento Probatorio”, organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México (27/4/21)

- Próximo a publicar libro “Valoración racional de la prueba testimonial”, Editorial Cathedra (fecha estimada de publicación: mediados de 2021), el cual se corresponde con los planteamientos teóricos desarrollados a partir de la página 12 de este informe (bajo el rótulo de “Desarrollo”).

Conclusiones finales

La prueba testimonial ha sido y será una prueba gravitante para los procesos de juzgamiento; pese a ello, las enseñanzas universitarias, los postulados de los pensadores del derecho, la normativa procesal vigente en la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia y la práctica procesal, han ido a contramano de los conocimientos científicos surgidos en estas últimas décadas a partir de las valiosas investigaciones experimentales desarrolladas en su gran mayoría por los psicólogos del testimonio.

En la actualidad se confía sobradamente en los dichos de los testigos, sin advertir que no necesariamente un testimonio sincero, por el solo hecho de serlo, será verdadero; la existencia de innumerables factores que pueden originar errores de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación hace que todo testimonio deba ser valorado con sumo cuidado. Sin perjuicio de ello, el estudio de la normativa vigente pone en evidencia la existencia de cuantiosas disposiciones normativas contra-epistémicas, las cuales no solo que no colaborarán con la búsqueda de la verdad, sino que son un claro óbice para el pacífico desarrollo de dicha búsqueda. Por ello, hemos concluido en que se hace imperiosa la necesidad de un cambio de modelo de juzgamiento, acompañado por una debida capacitación de los operadores jurídicos, quienes, al día de hoy, desconocen la fragilidad de los testimonios.

A modo de conclusión final, realizamos las siguientes sugerencias⁴¹²:

- 1) Las declaraciones testimoniales deben realizarse lo antes posible.
- 2) Toda declaración testimonial debe ser grabada en video.
- 3) No debe permitirse que el testigo declare -ni siquiera en debate- luego de haber transcurrido un período de tiempo demasiado prolongado con relación al suceso que pretende recordar.
- 4) No debe confrontarse al testigo con la información esgrimida por terceras personas.
- 5) El interrogatorio debe ser llevado a cabo inicialmente de forma libre.
- 6) Las preguntas que deban realizarse al testigo deben evitar cualquier tipo de inclusión de información no suministrada por el declarante.
- 7) El juzgador a la hora de valorar el testimonio no podrá basarse ni en la apariencia ni en la impronta ni en la confianza ni en la conducta desplegada por el testigo.
- 8) El juzgador no solamente debe evaluar la sinceridad o mendacidad del declarante, sino la veracidad o falsedad de sus dichos.
- 9) No se debe condenar a personas cuando la única prueba en su contra sea un solo testimonio.

Bibliografía

- AAMODT, Michael – CUSTER, Heather, “*Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception*”, en *The Forensic Examiner*, Spring, 2006.
- ACCATINO, Daniela “*Apuntes sobre el concepto de prueba en el Derecho*”
- ACUÑA, Carlos “*Fisiología de la luz*” en revista *Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias*, octubre/diciembre, 2003.

⁴¹² Muchas de las cuales ya han sido esgrimidas por De Paula Ramos en su obra “*La prueba testifical*”, Marcial Pons, Madrid, 2019.

- ADIP, Amado, *“Prueba de testigos y falso testimonio”*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- AFTALIÓN -VILANOVA, *Introducción al derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988
- ALCAÍNO ARELLANO, Eduardo. (2014). *“La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”*, *Política criminal*, 9 (18).
- ALCHOURRON Y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio *“Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”*, título original *“Limits of logic and legal reasoning”*, A. A. Martino (ed), *Preproceedings of the III International Conference on Logica Informática Diritto*, Vol II, Firenze, 1989.
- ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, *“El entrenamiento de los policías para detectar mentiras”* en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).
- ALONSO- QUECUTY, *“Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual”*, en *Papeles de psicólogo*, nro. 73, 1999.
- ALSINA, Hugo, *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, T. III, 1961, Buenos Aires, Ediar
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto *“Prueba y convicción judicial en el proceso penal”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”*, DOXA-12 1992
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto *“Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”* en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Casación. N° 4*; Buenos Aires: Ad Hoc.
- ANGELUCCI, Luisa, *“Escala de Sugestionabilidad Interrogativa de Gudjonsson: Confiabilidad, Análisis de Ítems y Estructura Factorial”* en *Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology* - 2005, Vol. 39, Num. 1.

- 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*, vol. 26, 2005.
- ATIENZA, Manuel “*Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- ATIENZA, Manuel, “*Curso de argumentación jurídica*”, Trotta, Madrid, 2013, p. 171
- AYARRAGARAY, Carlos A. “*Crítica del testimonio. Exposición y apostillas a la obra de Gorphe*”, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942.
- BALCARCE F. “*La prueba en el proceso penal. Principios generales*”, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996.
- BECCARIA, Cesare “*De los delitos y de las penas*”, EJEA, Buenos Aires, 1974.
- BELLI, R. – WINDSCHITL, P. – MCCARTHY, T.- WINFREY, S-, “*Detecting memory impairment with a modified test procedure: manipulating retention interval with centrally presented event items*” en *Journal of Experimental Psychology*, 18.
- BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- BERTOLINO, Pedro J. “*Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial*”, Abeledo Perrot, 2009, Buenos Aires.
- BOSSELLI, Gabriel O. “*El ADN en el proceso judicial*”, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2019.
- BUENO GARCÍA- LOPEZ TAPIA- MARTINEZ PALOMARES- MORENO ÁLVAREZ “*Neuropsicología del color. Psicología teórica*”, Granada, 2006.
- BUOMPADRE, Jorge E., “*Derecho penal. Parte especial*”, T. 1, MAVÉ, Corrientes, 2000.
- CAFFERATA NORES, José “*La prueba en el proceso penal*”, Depalma, 1986.
- CARNELUTTI, Francesco “*Lecciones sobre el proceso penal*”, Vol. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002

- CARNELUTTI, Francesco “*Las miserias del proceso penal*”, Temis, Bogotá-Colombia, 1989
- CARNELUTTI, Francesco “*Cuestiones sobre el proceso penal*”, EJEA, Buenos Aires, 1961.
- CARNELUTTI, Francesco “*Derecho y proceso*”, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco “*La prueba civil*”, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CARNELUTTI, “*Cómo nace el Derecho*”, Editorial Temis SA, Bogotá -Colombia-, 1989
- CARRARA, Francesco “*Programa de derecho criminal*”, Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972
- CHAIA Rubén A., “*Técnicas de litigación penal*”, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- CHANCE, J., GOLDSTEIN, A. G., & MCBRIDE, L. (1975). Differential experience and recognition memory for faces. *The Journal of Social Psychology*, 97(2)
- CHAUMET, Mario E. “*Argumentación*”, Astrea, Buenos Aires, 2017
- CHIOVENDA, Giuseppe “*Principios de derecho procesal civil*”, Editorial REUS, Madrid, 1922.
- CLARIA OLMEDO, Jorge “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1984.
- CLARIA OLMEDO, Jorge “*Derecho procesal*”, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- CLARIA OLMEDO, Jorge A. “*Tratado de derecho procesal penal*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian “*La valoración de la prueba de interrogatorio*”, Marcial Pons, Madrid, 1015.
- COUTURE, Eduardo J. “*Fundamentos del derecho procesal civil*”, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, “*Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona*”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, 1949.

- DE LA RUA, Fernando, *“Teoría general del proceso”*, Depalma, Buenos Aires, 1991
- DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M., prólogo en VERRI, P. *“Observaciones sobre la tortura”*, Traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. XXXVII.
- DE PAULA RAMOS, Vitor *“La prueba testifical”*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- DELLEPIANE, Antonio *“Nueva teoría de la prueba”*, Temis, Bogotá, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando *“Teoría general de la prueba judicial”*, Zavalia, Buenos Aires, 1988.
- DIAMOND, B, *“Inherent problems in the use of pretrial hipnosis on a prospective witness*, en California Law Review, marzo-1980.
- DIGES, Margarita, *“La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”*, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010.
- DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves *“La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”*, en *“Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- DIGES, Margarita – MANZANERO, Antonio *“El recuerdo de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos”*, en L. Montoro, E. Carbonell, J. Sanmartin y F. Tortosa (Eds.) *“Seguridad vial: Del factor humano a las nuevas tecnologías”*, Ed. Síntesis, 1995.
- DÖHRING, Erich *“La prueba, su práctica y apreciación”*, EJEA, Buenos Aires, 1972.
- DUCE, Mauricio J. *“Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su fundamentación y algunas recomendaciones para su mejora”*, Polít. crim. Vol. 12, No 23, 2017.
- ENDRES, Johann, *“The Suggestibility of the Child Witness: The Role of Individual Differences and Their Assessment”* en *The Journal of Credibility Assessment and Witness Psychology*, Vol. 1, No. 2, 1997.
- FEIJOO FERNÁNDEZ, María Carmen – HALTY, Lucía, *“La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en intenciones”*, en *Papeles del psicólogo*, Vol. 39, 2018.

- FENECH, Miguel, “*El proceso penal*”, José María Bosch Editor, Barcelona, 1956
- FERNANDEZ RUIZ, Graciela “*Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*”, en *Doctrina Jurídica* -revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- , Ciudad de México, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi “*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*”, Trotta, Madrid, 1997.
- FERRATER MORA, José “*Diccionario de Filosofía de bolsillo*”, Alianza Editorial Madrid, Madrid, 1994.
- FERRER ARROYO, Francisco J. y DIEUZEIDE, María C. “*Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas*”, en *Revista Pensamiento Penal*, 25/9/2018, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina47010.pdf>
- FERRER BELTRAN, Jordi “*Prueba y verdad en el derecho*”, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRAN, Jordi “*Valoración racional de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERRER BELTRAN, “*Motivación y racionalidad de la prueba*”, Editorial jurídica Grijley, Lima, 2016.
- FERRER BELTRAN, Jordi, “*La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*”, *Estudios Sobre la Prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2006
- FERRER BELTRAN, Jordi “*El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*”, *REVUS -Online-*, 33/2017.
- FLORIAN, Eugenio “*De las pruebas penales*”, TEMIS, Bogotá, 1976.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola “*Lógica de las pruebas en materia criminal*”, TEMIS, Bogotá, 1978.
- GASCÓN ABELLÁN, “*Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*”, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- GODOY-CERVERA e HIGERAS, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio” en *Papeles de Psicología*, Vol. 26, 2005
- GONZALEZ FERNANDEZ “*La mentira. Un arte con historia*”, Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006)
- GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*”, Temis, Lima-Bogotá, 2005.
- GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*” *Jueces para la democracia* 47, 2003.
- GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)*”, en *Hechos y razonamiento probatorio*, Coord. Por Carmen Vázquez, Editores del Sur, Buenos Aires, 2018.
- GORPHE, François “*La apreciación judicial de las pruebas*”, La Ley, Buenos Aires, 1967.
- GUIBOURG, Ricardo, GHIGLIANI, Alejandro y GUARINONI, Ricardo “*Introducción al conocimiento científico*”, EUDEBA, Buenos Aires, 1988.
- HASSEMER, Winfried “*Fundamentos del Derecho penal*”, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1982.
- IBABE EROSTARBE, I. “*Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos*”, en *Psicothema*, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000
- IRISARRI, Carlos A. “*Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado*”, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2005.
- IRISARRI, Carlos A. “*El defensor en el sumario penal*”, T. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 27.

- IRISARRI, Santiago, “*Prueba, verdad y principio de legalidad*”, publicado en LA LEY (Revista de Derecho Penal y Criminología), AÑO X, Número 2, Marzo 2020)
- IRISARRI, Santiago M., “*La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios*” en “Anuario: Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este Año 2019.
- ITURRALDE, Victoria “*Sobre el silogismo judicial*”, en Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991.
- JAUCHEN, Eduardo M. “*El juicio oral en el proceso penal*”, Rubinzal- Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, 4ta edición, 9na reimpresión, 2009.
- LAUDAN, Larry *¿Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar?*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005) ,ISSN: 0214-8676 pp. 95-113.
- LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal*”, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- LEMOS GIRALDEZ, Serafín, “*Simulación, engaño y mentira*”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 26, 2005
- LEONE, Giovanni “*Tratado de derecho procesal penal*”, EJEA, Buenos Aires, 1989.
- LEVENE, Ricardo “*Hacia la reforma procesal penal. El juicio oral en todo el país*”, LEA, Buenos Aires, 1986.
- LO, J. C., CHONG, P. L., GANESAN, S., LEONG, R. L., & CHEE, M. W. (2016). “*Sleep deprivation increases formation of false memory*” en *Journal of sleep research*, 25(6), 673–682.
- LOFTUS, Elizabeth F., “*Leading questions and the eyewitness report*” en *Cognitive Psychology*, 7, 560-572, 1975.
- LOFTUS, Elizabeth F. – PALMER, John C. “*Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between language and memory*”, en *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 1974.

- LOFTUS, E., “*Eyewitness testimony*”, *Cognitive Psychology*, 1975, 7, 550-572
- LOFTUS, E. –PICKRELL, J. “*The formation of false memories*”, en *Psychiatric Annals*, 25 (12), 1995
- MAIER, Julio “*Derecho procesal penal argentino*”, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MAIER, Julio “*¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición*” en *Jueces para la democracia*, Nro. 49, 2004.
- MANZANERO, Antonio L. “*Psicología del testimonio*” en <http://memoriadetestigos.blogspot.com/2011/06/introduccion.html>
- MANZANERO , Antonio L. “*Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena internacional*” en *Boletín de Psicología* nro. 100, Noviembre 2010, <https://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N100-6.pdf>
- MANZANERO, Antonio “*Memoria de testigo*”, Pirámide, 2018.
- MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “*Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad*”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, 3, 1993.
- MANZANERO, Antonio – GONZALEZ, José L. “*Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)*”, *Papeles del Psicólogo*, 2015. Vol. 36 2 , pp. 125-138.
- MANZINI, Vincenzo “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.
- 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.
- MASIP, Jaume – HERRERO, Carmen, “*Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico*”, en *Papeles del Psicólogo*, Vol. 36 (2), 2015.
- MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “*La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales*” en *Anuario de Psicología jurídica*, 2000.

- MAZZONI, Giuliana, “¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria”, Trotta, Madrid, 2010.
- MAZZONI, Giuliana “Psicología del testimonio”, Trotta, Madrid, 2019.
- MAZZONI G. – MEMON, A. “Imagination can create false memories” en Psychological Science, 14(2), 2003.
- MEMON, A. - MEISSNER C.- FRASER, J., “The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years” en Psychology Public Policy and Law, Noviembre, 2010.
- MIGUELES, Malen – GARCÍA- BAJOS, Elvira “Dependencia del contexto ambiental en la memoria_ Una revisión crítica”, Revista de Psicología General y Aplicada, 1997, 50
- MIRA, J.J. y DIGES, M. *Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: Un examen de metamemoria*” Revista de Psicología Social, 1991, 6, 1, 47-60.
- MIRA J.J. “Psicólogos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?” en *Estudios de Psicología*, 1990, 42, 101-113
- MITTERMAIER, C.J.A. “Tratado de la prueba en materia criminal”, Imprenta a cargo de la Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973.
- MUÑOZ CONDE, Francisco “La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- NIEVA FENOLL, Jordi “La valoración de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010
- NIEVA FENOLL, Jordi “Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras” en Civil Procedure Review, v.1, n.2: 27-41, jul./set., 2010
- NIEVA FENOLL, Jordi “El interrogatorio: técnicas pasadas, presentes y futuras”, Conferencia en la Universidad de Girona, 2018 - <https://www.youtube.com/watch?v=tIn4SiSJvpM->.
- ODERIGO, Mario “Derecho procesal penal”, Depalma, Buenos Aires, 1978.
- OTIN DEL CASTILLO, José M., “Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención o investigación policial”, LEX NOVA, España, 2009.
- PALACIO, Lino E. “La prueba en el proceso penal”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

- SANCINETTI, Marcelo “*Testimonio único y principio de la duda*”, INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2013
- SHAPIRO, Peter – PENROD Steven “*Meta-Analysis of Facial Identification Studies*” en Psychological Bulletin, 1986, Vol. 100, No. 2
- SCHIAVO, Nicolás “*Valoración racional de la prueba en materia penal*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- SCHIAVO, Nicolas, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- SENTÍS MELENDO, “*Teoría y práctica del proceso*”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959.
- SPORER, Siegfried – SCHWANDT, Barbara, “*Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis*”, Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006.
- STEBLAY, Nancy K- DYSART, Jennifer E- WELLS, Gary L., “*Seventy-two tests of the sequential lineup superiority effect: A meta-analysis and policy discussion*” en Psychology Public Policy and Law , Febrero, 2011.
- STEIN, Friedrich “*El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*”, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- SUCAR, German “*Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- TARUFFO, Michele “*La prueba de los hechos*”, Trotta, Madrid, 2011.
- TARUFFO, Michele “*La motivación de la sentencia civil*”, Trotta, Madrid, 2011.
- TARUFFO, Michele, “*Podere probatorios de las partes y del Juez en Europa*”, ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación Italiana de Investigadores sobre proceso civil, llevada a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema “*Le prove nel proceso civile*” (Publicación originalmente en *Riv. Tri. Dir. Proc. Civ.*, 2, vol. LX, 2006)
- TARUFFO, Michele “*Consideraciones sobre prueba y motivación*” en TARUFFO, ANDRÉS IBAÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

- TOOLEY, V., BRIGHAM, J. C., MAASS, A., & BOTHWELL, R. K. (1987). Facial recognition: Weapon effect and attentional focus. *Journal of Applied Social Psychology, 17*(10)
- TROVILLO, Paul V. “*History of lie detección*”, American Institute of Criminal Law and Criminology, nro. 29 (1929).
- TSCHADEK, Otto “*La prueba*”, TEMIS, Bogotá, 1982.
- TULVING- PEARLSTONE, “*Availability versus accessibility of information in memory for words*”, Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior.
- UBERTIS, Giulio “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017.
- VALVERDE SOTO, M. José – RUIZ HERNANDEZ, José – LLOR ESTEBAN, Bartolomé, “*Valoración de la credibilidad del testimonio: aplicación del Modelo Reality Monitoring*”, en Revista Internacional de Psicología, Vol. 12 Nro. 02, 2013.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo “*Curso de Derecho Procesal Penal*”, Rubinzal, Santa Fe, 1985.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo “*Derecho procesal penal*”, Marcos Lerner, Córdoba, 1986.
- VERRI, P. “*Observaciones sobre la tortura*”, Traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Depalma, Buenos Aires, 1977
- VILLAMARÍN LÓPEZ “*Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*”, Marcial Pons, Madrid, Espala, 2014.
- WELLS, G. – WILFORD, Miko, “*Eyewitness system variables: Revisiting the system-variable concept and the transfer of system variables to the legal system*”, en *Reform of eyewitness identification procedures*, en American Psychological Association, Brian L. Cutler ,
- WELLS, G. 1. “*Applied eyewitness testimony research: system variables and estimator variables*” en *Journal of Personality and Social Psychology*, nro.36, 1978

ANEXO – FICHAS

1) CLARIA OLMEDO, Jorge A. “Tratado de derecho procesal penal”, T. 1, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008: Pg. 446: el fin específico inmediato del proceso penal consiste en la adquisición de la verdad. Pg. 447: *“El fin específico de alcanzar la verdad sobre la materialidad del acontecimiento propuesto, permitirá aplicar con justicia la ley sustantiva que a su vez integra el objeto procesal en su aspecto jurídico, pues las consecuencias del hecho conceptualizado se advierten como jurídicamente eficaces para que aquel pueda tener vigencia procesal”*. Pg. 456: La verdad solo puede percibirse subjetivamente en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, que es ingraduable. A su vez existe la probabilidad o improbabilidad. Pg. 491: *“La finalidad específica del proceso penal, se ha dicho ya, es el descubrimiento de la verdad con respecto al hecho inculcado y sobre la situación o individualización de los sujetos a quienes se atribuye responsabilidad penal”*. Se refiere a la *verdad efectiva, histórica, material, para oponerla a la que generalmente suele afirmarse como perseguida por el proceso civil, calificada de formal o ficticia. “Hablar de verdad formal o ficticia, es decir, falsa, significa formular una de las tantas contradicciones intolerables que aún se encuentran en las expresiones jurídicas, adquiridas por el progreso técnico de la síntesis y arraigadas por el continuado uso. En su desarrollo, esta expresión significa que el juzgador debe conformarse con resolver sobre la base de los elementos de hecho traídos por las partes en litigio mediante sus afirmaciones fácticas, y sobre los cuales haya contradicción, y en la medida en que cada una de las partes acredite sus afirmaciones en el proceso y las consecuencias derivadas de ellas con la prueba rendida. El juez no puede ir más allá de estas afirmaciones y de estos elementos de prueba introducidos. Hay un predominio de la voluntad privada en cuanto a la orientación de la realización de la justicia, consecuencia del principio dispositivo propio del tipo procesal acusatorio puro: secundum allegata et probata.”*. Pg. 494 habla de la *“investigación jurisdiccional autónoma”*, manifestando que *“durante el juicio lo común es que el tribunal sólo pueda investigar autónomamente, o sea, sin impulso de los otros sujetos, para suplir omisiones de la etapa instructoria o en caso de manifiesta relevancia...”*.

Palabras Claves: VERDAD, FINALIDAD DEL PROCESO, CERTEZA (EN SENTIDO SUBJETIVO), VERDAD FORMAL (CRÍTICA).

2) CLARIA OLMEDO, Jorge A. “Tratado de derecho procesal penal”, T. 8, actualización de los tomos I a VII por Roxana Gabriela Piña y Vanesa Alfaro, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011: Pg. 127: con relación al principio de inmediación refiere *“este principio constituye un derivado del principio de la verdad real y se funda en la necesidad de que las partes reciban de manera inmediata, directa y simultánea los medios de prueba que han de fundar a la decisión y al pronunciamiento. En*

efecto, la regla de la inmediación implica: 1) el contacto de manera directa del juez con los elementos de prueba en que ha de fundar su juicio y pronunciamiento; 2) el contacto directo de todas las partes entre sí en el momento de recepcionar dichas pruebas. El principio de inmediación implica ante todo que las pruebas conmuevan el ánimo del juzgador. Los elementos de convicción deben llegar al juzgador de manera directa sin que se interpongan otros individuos con el fin de tergiversar o falsificar la verdad quitando o restringiendo la eficacia de dichos elementos como sucede en los supuestos en que un juez recibe el material probatorio y otro dicta el pronunciamiento”. Pg. 129, con relación al principio de oralidad: “es necesario que el juicio definitivo se realice oralmente para que el principio de inmediación se pueda hacer efectivo en lo atinente al magistrado que debe pronunciarse. El procedimiento escrito atenta contra el principio de inmediación. Cuando se prevén las formas escritas, el acta se interpone entre el medio de prueba y el magistrado que debe valorarla. La oralidad asegura el contacto entre los elementos de prueba y el magistrado que va a pronunciarse. La oralidad es la manera natural de esclarecer lo realmente sucedido, reproducir la conducta delictiva, apreciar la condición de los sujetos que suministran tales elementos, etc.”.

Palabras claves: INMEDIACIÓN, VERDAD REAL, FIN DEL PROCESO.

3) FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, editorial Trotta, segunda edición, 1997. Pg. 2: *“los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad de juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”. Habla del cognoscitivismo penal y la estricta legalidad y del cognoscitivismo procesal y la estricta jurisdiccionalidad (pg. 36): “proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite sólo, o predominantemente, aserciones o negaciones -de hecho o de derecho- de las que sean predicables la verdad o la falsedad procesal en el sentido que se elucidará más adelante... una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida ‘con verdad’, es decir, basada sobre juicios penales predominantemente cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (del derecho), sujetos como tales a verificación empírica. Pg. 41- Epistemología inquisitiva o antigarantista. Concepción no formalista ni convencionalista, sino ontológica o sustancialista, de la desviación penalmente relevante (delito no como formalmente previsto, sino como hecho inmoral o antisocial); por otro lado, la epistemología antigarantista se corresponde con el decisionismo procesal; es decir, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio... “degrada la verdad procesal de verdad empírica, pública e intersubjetivamente controlable, a convencimiento íntimamente subjetivo y, por otro lado, irrefutable del juzgador...degenera en juicio ‘sin verdad’: no motivado por juicios de hecho, esto es, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor, no verificables ni refutables*

porque su naturaleza no son verdaderos ni falsos; no basado en procedimientos cognoscitivos al menos tendencialmente y, por ello, expuesto a controles objetivos y racionales, sino en decisiones potestativas...” (pg. 43). La “verdad sustancial o material” carece de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procesales...el modelo formalista persigue una “verdad formal o procesal” alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes”...“es una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética verdad material”. (pg. 44). Pg. 45: “la oposición entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa entre dos epistemologías judiciales distintas: entre cognoscitividad y decisionismo, entre comprobación y valoración, entre prueba e inquisición, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”. Pg. 46: “estos nexos [garantismo, convencionalismo legal y cognoscitividad jurisdiccional] no resultan excluidos por la imposibilidad epistemológica, antes incluso que práctica, de un perfecto cognoscitividad judicial. Ciertamente, el modelo ilustrado de la perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos y del juicio como aplicación mecánica de la ley es una ingenuidad filosófica viciada de realismo metafísico. Sin embargo, se puede salvaguardar su valor teórico y político si, y solo si, se redefine como modelo límite nunca plenamente conseguible sino sólo aproximable y, sobre todo, se aclaran las condiciones en presencia de las cuales puede ser más o menos satisfecho.” Pg. 48: Concepción de la “verdad procesal” como correspondencia: *questio facti* (resoluble por vía inductiva conforme los datos probatorios) y *questio iuris* (resoluble por vía deductiva conforme el significado de las palabras empleadas por la ley)... “una proposición jurisdiccional se llamará (procesal o formalmente) verdadera si, y solo si, es verdadera tanto fáctica como jurídicamente en el sentido así definido”. La verdad procesal es aproximativa (en tanto es relativa). Pg. 51: La verdad procesal es una verdad inevitablemente aproximativa respecto del modelo ideal de la correspondencia. La verdad procesal *fáctica* es un tipo particular de verdad histórica obtenida mediante los “efectos” producidos; inferencias inductivas cuya hipótesis tiene valor probabilístico. Su verdad no es demostrada como lógicamente deducida de las premisas, sino sólo probada como lógicamente probable o razonablemente plausible de acuerdo con uno o varios principios de inducción (pg. 52). Entonces existen tres motivos para privar a la verdad procesal de la certidumbre de la verdad predicable de las proposiciones: el carácter irreductiblemente probabilístico de la verdad fáctica; el inevitablemente opinable de la verdad jurídica de las tesis judiciales; y el carácter no impersonal de ese investigador particular (juez) que, por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos; en relación a esto último, por más buena voluntad del juzgador, siempre está presente cierta dosis de prejuicio (Pg. 56). Un cuarto motivo serían las reglas procesales que entorpecen la búsqueda de la verdad (pg. 59). Estos cuatro límites comprometen indudablemente la certeza y la objetividad de la verdad procesal, alejándola del modelo ideal de la verdad como correspondencia (los tres primeros son comunes al conocimiento científico y al histórico, el último es propio del conocimiento judicial). Pg. 68: “En el derecho penal, la

única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos, entendida la `verdad` precisamente en el sentido de `correspondencia` lo más aproximada posible de la motivación con las normas aplicadas y los hechos juzgados". Pg. 69: *"la función judicial...es una actividad cognoscitiva...siempre referidos...a la búsqueda de la verdad objetiva"*. Con relación a la prueba testimonial: p. 612: *"los testimonios, arrancados por el juez y dotados de valor probatorio legal en la inquisición, en el proceso acusatorio se remiten de manera exclusiva a la iniciación de partes, expuestas a interrogatorios cruzados, vinculadas a la espontaneidad y al desinterés de los testigos, delimitadas en el proceso y en la forma por la prohibición de preguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas o dirigidas a obtener apreciaciones o juicios de valor. El interrogatorio de los testigos por el juez, o pero aun, por la acusación sin presencia del juez, la transcripción de los testimonios hecha al dictado del juez o de la acusación; el poder ilimitado del juez para admitir o rechazar pruebas; y, en fin, ese sucedáneo moderno de la tortura consistente en coartar a los testigos mediante incriminación y la condena, salvo retractación, por falso testimonio o negativa a declarar, son residuos inquisitivos"*. Con relación a la INMEDIACIÓN y ORALIDAD: Pg. 619, sostiene que la oralidad está estrechamente vinculada a la publicidad; en contraposición a la escritura que se relaciona con el secreto. En referencia a la escritura la nota 351 citando a Pagano dice: *"La escritura, como bien dice Sócrates ante Platon, está muerta; no nos habla más que por una parte, es decir, por medio de aquellas ideas que con sus signos nos comunica en el espíritu...en la viva voz hablan también el resto, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras distintas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en éstas"*.

Palabras claves: VERDAD, COGNOSCITIVISMO, HECHOS, ANTIGARANTISMO, EPISTEMOLOGÍA, INFERENCIAS, INDUCCIÓN, INMEDIACIÓN, ORALIDAD.

4)VELEZ MARICONDE, Alfredo *"Derecho Procesal Penal"*, T. 1, 3ra edición, 2ra reimpresión, actualizada por Ayán y Cafferata Nores, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1986: Pg. 417: *"es preciso advertir que el procedimiento oral reinó en toda la antigüedad. La república romana lo perfeccionó y ni siquiera el Imperio pudo abatirlo, en cuanto al juicio, a pesar de adoptar la escritura en un período preliminar; también lo encontramos en la primera mitad de la Edad Media, pues los germanos no conocieron otro; y sólo murió cuando se implantó la inquisición, por la fuerza de una concepción que percibió el procedimiento escrito la forma de imponer el secreto y desprestigiar la defensa del imputado"*. Pg. 418: *"la oralidad no es más que la mejor forma de asegurar la vigencia del principio de inmediación"*; se refiere al fundamento racional del juicio oral y específicamente sostiene que la inmediación conlleva un *"contacto directo y simultáneo de los sujetos procesales con los medios de prueba en que deben basarse la discusión plena de las partes y la decisión definitiva del juzgador. El principio racional de inmediación, que Framarino llama de originalidad, exige que las pruebas lleguen al ánimo"*

del juzgador 'sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su naturaleza'...la inmediación es un principio lógico (p. 419). Pg. 420: "El juicio oral, público, contradictorio y continuo se presenta como el mecanismo más apto para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el Juez forme su recto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses...". Se refiere a los testigos y explica que "las actas sólo encierran defectuosa, pálida y parcialmente la realidad del testimonio. En la mayoría de los casos no contienen el verdadero relato del testigo, y otras veces son construcciones artificiales del sumariante, más o menos hábiles siempre falaces, tanto que muces veces basta ver u oír hablar al testigo para advertir en seguida la imposibilidad de que haya declarado como se consigna en el acta". Pg. 423 cita a De Notaristefari (ommento al C. di P. Penale, VI, pag. 586) quien refiere que "la escritura constituye casi siempre un menoscabo; el tono de voz, el aspecto de la persona que habla, la demora en las respuestas, el continente y las turbaciones de aquélla contienen revelaciones útiles a la apreciación, y escapan a la comprobación aun del estenógrafo más exacto o del fonógrafo...". Sostiene que la mentira es más fácil de lograr cuando la declaración no se da en audiencia oral y público.

Palabras claves: HISTORIA DEL PROCESO, PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, ORALIDAD, PRUEBA TESTIMONIAL, CREDIBILIDAD.

5) TARUFFO, Michele "La prueba de los hechos", Editorial Trotta, Madrid -España-, 2011: Capítulo I: 1- Prueba y verdad: La prueba se refiere al proceso que tiene por finalidad obtener la *verdad*. Aquellos que sostienen que el proceso no busca la verdad, sino que resuelve conflictos caen en una contradicción pues hacen perder relevancia a las pruebas. 2- La negación de la verdad en el proceso: tesis según la cual no se puede alcanzar la determinación verdadera de los hechos: a) imposibilidad teórica (escepticismo filosófico radical que excluye la cognoscibilidad de la realidad -negación filosófica y epistemológica-); b) imposibilidad ideológica (no pone en discusión los problemas filosóficos o epistemológicos, pudiendo ser compartida por teorías que admitan la posibilidad teórica de un conocimiento racional y objetivo de la realidad; se fundamenta en que la verdad de los hechos no puede ser alcanzada porque no debe ser perseguida en el proceso que busca resolver conflictos; a su vez, el proceso está condicionado por la actividad de las partes que buscan triunfar y no alcanzar la verdad -principio dispositivo o sistema adversarial-. Con relación a los procesos inquisitivos/ dispositivos se dice que los primeros la verdad es un "valor" y para los segundos la verdad es un "no valor". En realidad no necesariamente es así ya que no hay modelos puros, no está clara dicha correspondencia y no es incompatible la búsqueda de la verdad con el modelo dispositivo; c) imposibilidad práctica: no trata cuestiones filosóficas ni ideológicas sino prácticas (la verdad no puede ser alcanzada por razones prácticas: tiempo, limitaciones legales, normas de prueba tasada, preclusión, cosa juzgada, principio dispositivo -el proceso no sería apto para determinar la verdad de los

hechos-. Estas limitaciones nos impiden alcanzar verdades absolutas, pero no es esta la verdad que se pretende en el proceso -dependiendo del tipo de proceso particular; no se pueden extraer conclusiones generales acerca de la imposibilidad práctica ya que dependerá del proceso particular que incluso puede ser modificado o puede evolucionar con el tiempo; denotando que una negación genérica dejaría de ser práctica para pasar a ser ideológica-. 3- La irrelevancia de la verdad en el proceso civil: tesis según la cual la verdad es irrelevante: 1) retórica (el proceso es un juego retórico persuasivo); 2) métodos y modelos semióticos (privilegia el aspecto lingüístico. El proceso es un lugar donde se producen diálogos y elaboran narraciones) -en p. 55 realiza crítica-. 4- La verdad posible en el proceso civil: el proceso busca la verdad y la prueba sirve para ello: a) la posibilidad teórica: 1) realismo ingenuo (presume la existencia de la realidad empírica y la capacidad intelectual del hombre para tener conocimiento verdadero acerca de esta realidad) b) la oportunidad ideológica: además de teóricamente posible, la búsqueda de la verdad es oportuna y necesaria. Aquí se habla de: el proceso debe tender a producir soluciones justas; la decisión judicial debe aplicar la ley; la verdad es garantía. Afirmer ideológicamente que se requiere la verdad solo será compatible con postulados teóricos (filosóficos y epistemológicos) que entiendan posibles llegar al conocimiento de la verdad (p. 71) c) la posibilidad práctica: si bien los límites del proceso coartan la búsqueda de la verdad, esto no implica su negación (verdad relativa y ligada al contexto -resumen en p. 79-. 5- teorías de la verdad y funciones de la prueba: teorías: a) para los que niegan que se pueda alcanzar la verdad (irracionalistas), la prueba es irrelevante (solo serviría para convencer a los jueces); b) para las concepciones semióticas o narrativistas, las pruebas solo son tomadas en consideraciones en su dimensión lingüística, dialógica y narrativa (cada prueba es un pedazo de la narración; se perfila una concepción persuasiva de la prueba que tiende a apoyar las historias de las partes ejerciendo influencia sobre la decisión final); c) concepciones que aceptan poder determinar la verdad. La prueba es el medio para lograr la verdad (teorías marxistas leninista de la verdad material: la prueba es el medio objetivo directo para alcanzar la verdad; teoría del realismo ingenio: la prueba es el medio para el conocimiento del hecho empírico; teorías o versiones contextualistas: la prueba está vinculada al contexto y es un fenómeno sujeto a numerosas variaciones según el contexto procesal). Las tres consideran que la prueba es el instrumento para determinar la verdad. Taruffo asume el postulado ideológico legal- racional (el proceso es un hacedor de justicia). Entendiendo que la verdad es condición necesaria para una decisión justa. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es la de ofrecer elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera (p. 86). (es importante advertir que Taruffo utiliza el termino “determinación” de la verdad -como fijación-; el motivo de la utilización del término es explicado por Carnelutti al referirse a la “metáfora” de la distinción entre prueba y verdad, sosteniendo que la prueba no es un medio para conocer la verdad, sino para “fijarla” o “determinarla” (ver Accatino *Apuntes sobre prueba y verdad*, p. 9).; Capítulo VI: Se refiere a la distinción entre prueba directa y prueba indirecta: en contraposición a Carnelutti -quien establece la distinción según la percepción del juez-, establece la distinción según la relación entre “prueba y hecho”. La prueba directa versa sobre el hecho principal, mientras que la prueba indirecta está constituida por un hecho distinto (uno irrelevante o un hecho

relevante que al acreditarse permite realizar inferencias respecto del hecho principal a probar -que el supuesto asesino no estuvo en la escena del crimen sino de viaje-).

Palabras claves: PRUEBA DIRECTA E INDIRECTA; VERDAD; FINALIDAD DEL PROCESO.

6) MANZINI, Vincenzo, “Tratado de Derecho procesal penal”, T. 1, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1996: Pg. 108: Define al proceso penal como “el conjunto de los actos concretos, previstos y regulados en abstracto por el derecho procesal penal, cumplidos por sujetos públicos o privados, competentes o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal, constituye la actividad judicial progresiva que es el “proceso penal”. Pg. 247: la “finalidad específica del proceso penal, es la de conseguir la realizabilidad de la pretensión punitiva derivada de un delito a través de la utilización de la garantía jurisdiccional...la finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica, y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas”. Pg. 259: “La declaración de certeza procesal relativa. Ala pretensión punitiva del Estado se hace en virtud del principio de la investigación de la verdad real. Es ésta una consecuencia necesaria del hecho de que la pretensión punitiva del Estado sólo es realizable en cuanto un delito haya sido efectivamente cometido por un individuo imputable y responsable”. El juez penal, en contraposición con el civil, debe buscar la verdad material y tiene la facultad y el deber de ordenar y cumplir por propia iniciativa, de oficio, las investigaciones que estime útiles para descubrirla.

Palabras claves: CONCEPTO PROCESO, FINALIDAD (PRINCIPIO DE LEGALIDAD),

7) CLARIA OLMEDO, Jorge A. “Derecho procesal”, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1982: Pg. 129: “El proceso penal, en su consideración externa y teleológica, es la actividad procesalmente regulada, compleja, progresiva y continua, que se realiza mediante actos concatenados entre sí, cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares que intervienen voluntaria o coactivamente, en virtud de las atribuciones y sujeciones que la ley establece para la actuación concreta del derecho sustantivo con respecto a los hechos de la causa que resulten fijados”; se advierten los tres aspectos integrantes del concepto: el objetivo, el subjetivo y el teleológico. Elemento objetivo: desenvolvimiento o desarrollo resuelto en un conjunto de manifestaciones que con noción unitaria se expresan en diversas formas. Es un conjunto de actos jurídicos concatenados entre sí de forma continua y progresiva. Se advierte que estamos ante una estructura evolutiva que se desenvuelve en momentos sucesivos en virtud de los cuales va acercándose cada vez más a la obtención de

su resultado. En realidad, esa serie así manifestada se integra también por momentos o intervalos de no actividad, consistentes en omisiones o conductas omisivas. En su sentido amplio, entonces, comprende la consideración negativa de no actividad, sea ante la exigencia o simple conveniencia de una espera, sea para dar tiempo suficiente a otra actividad beneficiosa para la defensa o para la decisión. Elemento subjetivo: el aspecto objetivo debe provenir de órganos de actuación con capacidad de manifestar o declarar la voluntad en que consiste la expresión de esos actos. Elemento teleológico: se refiere a los fines del proceso. En pg. 139 se refiere a las concepciones “subjetivistas” (el proceso tiende a pacificar el conflicto, satisfacer intereses individuales); Pg. 215: la jurisdicción sirve para la actuación en concreto del derecho objetivo vigente.

Palabras claves: CONCEPTO PROCESO, FIN DEL PROCESO.

8) CARRARA, Francesco “Programa de derecho criminal”, Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972: Pg. 266 “El juicio penal, considerado extrínsecamente, se define como una serie de actos solemnes con que ciertas personas, legítimamente autorizadas para ello, y observando el orden y la forma determinados por la ley, conocen acerca de los delitos y de sus autores, a fin de que la pena no recaiga sobre los inocentes, sino sobre los culpables”. Pg. 283: Fin del juicio: “El juicio tiene por fin inmediato el de procurar que el juicio intelectual resulta conforme a la verdad; en una palabra, el límite de la justicia, que no debe ser excedido al prohibir o al amenazar con penas, tampoco al juzgar debe ser excedido, de lo contrario, la ley, justa en sus dictámenes abstractos, podría volverse injusta en sus aplicaciones concretas”. Pg. 284: “De ahí que en el juicio penal se encuentre, no sólo una fuerza *moral subjetiva* (que consiste en la inteligencia del que juzga y en su obediencia a los dictados de la justicia), sino también una fuerza *moral objetiva*, que consiste precisamente en que todos los ciudadanos, en virtud de la observancia de las formas, consideren indudables la culpabilidad del condenado y la justicia de la medida del castigo que se le imponga”. Pg. 297: sistema acusatorio; pg. 301: sistema inquisitivo; 307: sistema mixto. Pg. 380: Se refiere a la prueba, a la certeza y a la verdad. Pg. 425: testigo es “toda persona de quien uno se sirva para dar fe de algo dudoso”.

Palabras claves: PROCESO CONCEPTO, FINES DEL PROCESO, MODELO OBJETIVO (moral objetiva), SISTEMAS PROCESALES, PRUEBA, CERTEZA, VERDAD, PRUEBA TESTIMONIAL (testigos).

9) TARUFFO, Michele “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en Discusiones: Prueba y conocimiento, núm. 3 (2003), p 81-97: El autor analiza las distintas teorías sobre la verdad.

Palabras claves: VERDAD.

10) TARUFFO, Michele “*Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*” en “*Discusiones: Prueba y conocimiento*”, núm. 3 (2003), p. 15-41: Comienza estableciendo seis enunciados disímiles, todos declarativos y, en consecuencia, susceptibles de verdad o falsedad. Luego se refiere a la “construcción de los enunciados fácticos”. La naturaleza y relatividad contextual de los E.F. hacen necesario un análisis detenido, teniendo en cuenta que son formulados por alguien en una situación concreta y, generalmente, con una finalidad específica. La *construcción* del enunciado la realiza el sujeto que lo formula. Estas operaciones *constructivas* se pueden agrupar en varias categorías: a) construcción selectiva; en el contexto del proceso entran en juego dos criterios de relevancia que operan como *estándares* de elección de la descripción del hecho que se enuncia: relevancia *jurídica* y la relevancia *lógica*. La relevancia jurídica deviene de la norma que se aplique (la norma opera como criterio de selección denotando las connotaciones del hecho que son importantes); la relevancia lógica caracteriza aquellos hechos que no son jurídicamente calificados por norma alguna, pero que, sin embargo, pueden entrar en el proceso en la medida en que a través de su conocimiento se pueden extraer conclusiones útiles para demostrar la verdad o falsedad de un hecho jurídicamente calificado. Se habla de formulación de una inferencia capaz de relacionar el hecho secundario con un hecho principal. b) construcción semántica: el hecho de que el enunciado fáctico sea una entidad lingüística dotado de un significado comprensible implica que su formulación se realice utilizando correctamente un determinado lenguaje y sus reglas (gramaticales, sintácticas, lógicas). Esto conlleva a realizar elecciones muy precisas, entre ellas, la utilización de términos *descriptivos* o *valorativos*. c) construcción cultural; d) construcción social. Todo ello denota que el enunciado fáctico es el resultado de un complejo proceso de “construcción”, sin que ello imposibilite determinar la verdad o falsedad del enunciado. Luego se refiere al “contexto procesal”, haciendo mención a la *relevancia jurídica* y a la *relevancia lógica* (la relevancia jurídica es el criterio para determinar, directa o indirectamente, los hechos que se “incorporan” al contexto procesal). Cada parte, posiblemente, establezca enunciados diferentes y/o contradictorios. Existen varias narraciones, cada una susceptible de ser verdadera o falsa, todas ellas presentes en el mismo contexto procesal. El juez, al finalizar, resuelve el conflicto entre narraciones eligiendo una y descartando las restantes. Esta decisión dependerá del criterio asumido: si el fin del proceso está dado por la aplicación de la ley y la garantización de los derechos, entonces se debería optar por el enunciado *verdadero*; en cambio, si se considera que la finalidad del proceso es poner fin a la controversia, no se guiará por la verdad del enunciado (en tanto incluso puede ser un obstáculo para poner fin a la controversia). Tal distinción se configura en base al concepto de *justicia*, es decir, qué quiere decir una *decisión justa*. Una primera hipótesis (doctrinas rawlsianas) establecen como necesario y suficiente que la decisión sea el resultado de un procedimiento justo aplicado correctamente (*pure procedural justice*; la justicia del procedimiento es el único elemento de la justicia del resultado). Tal criterio es muy utilizado en los juegos, apuestas y competiciones, o

procesos electorales. La crítica está en que la justicia del procedimiento no puede ser entendida como condición suficiente, sino necesaria de la decisión justa (un proceso justo no garantiza una decisión justa; sí podría decirse que la decisión es legítima, pero quizás no justa). Luego habla del concepto *rule-based-deecision* que Frederick Schauer elaboró en oposición al de *particularistic decisión* y que muestra muy bien el carácter esencial de la decisión judicial fundada en normas jurídicas. Habrá una correcta aplicación de la norma cuando: i) la norma es adecuada para el caso y ha sido correctamente interpretada; ii) se ha determinado la verdad acerca de los hechos que constituyen el caso. Cada una es una condición necesaria, pero no suficiente. La suficiencia está en ambas premisas. Si la norma N identifica al supuesto de hecho H como premisa necesaria para determinados efectos jurídicos, pero el hecho individual *h* que corresponde a H no existe, entonces la norma N no puede ser aplicada al caso. Si se lo hace, la decisión *no es justa*. La *prueba* es el instrumento que se utiliza para demostrar la veracidad de las afirmaciones. En términos generales, todas las pruebas son admisibles (típicas o atípicas) que sean *relevantes*; se excluyen aquellas que, aún siendo relevante, son inadmisibles por alguna norma específica. Dos concepciones fundamentales de la prueba judicial: prueba como instrumento de conocimiento y prueba como instrumento de persuasión. Finalmente se refiere a la verdad como *correspondencia*.

Palabras claves: VERDAD, DECISIÓN JUSTA, CONSTRUCCIÓN DE ENUNCIADOS FÁCTICOS.

11) GASCON ABELLAN, M. “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2010: P. 11 La racionalidad empírica no pretende la búsqueda de la certeza absoluta, sino tan solo de supuestos o hipótesis válidas, apoyadas en hechos que las hacen probables (conocimiento inductivo). Se refiere a las Ordalías, p. 13 hay una buena cita de Montesquieu sobre su irracionalidad. Ferrajoli se refiere a las pruebas legales como la continuación de la irracionalidad de las ordalías (antes era un juicio divino, ahora legal). Sobre la relación entre la prueba legal y el razonamiento deductivo en la determinación de los hechos, cita a Ferrajoli.

Palabras claves: VERDAD, COGNOSCITIVISMO, RACIONALISMO.

12) SCHIAVO, Nicolas “Valoración racional de la prueba en materia penal”, editorial Hammurabi, 2da edición actualizada y ampliada, Bs As, 2015: Primer capítulo destinado a desacreditar el *estándar probatorio* de la duda razonable por ser un estándar subjetivo que no puede ser susceptible de ser controlado intersubjetivamente; segundo capítulo destinado a establecer los pasos necesarios para establecer un *estándar probatorio* objetivo. Pg. 49 hace mención a la “Regla de confrontación testimonial”. Primero alude al “simple testigo”, explicando las restricciones legales y físicas que afectan el testimonio. En

la página 55 se refiere a un trabajo de Schacter (*Los siete pecados de la memoria. Cómo olvida y recuerda la mente, 2011*) importante para citar; luego se refiere al “testigo de oídas” (no solo aquel propiamente dicho sino aquel incorporado por lectura). Pg. 72 Comienza a abordar el Reconocimiento de personas: menciona varios casos de interés donde personas convencidas de la veracidad de sus propios dichos estaban confundidas (verificado mediante prueba de ADN). Pg. 77: “*Esta situación pone de manifiesto que no se trata de reducir el análisis de un testimonio de reconocimiento dentro de la vicaria solución de veracidad o mendacidad, como si todo el asunto fuera la consecuencia directa de una voluntad subjetiva del declarante, sino que existen muchos otros casos de testigos que están plenamente convencidos de lo que están afirmando, aunque ello sea objetivamente erróneo*”. A continuación, citando a Lefenda. Reuse (“*Testigos presenciales y reconocimiento de imputados en Chile...*”), explica la existencia de dos posiciones antagónicas con relación a la prueba testimonial: una primer corriente (1949) amplia nutrida por numerosas disciplinas tendientes a ir más allá de lo que el testigo declara y de su honestidad, asumiendo que existen problemas de memoria, percepción, etc; la segunda corriente (1913) , no amplia, sino procesalista, sostiene que estos problemas deben quedar en el ámbito del proceso adversarial, los cuales serán resueltos por medio del interrogatorio directo y el contrainterrogatorio.

Palabras claves: ESTANDAR PROBATORIO, TESTIGOS, RECONOCIMIENTOS, ERRORES DEL SISTEMA, MEMORIA.

13) NIEVA FENOLL, Jordi “El interrogatorio: técnicas pasadas, presentes y futuras”, Conferencia en la Universidad de Girona, 2018 - <https://www.youtube.com/watch?v=tIn4SiSJvpM-> Comienza refiriendo que los jueces siempre han tenido problemas para determinar quién dice la verdad y quién miente; de allí las ordalías y el juicio de Dios. La primera impronta de la psicología del testimonio ocurre con Las Partidas. Partida 3ra → refiere como debe ser valorado el testimonio , haciendo mención a preguntas específicas sobre los hechos y los gestos realizados durante la declaración (año 1250, que no varía a cómo se realiza la valoración al día de hoy). El expositor la denomina postura “conductual”, que solo tiende a aparentar credibilidad. Cómo había personas que declaraban bien, siendo hábiles declarantes, se creó el sistema de valoración legal de la prueba → Prueba plena: pluralidad de testigos (teniendo presente que prestaban juramento). La cantidad de testigos fue variando, por ejemplo: el *Malleus Maleficarum* hablaba de tres testigos conformes. Lo cierto es que la cantidad de testigos daba credibilidad al testimonio. Se prohibía el testimonio de referencia (prohibido por las partidas y por la *Constitutio Criminalis Carolina*). Existía el sistema de tachas (gente que no podía declarar como testigo). En la actualidad no ha cambiado, la cantidad de testigos en la práctica es importante, y las tachas también existen. Hace referencia a la importancia de la psicología del testimonio. Se refiere a los dos sistemas de interrogatorio: el narrativo y el directo; y explica que, si bien en la mayor cantidad de sistemas se utiliza el segundo, el mejor es el primero. Además, refiere que los testigos durante el proceso declaran en varias ocasiones. Critica el criterio del TEDH que en segunda instancia no se puede valorar la

prueba testimonial pues depende de la inmediación. Tal postura tiene su origen en W. Blackstone quien en su texto “Comentarios a las leyes de Inglaterra 1794”, T. 3 explica que en la instancia superior no se critican los errores de hecho de la instancia anterior, no se vuelven a valorar las pruebas porque es propio de las últimas instancias ocuparse de las cuestiones jurídicas. El sistema inglés de la época (siglo 18) existían 6 tipos de procesos, pero el más utilizado era el proceso ante el jurado, que no motiva. De allí que es imposible valorar tales consideraciones, siendo un imposible para el superior realizar la valoración. En ese contexto tenía sentido la existencia de la jurisprudencia, pero hoy en día no. La solución está dada por la psicología del testimonio. El autor propone para valorar el testimonio: características intrínsecas del declarante conforme 4 parámetros: coherencia (si se contradice o no), capacidad de recordar el contexto o entorno en que sucedió el hecho, corroboración con otros medios de prueba y formulación de comentarios oportunista por parte del declarante (acentuaciones retóricas para validar su declaración: tengo buena memoria, lo conozco desde pequeño, etc., cosas que pretendan reforzar el testimonio). Este último el menos fuerte e importante de los parámetros. Cabe aclarar que tienen que ser adaptados al caso. Si va con abogado posiblemente sea coherente, de lo contrario posiblemente no. Con relación al contexto tienen que ser cosas más obvias y no detallistas.

Palabras claves: PRUEBA TESTIMONIAL, ORDALÍAS, VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO.

14) MUERZA ESPARZA, Julio “Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal”, Revista General de Derecho Procesal, N.º. 39, 2016. Se analiza la prueba pre-constituida y su aptitud para ser valorada por los organismos decisores, todo ello a partir del estudio de un caso en concreto donde la víctima se niega a declarar en el debate, pese a haber prestado declaración durante la instrucción. Si bien el resolutorio del Tribunal Superior de España concluye en que la prueba no puede ser valorada, el autor sostiene lo contrario bajo la condición de que se haya garantizado el contradictorio.

Palabras claves: PRUEBA PRECONSTITUIDA, REGLAS DE EXCLUSIÓN.

15) MIRANDA ESTRAMPES, Manuel “La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”. El autor comienza distinguiendo “principio de legalidad de la prueba” -obtención e incorporación de la prueba conforme pautas preestablecidas por la ley- y “principio de licitud de la prueba” - obtención y práctica de la prueba respetando los derechos fundamentales-. En base a ello hace la distinción entre “prueba ilícita” -violenta derechos fundamentales- y “prueba irregular” -violenta la normativa procesal- Se refiere a los procesos inquisitivos que, a fin de obtener la verdad material, legitimaban cualquier proceso para obtener la prueba. Actualmente, prácticamente todos los sistemas acusatorios, han incorporado reglas de exclusión. Modelo norteamericano -tiende a evitar el

comportamiento policial ilícito para obtener la prueba- y Modelo europeo-continental - tiende a salvaguardar los derechos de los ciudadanos-. Menciona que el Tribunal Constitucional español, inmerso en el segundo sistema, ha comenzado a establecer excepciones a la aplicación de reglas de exclusión basándose en la intencionalidad o grave negligencia en la obtención de la prueba violentando derechos fundamentales. Efectos: prohibición de admisión y valoración; efecto reflejo con relación a las demás pruebas obtenidas lícitamente (fruto del árbol envenenado). Excepciones a la aplicación de la reglas de exclusión (buena fe, en tanto no generaría el efecto persuasivo -no es aplicable si se da preferencia al resguardo de derechos fundamentales-, excepciones a la eficacia refleja: fuente independiente, descubrimiento inevitable, nexos causales atenuados-). Doctrina de la conexión de antijuridicidad .

Palabras claves: ADMISIÓN DE LA PRUEBA, PRUEBA ILÍCITA, PRUEBA IRREGULAR, SISTEMA INQUISITIVO, REGLAS DE EXCLUSIÓN.

16) FOLGUEIRO, Hernan L. “Principio de inmediación: hacia una fundamentación epistemológica”, trabajo monográfico presentado en el curso de Derecho Penal y Procesal Penal Estadounidense, dictado por A. Bovino, 1995, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA: El proceso penal tiene como objetivo el descubrimiento de la verdad histórica. El principio de inmediación podría tener dos fundamentos elementales: a) fundamento institucional (el juicio por jurados impone que la prueba tenga que producirse frente a quienes tienen la facultad de juzgar); b) fundamento epistemológico (en tanto pretende buscar la verdad, se debe afirmar que el proceso penal lleva implícito un método de adquisición de conocimiento, siendo el principio de inmediación la regla epistemológica tendiente a lograr dicha averiguación de la verdad). EL primer fundamento es asumido por Maier y el segundo por Velez Mariconde. El problema es que, con relación al fundamento epistemológico, el proceso penal no responde a los paradigmas científicos vigentes en materia de investigación científica; el proceso penal, al pretender comprobar la existencia de un hecho, no es susceptible de contrastación mediante la experimentación. Sin perjuicio de ello el autor encuentra pautas que doten al principio de inmediación de racionalidad: división entre quien requiere y quien decide; incorporación por lectura destruye la inmediación; división del debate en dos fases (una tendiente a la discusión del hecho punible y culpabilidad del imputado, y otra relativa a la determinación de la pena).

Palabras claves: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN, FINALIDAD DEL PROCESO.

17) GONZALEZ LAGIER, Daniel “Questio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)”, Palestra Temis, Lima-Bogotá, 2005. Pg. 24 Se refiere al objetivismo ingenuo. Tesis de la objetividad ontológica (el mundo es independiente de sus observadores) y tesis de la objetividad epistemológica (por medio de los sentidos normalmente tenemos acceso fiel a esa realidad). Pg. 33 El escepticismo radical se divide en quienes sostienen que el mundo no es en absoluto independiente del observador (niega la tesis de la objetividad

ontológica) y quienes, reconociendo dicha independencia, sostienen que es inaccesible a nuestro conocimiento (niega la tesis de la objetividad epistemológica). Pg. 37: Sostiene que debe asumirse un “objetivismo crítico”. Importante para analizar los distintos tipos de razonamiento (deducción, inducción, abducción).

Palabras claves: CONOCIMIENTO, OBJETIVISMO, OBJETIVISMO CRÍTICO, VERDAD, EPISTEMOLOGÍA, ESCEPTICISMO, INDUCCIÓN, DEDUCCIÓN, ABDUCCIÓN.

18) DE PAULA RAMOS, Vitor *“La prueba testifica. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología”*, traducción de **Laura Criado Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2019**. Pg. 70 Testimonio. Definición: “el testimonio natural depende exclusivamente de un acto de comunicación, escrito, sonoro o visual, mediante el que una persona afirma que p , donde p es un estado de cosas presente o pretérito, que no necesariamente tiene que haber presenciado el testigo. La afirmación efectuada en un testimonio debe referirse a un estado de cosas, no a una opinión o un sentimiento” (pg. 73); “puede o no tener relación con la verdad y puede o no tener relación con la opinión de quien realiza la afirmación” (pg. 74); “. Pg. 82 Confianza. “la idea misma de confianza implicaría un sesgo a favor de la persona en quien se confía”. Pg. 84 Mentiras y errores sinceros. Verdad vs. mentira. La falsedad del testimonio no tiene que ver con la intención del sujeto sino con la correspondencia con la realidad; sin perjuicio de ello, el testigo puede creer estar diciendo la verdad y no ser así (en este caso, no estaría mintiendo). La mentira requiere intención. Pg. 87 Presuntivismo vs. No presuntivismo. Pg. 100 *El derecho tendría mucho que ganar, en términos de calidad epistémica, con la no presunción de que aquello que un testigo dice que es verdadero lo es, salvo prueba en contrario. Si se adoptara una versión reduccionista, se podría verificar, de hecho, que, epistémicamente, hasta que se confirme la información prestada por un testigo, esta tiene un valor epistémico casi inexistente... Además, tendría mucho que ganar con la adopción de una versión objetiva de testimonio, que no esté tan orientada a la persona que presta el testimonio, sino al mensaje que esta transmitiendo.* Pg. 110 hace mención al método utilizado en su investigación. Pg. 112. Referencia a investigaciones y experimentos que acreditan la imposibilidad de determinar la credibilidad de las personas, independientemente de los conocimientos o prácticas especiales del receptor del relato.

Palabras claves: TESTIMONIO, VERDAD, MENTIRA, MEMORIA, VALORACIÓN PRUEBA TESTIMONIAL.

19) MAIER, Julio B. J. *“Derecho procesal penal argentino”*, T. 1 vol. B **“Fundamentos. El derecho procesal penal como fenómeno cultural”**, Hammurabi, Buenos Aires, 1989: P. 514 *“inmediación (presencia ininterrumpida de todos los participantes en el proceso durante el debate, jueces que intervienen en él únicos habilitados para el fallo)”*. P. 601 *“Hoy ya no cabe la menor duda de que la mejor forma de presentar el conflicto social, para conocerlo y comprenderlo, es reproducirlo, a tenor de los rastros que él ha dejado*

(testigos, peritos, documentos, señas materiales, víctima, imputado, etc.), en una audiencia a la que asistan todos los interesados en su solución (inmediación) y en la que ellos (sujetos procesales que deben conocer la verdad) y las personas que proporcionan datos e información se comuniquen a través de la palabra hablada (oralidad)”.

Palabras claves: INMEDIACIÓN.

20) HASSEMER, Winfried “Fundamentos del Derecho penal” traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Editorial Bosch, Barcelona, 1984:

Con relación a la verdad en el proceso penal: P. 182 y ss: explica que si bien la meta del proceso penal es alcanzar la verdad, no podemos adscribir a un concepto de verdad como el de las ciencias empíricas, pues existen limitaciones de tiempo, de personal y de dinero; “por el contrario, al proceso penal se le dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad” (p. 187)... “las barreras que el Derecho procesal ha levantado de propósito contra la indagación de la verdad. Precisamente, los testigos que probablemente más saben (de lo que afecta al acusado y de lo que éste les haya podido confiar como profesionales) tienen derecho al silencio y deben incluso ser instruidos sobre el mismo. El derecho procesal penal despliega una amplia y estructurada serie de prohibiciones de prueba (p. 188)...se trata de prohibiciones de: - preguntar lo más mínimo sobre determinadas cuestiones...emplear determinados medios de prueba... emplear determinados métodos de indagación de la verdad... verificar determinadas pruebas por cualquier persona... valorar para la producción del caso una prueba obtenida contra las prohibiciones anteriores (p. 189)...Los supuestos mencionados muestran que el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad... lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal. La ética y la justificación de la fase de producción es la ‘verdad’ del caso, y la ética y la justificación de la fase de la decisión es la ‘justicia’ de la sentencia... la búsqueda de la verdad material puede llevar a dañar corporal, espiritual o socialmente a las personas (p. 190)...la formalización de la averiguación de la verdad sirve a garantizar la tutela de la persona respecto de la cual se indaga. Pero no garantiza que lo que se obtenga tenga alguna relación con la realidad (p. 191)”. Con relación a la inmediación: p. 192: “el caso, que ha de servir como fundamento a la sentencia, tiene que ser producido en el juicio oral y con la intervención directa de todos los protagonistas del mismo... p. 194: Los principios de inmediación y oralidad, que se deben a las ideas de la Ilustración que inspiraron las reformas legislativas del siglo XIX, son expresión de la aspiración por excluir radicalmente la comprensión textual de la fase de producción del caso y por ordenar con consecuencias estrictas lo que en esta fase resulta de cualquier modo difícil de evitar: la comprensión escénica con todas sus correspondientes complicaciones relativas a su aseguramiento y a su aptitud para ser objeto de informe verbal. El proceso inquisitivo...fracasó al incurrir en el error de creer que un proceso, una escena, puede ser plasmada en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real. Con relación a la “comprensión” y a los prejuicios: El autor utiliza el término

“comprensión” para referirse a la “producción del caso”. Aquí habla de los prejuicios: “Cada vivencia, cada comprensión, resulta así algo preparado. De los roles y de las experiencias cada uno de nosotros lleva consigo algo que hasta ahora hemos llamado con cierta imprecisión `modelos´. La teoría de la comprensión, la hermenéutica, lo denomina `pre-comprensión´ y quiere indicar con ello que ninguna vivencia humana y tampoco una concepción teórica de un objeto, encuentra o capta dicho objeto de modo puro... solo puede llegar a ello desde los prejuicios que él mismo lleva consigo y proyecta sobre el propio objeto. En este sentido, el objeto mismo es sólo algo previamente pensado, una magnitud anticipada, que se hace `real´ sólo en el proceso de comprensión y, con ello, resulta modificado, producido, en el proceso de comprensión. De todo ello se deriva, a su vez, que resulta ingenua la voluntariosa recomendación de que se debe prescindir de los prejuicios o que, al menos, hay que dominarlos en lo posible... Ingenua y peligrosa sería también la idea (especialmente para los penalistas) de que gracias a una rigurosa disciplina científica uno logra desprenderse de prejuicios y puede afrontar los objetos -los casos y las personas en ellos implicadas- libre de ideas preconcebidas. Esta idea sería el primero de los prejuicios...” (p. 111). “El juez no debe negar u ocultar sus prejuicios, sino que por el contrario debe dejarlos a la luz (p. 112). Se refiere a la comprensión escénica en contraposición a la comprensión de textos.

Palabras claves: INMEDIACIÓN, ORALIDAD, VERDAD, VERDAD MATERIAL Y VERDAD FORMAL, HERMENÉUTICA, PREJUICIOS, SESGOS.

21) BENTHAM, Jeremías “*Tratado de las pruebas judiciales*”, Vol. 1, traducción del francés por Manuel Ossorio Florit, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971: Pg. 190: Se refiere a los fundamentos que sustentan la “presencial del juez en el interrogatorio”: “1) el juez que no ha oído a los testigos, nunca puede estar seguro de que las actas representen fielmente el testimonio oral, ni de que éste haya sido exacto y completo en su origen...cuando únicamente tiene para instruirse piezas escritas, no puede suplir ninguna omisión, ni hacerse explicar lo que puede resultar oscuro, ni salir de la duda en que puedan sumirlo unas declaraciones contradictorias; 2) el testimonio prestado en forma inferior se ve privado de la parte más instructiva, de esa prueba circunstancial que suma tanta fuerza al testimonio oral, aquella que resulta de la conducta de los testigos y de las partes...la fisonomía, con el tono de 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...que vuelve ciego y sordo los casos en que es preciso ver y oír todo...3)...la presencia del juez en el interrogatorio es, además bajo los auspicios de la publicidad, la mejor salvaguarda para la observancia de todas las reglas legales; no se producirán ni las preguntas capciosas, ni los procedimientos que puedan intimidar a los testigos o a las partes: evitará los altercados de los abogados; podrá un freno más poderoso a la mentira, porque la ley debe otorgarle el poder, en caso de falso testimonio, de aplicar una pena inmediata cuando hay una convicción inmediata”. La obra es fundamental para la valoración del testimonio (credibilidad, fiabilidad, mentira, memoria, etc.).

Palabras claves: TESTIMONIO, VALORACIÓN, INMEDIATEZ, ORALIDAD, ESCRITURA, MENTIRA, CREDIBILIDAD.

22) CASTRO, Máximo “Curso de Derecho procesal”, T. 1, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1957: p. 27 “la oralidad facilita la vinculación entre el juez y los litigantes, mientras que la escritura hace lento el procedimiento por la necesidad de los traslados. Aquella permite la concentración de la actividad procesal en unas pocas audiencias, en tanto que en el procedimiento escrito esa actividad se diversifica, desapareciendo su unidad. Mientras en el juicio oral la presencia del juez en la audiencia es condición de validez del acto, y por lo tanto no puede delegar esa función, en el procedimiento escrito la delegación es la regla. En el juicio oral el juez va formando su convicción a medida que la prueba se produce, mientras que en el procedimiento escrito generalmente se entera de la causa del litigio mucho tiempo después, examina la prueba, en cuya producción no ha intervenido, y dicta sentencia, sin haber visto a los litigantes ni a los testigos. Los que defienden el procedimiento escrito sostienen que mediante él puede el juez, con tranquilidad, constatar los argumentos y formar su convicción, serenamente, y no bajo la influencia del debate, y que el procedimiento oral requiere del juez una extraordinaria preparación para resolver rápidamente...”. P. 128: Se refiere a las garantías tendientes a que el testigo se pronuncie con la verdad; entre ellas: juramento, la contradicción (presencia de ambas partes a fin de preguntar), publicidad (a fin de que los ciudadanos puedan desmentir al testigo), judicialidad (el testigo debe expresarse ante el magistrado o el delegado impuesto por él).

Palabras claves: ORALIDAD, INMEDIACIÓN, ESCRITURA, TESTIMONIAL.

23) JAUCHEN, Eduardo M. “El juicio oral en el proceso penal”, Rubinzal, Santa Fe, 2008 P. 36: Se refiere a los principios del juicio oral estableciendo una distinción entre la oralidad y la inmediación. Esta última “exige que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción y percepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la naturaleza y original entidad de tales elementos, tergiversando así la aptitud real de la prueba. Por otro lado, la inmediación comprende también la percepción directa de las pruebas por las partes. Y finalmente, la comunicación personal y oral entre todos los sujetos procesales. Y citando a Bacigalupo -en la nota nro. 2- refiere “el origen del principio de inmediación se encuentra en la negación del sistema de justicia secreta”. Con relación al interrogatorio expresa: “el tribunal sólo será objetivamente imparcial cuando no intervenga para nada en la producción de prueba, manteniéndose expectante y atento a la controversia de las partes, quienes por lo tanto son las únicas que pueden interrogar a los testigos, peritos y partes, etcétera. El juicio penal argentino es un juicio controversial puramente, sólo así se avala la imparcialidad del

juzgador; si el tribunal toma la iniciativa de preguntar es porque tiene interés en conocer algún extremo del objeto procesal o porque le han quedado dudas respecto al mismo; ambos supuestos denotan una abstracta posición partiva inconciliable con la immaculada imparcialidad que lo debe rodear. Imperioso es que el tribunal esté despojado de todo impulso en el esclarecimiento de lo que en su fuero íntimo le pueda despertar un interés o duda con relación a los hechos; tal esclarecimiento está sólo a cargo de las partes, fundamentalmente del Ministerio Público Fiscal; y si tiene dudas tendrá que resolverlo en la sentencia conforme al principio del in dubio pro reo...”.

Palabras claves: ORALIDAD, INMEDIACIÓN, TESTIMONIAL, ACTIVIDAD DEL JUZGADOR, IMPARCIALIDAD.

24) LEVENE, Ricardo “*Hacia la gran Reforma Procesal Penal. El juicio oral en todo el país*”, Lerner editores asociados, Buenos Aires, 1986: p. 15 “Sin olvidar las ventajas que aquel sistema ofrece por su fijeza, y porque permite descartar los efectismos a que se expone el juicio oral, recordemos que a este último argumento respondía Ángel Ossorio y Gallardo en un artículo titulado *El juicio oral (páginas póstumas)*, que no siempre gana los pleitos quien habla bien, ni los pierde quien habla mal, debiendo hacerse justicia al buen criterio de los magistrados, ya que con el mismo sentido podría argumentarse, en contra del procedimiento escrito, que gana las causas el buen escritor y las pierde el malo... Siendo uno de los fines del proceso la investigación real o material de la verdad, ella se consigue mucho mejor con un debate público oral, superior desde todo punto de vista al escrito, secreto, y con pruebas legales. La oralidad se adapta mejor al régimen republicano de gobierno y permite obtener economía, rapidez y seguridad, aunque requiera al mismo tiempo gran capacidad de los magistrados...Es indiscutible que con la oralidad los hechos fuerzan más la atención del juez, pues la discusión es viva y directa y permite aclarar los puntos oscuros, mientras que las actas, y especialmente las declaraciones testimoniales escritas, tan solo pueden darle una idea pálida, limitada y expuesta a errores de la realidad. Sobre todo, una de las ventajas mayores del principio de que venimos sosteniendo, consiste en que comúnmente, el mismo va unido a otros que son también esenciales, como ser la publicidad, la inmediación, la concentración y continuación, y las libres convicciones o la sana crítica en la apreciación de la prueba. Todo ello redundará en una mayor celeridad y economía del proceso...suele sintetizarse las ventajas del juicio oral en la mayor rapidez...la oralidad permite la vinculación directa entre el juez y las partes y la actividad procesal...el juez recibe una impresión viva y directa de la prueba...Es cierto que esa forma de llegar a la sentencia no tiene quizás las ventajas de la del procedimiento escrito, donde el juez actúa serenamente y con tiempo puede buscar la información que necesita, pero este problema puede resolverse concediendo en el sistema oral un plazo al magistrado para que dicte su sentencia...además, la escritura no permite captar en las declaraciones las actitudes personales de los que deponen, la turbación, desvoltura, afectación, serenidad, animosidad, etc., del declarante, y por eso, lo escrito, al decir de Manzini, es cosa muerta, descolorida, mientras que lo oral es cosa viva, sentida...P. 18: “La inmediación, estrechamente unida a la oralidad, permite al magistrado ponerse en contacto directo con

las pruebas y las partes y captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originales...”.

Palabras claves: ORALIDAD, INMEDIACIÓN, VALORACIÓN TESTIMONIO, ESCRITURA.

25) GORPHE, Francois, “La apreciación judicial de las pruebas”, La Ley, Buenos Aires, 1967: P. 214: “las pruebas personales, confesión y testimonio...son más difíciles de apreciar en un escrito que de visu et audita: el papel es inerte pero el acusado o el testigo tienen vida. Esta es la gran razón de ser de la importante regla de la oralidad de los debates, esencial en primera instancia, sobre todo en los procedimientos criminales y que es exclusiva aun en las cortes inglesas. Esta regla, que se confunde en parte con la de la inmediatez de la prueba producida fue llevada tan lejos por ciertas legislaciones que condujo algunas veces a sacrificar otra garantía más eficaz, la de la apelación, porque en instancia de apelación no sería casi posible recomenzar todo el debate y el segundo grado de la jurisdicción debe ser un control más bien que una repetición del primer grado”.

Palabras claves: ORALIDAD, ESCRITURA.

26) ODERIGO, Mario A. “Derecho procesal penal”, T. 1, Depalma, Buenos Aires, 1978: Pg. 79: se refiere a las formas de comunicación procesal subdividiéndolas en a) oralidad (sostiene que necesita la *inmediación* entre emisor y receptor, con la consiguiente posibilidad de que los signos fonéticos vayan acompañados por acciones, convencionales o libres, voluntarios o involuntarios, que acrediten la potencia expresiva de aquéllos); b) escritura (posibilita la mediación entre emisor y receptor, que permita más serenos y acabados razonamientos); c) oralidad actuada (no actuada por “actuación” sino por quedar recogida en “actas”). Al hablar de la oralidad dice “que confiere mayor vivacidad, sinceridad y realismo a la expresión” (pg. 81). Pg. 87 se refiere a la “inmediación”: “el juez no tiene conocimiento original de los hechos, que no los ha presenciado, sino que debe adquirirlos por medio de cosas o de personas, mediante las aportaciones respectivas que hagan las demás personas intervinientes en el proceso, es decir, por los medios de prueba”. Dice que hay que reducir al mínimo las mediaciones personales entre el hecho y el juez. Por ello el juez “debe intervenir personalmente en la investigación y secuestro de los rastros materiales permanentes del delito; debe recibir personalmente la declaración indagatoria del procesado y las declaraciones testificales; debe tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

Palabras claves: ORALIDAD, ESCRITURA, INMEDIACIÓN.

27) TRAN, Jordi *“El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”*, *Revus (Online)*, 33/2017: Establece una distinción entre concepción persuasiva de la prueba y concepción racional. La primera dota de gran fuerza al principio de inmediación, en flagrante vinculación con el principio de oralidad. La inmediación, desarrollada en el juicio oral, permite al juez tener contacto directo con la prueba, permitiendo una mejor valoración (considerándose un límite para la revisión en segunda instancia). Esta concepción persuasiva de la prueba tiene tres componentes: 1) la íntima convicción del juez como único criterio de convicción; 2) versión muy fuerte del principio de inmediación; 3) débiles exigencias de motivación; 4) debilidad de la revisión en segundas instancias. Por el contrario, la concepción racionalista de la prueba se sustenta en: 1) refutación y corroboración de hipótesis como forma de valoración de la prueba; 2) versión débil del principio de inmediación; 3) fuerte exigencia de motivación; 4) amplio campo de control para la revisión en segundas instancias. Pg. 3 dice: *“ la inmediación no es otra cosa que una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos para que esté presente en la práctica de la prueba, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción. Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo de la inmediación... una 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 inmediación al a estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen. Así, para dar un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, depende de una inferencia probatorio a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas. Por ello, en conclusión, no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de este tipo. El principio de inmediación resulta, pues, compatible con el control de las inferencias probatorias”*. Luego le dedica todo el artículo a la explicación de cómo debe realizarse debidamente la revisión del decisorio.

Palabras claves: INMEDIACIÓN, ORALIDAD, CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA, PERSUASIVA.

28) ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto “Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, Jueces para la democracia, ISSN 1133-0627, N° 46, 2003: Refiere el autor “La inmediación, conforme ahora se la entiende, irrumpe en la escena como una implicación necesaria del proceso oral y público, intensamente reivindicado por los juristas y *philosophes* de la Ilustración, alternativa al inquisitivo, escrito y secreto”. Así, refiere que la publicidad se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal. “La garantía implícita en la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter inmediato, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento”. “Se afirma ahora la superioridad del juicio presencial, en tiempo real, que, en expresivos términos del mismo autor, ofrece la ventaja de que "en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas". Luego se refiere a quienes consideran que la inmediación hace a la libre convicción, como forma de captación de lo que sucede en el juicio pero que no es susceptible de ser verbalizado o expresado en la motivación; al respecto dice “En efecto, la inmediación, la relación de proximidad temporo-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 -extrasensorial* casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones- de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente 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 inmediación 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”. Luego se refiere a la poca fiabilidad de los testigos y a los riesgos en la valoración del testimonio. Sobre el final establece conclusiones: 1) La inmediación no es *un método* de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia; 2) Los aportes de los testigos, aún de buena fe, pueden significar desviaciones de la realidad; 3) la memoria pura no existe; 4) El testigo que ha sido afectado por el hecho es aún menos fiable; 5) El lenguaje corporal y gestual es ambiguo y de difícil interpretación; 6) La intención de la conducta es un hecho que el tribunal tiene que probar...11) El contacto inmediato con fuentes personales de prueba no pone en contacto con los hechos; 12) no existen fuentes directa de prueba, en el sentido de que ninguna pone en contacto directo al juez con los hechos; 13) En el proceso de adquisición de conocimientos mediante la prueba, el juez debe estar muy atento a las inferencias realizadas (sobre todo a las máximas de experiencia sobre las cuales se sustenta), en tanto -sobre todo en la prueba personal- está sumamente abierta la incidencia de prejuicios; 14) la convicción judicial no es un estado de conocimiento alcanzado subjetivamente, sino mediante un proceso racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos...20) es necesario que el juicio oral sea documentado con la máxima fidelidad posible para

permitir la revisión; 21) la doble instancia es una garantía fundamental (juicio sobre juicio)...

Palabras claves: INMEDIACIÓN, VALORACIÓN TESTIMONIO, PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO.

29) CARNELUTTI, Francesco “Derecho y proceso”, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971: P. 173: “El problema el procedimiento, en primer término, es por tanto el de garantizar el éxito del diálogo, que quiere decir el entendimiento recíproco de quien habla y de quien escucha. El principio fundamental, a este respecto, tan conocido, toma el nombre de inmediatez...no significa ausencia de mediación en cuanto a la abreviación de la distancia entre los sujetos del diálogo. En este sentido, por tanto, no contrasta con el principio de la inmediatez el instituto del defensor; éste, si cumple verdaderamente su oficio, aproxima, en lugar de alejarlas, a las partes entre sí y también a las partes al juez. El principio de la inmediatez se podría parafrasear con la expresión: acordar las distancias”. En la nota 4 de la página sostiene que la inmediatez se resume en la oralidad y tuvo su primer defensor en Chiovenda.

Palabras claves: INMEDIACIÓN, ORALIDAD.

30) ATIENZA, Manuel “Curso de argumentación jurídica”, Trotta, Madrid, 2013: CAP. 1: El autor se refiere a las distintas concepciones del derecho (formalismo, positivismo, realismo, escepticismo, constitucionalismo), para luego abordar las teorías de la argumentación jurídica (se refiere a la distinción entre la justificación interna y externa, denotando que la primera se correspondería con la lógica-formal, mientras que la segunda se correspondería con el establecimiento de las premisas). CAP 2: Comienza diciendo que “Pero, al mismo tiempo, ninguna de las principales concepciones del Derecho del siglo xx resulta plenamente satisfactoria, por diversas razones: el formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico; el iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica; para el positivismo normativista, el Derecho —cabría decir— es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir, y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica; el positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo,

seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento al servicio de fines externos y carente de valor moral; y las teorías «críticas» del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno), necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo”

Palabras claves: ARGUMENTACIÓN, MOTIVACIÓN.

31) TARUFFO, Michele *“Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”*. El autor analiza los poderes probatorios del juzgador y su relación con los sistemas de juzgamiento.

Palabras claves: PROCESO ACUSATORIO, PROCESO INQUISITIVO, JUSTICIA, PODERES DEL JUEZ.

32) DUCE, Mauricio J. *“Errores del sistema y condena de inocentes. Nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria”* en *“Modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal”*, **Thompson Reuters**. El autor trata los errores del sistema de justicia penal a partir del estudio de sus causas y prácticas instaladas que podrían influir en su producción. Estados Unidos evidenció su preocupación, principalmente a partir de la década del 30, siendo en la actualidad sus investigaciones más conocidas las llevadas adelante por el *Innocence Project*. Hace una breve mención de sistemas comparados donde han mantenido su preocupación por los errores en las condenas. Pg. 9: *“En general, se señala que seis serían los principales factores que incidirían en la producción de estos resultados: 1) problemas con la identificación del imputado; 2) uso de testigos mentirosos o poco confiables; 3) uso de confesiones falsas; 4) uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad; 5) visión de túnel (prejuicio de confirmación); 6) inadecuada representación legal de los condenados”*, elabora una revisión breve sobre cada uno de estos problemas. Causales de reconocimientos: memoria del testigo, circunstancias en que se produjo la observación, el procedimiento. Con relación a los testigos falsos, refiere que no es sencillo determinar la credibilidad del testigo (no habiendo un sistema confiable que permita realizar una correcta valoración).

Palabras claves: ERRORES DEL SISTEMA JUDICIAL, RECONOCIMIENTOS, TESTIGOS, CREDIBILIDAD, CONFESIONES FALSAS, PREJUICIO DE CONFIRMACIÓN.

33) MANZANERO PUEBLA, Antonio “*Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*”, ediciones Pirámide, Madrid, 2018: Pg. 97 “La intuición en el análisis de credibilidad”. Refiere un modelo de credibilidad basado en tres tipos de información: información condicional, acuerdo intersubjetivo e intrasujeto y sesgos de respuesta del testigo. Información condicional: son las condiciones del testigo en la situación en que se produjo el suceso del que informa (el sujeto decide sobre la credibilidad de otro imaginándose la situación del testigo e intentando evaluar si en dichas circunstancias sería capaz de recordar una u otra información). Realiza críticas. Acuerdo intrasubjetivo e intersujeto: dependiendo del grado de acuerdo entre las diferentes informaciones relacionadas con el delito (las propias inconsistencias -acuerdo intrasujeto- y la oposición con otras declaraciones -acuerdo intersujeto-). Realiza críticas. Sesgos de respuesta (confianza expresada por los testigos y factores no verbales). P. 68: Falsas memorias, *sugerencias*.

Palabras claves: PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO, RECONOCIMIENTOS, MENTIRA, SINCERIDAD, CREDIBILIDAD.

34) UBERTIS, Giulio, “*Elementos de epistemología del proceso judicial*”, Trotta, Madrid, 2017: P. 12: La decisión justa, independientemente del criterio jurídico empleado, no podría ser tal si su base fáctica se revelase errónea o inatendible. La búsqueda de la verdad no es el fin último del proceso sino el presupuesto para poder decidir adecuadamente cuál sea la ley aplicable al caso en concreto. Al respecto, no importa solo el decisorio sino el procedimiento, importa más el método que el resultado, la justicia de la sentencia está en el camino seguido para el resultado. P. 13: el resultado de cualquier investigación depende del contexto en el que se desenvuelve, de la metodología seguida y de las finalidades prefijadas. No se puede obtener la verdad absoluta. Pg. 15 Doble perspectiva de la prueba: concepción argumentativa de la prueba (desarrollada a partir de la antigüedad clásica y hasta el medioevo, planteada en una óptica subjetiva; la teoría de lo probable no era formulada en términos objetivos o estadísticos, sino construida en relación con el mundo humano y éticamente orientado); y la concepción demostrativa de la prueba (pretensión de reconducir todo razonamiento al interior de una estructura lógico-demostrativa de impronta silogística, basada en criterios indiscutibles, con exclusión de los caracteres de la duda y de la opción; desarrollo de la metodología inductiva, recayendo el acento sobre la probabilidad objetiva. La lógica jurídica fue asimilada a la lógica inductiva y la prueba judicial a la prueba indirecta, que implicaba el paso de un hecho conocido a otro desconocido). Pero lo cierto es que (p. 20) en el mundo del derecho el investigador no se relaciona directamente con los hechos, sino con los enunciados fácticos. La prueba no se refiere a un hecho, sino a un aserto. Es inexacto hablar de la “prueba de la verdad de los hechos”, pues un hecho ‘es’ o ‘no es’; solamente su enunciación puede ser ‘verdadera’ o ‘falsa’. En consecuencia “las expresiones ‘prueba de un hecho’ y ‘prueba de la verdad de un hecho’ solo podrán reputarse correctas si entendidas como fórmulas abreviadas de ‘prueba de la verdad de la afirmación de existencia de un hecho’”. Pg. 25: La lógica del juicio: se debe aclarar el mecanismo por el cual el juez llega a la conclusión (comprender la

estructura de tales juicios es necesaria porque el juez debe rendir cuentas: ante las partes y ante el superior); con lee pensamiento ilustrado se acceso a una reconstrucción consciente del trabajo del juez (se llega a la formulación de la sentencia como acto constituido por una premisa mayor -enunciado normativo-, una premisa menor -afirmación de la verificación de un hecho- y conclusión. Pg. 29: La sentencia: contextos de decisión y de justificación (dos procedimientos convergentes y estrechamente conectados). Pg. 31: Existe un tercer nivel, preliminar a los dos anteriores: el contexto de investigación (epistemología jurídica: criterios e instrumentos usados por el juez para adquirir el material fáctico sobre cuyo fundamento realizar las opciones decisorias). Vale aclarar que la traslación de la distinción entre *context of Discovery* y *context of justificación* del ámbito científico al ámbito jurisprudencial ha llevado a la confusión de pensar que el *context of Discovery* no es “descubrimiento”, sino “decisión”, desplazándolo hacia adelante. La secuencia científica (donde no hay juez y quien descubre es quien debe justificar) es: 1) contexto de descubrimiento y formulación de hipótesis; 2) contexto de justificación y eventual convalidación. La secuencia judicial es: 1) contexto de descubrimiento y formulación de la hipótesis (momento de la instrucción; la parte formula la hipótesis); 2) contexto de investigación (se practica la prueba que se desarrolla ante el juez); 3) contexto de decisión; y 4) contexto de justificación. Pg. 51 y ss.: explica la concepción dialéctica de la prueba. Capítulo V: Léxico y estructura de la prueba: se refiere a la secuencia probatoria: medio de prueba, fuente de prueba (personal o real), medio de prueba, proceso intelectual (inferencia), resultado de prueba, conclusión probatoria, momento decisorio, control de veracidad/confrontación enunciados fácticos, resultado de la prueba (positivo o negativo). Todo ello sujeto al principio de adquisición procesal (la prueba incorporada puede utilizarse independientemente de la finalidad con la cual se produjo). Las máximas de experiencia (enunciado generales obtenidos a partir de la observación de sucesos pasados, susceptibles de ser formulados por cualquier persona de buen entendimiento y mediana cultura) aún cuando se construyan con un método correcto que se aproxime lo más posible al científico, puede operar solo como una premisa mayor de un procedimiento gnoseológico del que el elemento objeto de examen constituye la premisa menor, pero cuya conclusión siempre será hipotética (o probable). Se refiere a los hechos “notorios” y los pone como equivalentes de los “hechos probados”. Pg. 83: crítica a los criterios clasificadores de las pruebas pues carecen de fundamento epistemológico. Expone sobre pruebas representativas y críticas, y establece la distinción entre pruebas propiamente dichas (representativas o críticas) e indicio, estableciendo que las primeras se obtienen mediante la utilización de leyes lógicas o científicas no probabilísticas, en cambio los indicios basan en la aplicación de máximas de experiencia (o leyes científicas probabilísticas). Pg. 94: Juicio asertivo de conclusividad probatoria. Distinción entre “evidence” y “proof”. Se refiere a la valoración de la prueba, individualmente y en su conjunto. Pg. 103: Método probatorio judicial: procedimiento probatorio. Dos estadios consecutivos: el primero que concluye con la *admisión* de la fuente y/o medio de prueba; y, de ser positiva la decisión, se procede a la introducción del elemento de prueba entre los datos utilizables para el pronunciamiento, a través de la *asunción* de la fuente y/o medio de prueba. Pg. 114: reglas sobre admisión de la prueba se refiere a la directriz del método probatorio atinente a la limitación del objeto de prueba y de los instrumentos con los que obtener la verificación. Dos ópticas diferente: la primera referida a la verosimilitud, pertinencia y relevancia probatoria. No basta con superar este

primer examen, sino que hay una segunda perspectiva de limitación del objeto de prueba y de los instrumentos gnoseológicos judiciales que se relaciona con las “reglas de admisión” (o “reglas de exclusión”, en sentido negativo). Estas reglas identifican las modalidades cognitivas inconciliables con el ordenamiento. Luego se refiere al Derecho a la prueba (pg, 124). “el derecho a la prueba implica, para quien es su titular, no solo el derecho a la admisión de un medio de prueba relevante sobre un objeto de prueba verosímil y pertinente, sino también el derecho a su práctica efectiva en régimen de contradicción y a la valoración de sus resultados”. Derecho a la prueba: tres aspectos (admisión, asunción y valoración probatoria). Pg. 130: Reglas de valoración probatoria.

Palabras claves: VERDAD, LOGICA JURÍDICA, SENTENCIA, CONTEXTOS DE DESCUBRIMIENTO, INVESTIGACIÓN, DECISIÓN Y DE JUTIFICACIÓN, MÁXIMAS DE EXPERIENCIA, INDICIOS, SOSPECHA, VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA, ACTIVIDAD PROBATORIA -VEROSIMILITUD, PERTINENCIA, RELEVANCIA-, DERECHO A LA PRUEBA, VALORACIÓN.

35) IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2009: El autor aborda temáticas relativas con el juicio valorativo del testimonio; capítulo 3 se refiere a los principales problemas que pueden surgir en todo testimonio (pone énfasis en la falta de fiabilidad de la memoria); capítulo 5, desarrolla consideraciones sobre la manera en que debe materializarse el juicio valorativo de toda declaración.

Palabras claves: MEMORIA.

36) DUCE, Mauricio J. “Prueba pericial y condena de inocentes: antecedentes comparados para el debate en América Latina” en “Temas de vanguardia en ciencias forense”, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2018. Comienza evidenciando la importancia que la prueba judicial tiene para el actual sistema de justicia, refiriendo que en cada etapa de la historia hubo un medio de prueba que se prefería por sobre el resto. La prueba pericial impacta en el sistema judicial con mayor número de errores (Innocence proyect explica que es la segunda causal de condenas erróneas). Se refiere a los errores y a los “casi errores” (*near misses*), donde el sistema advirtió que se había cometido un error previo al dictado de la condena. Los principales cuatro problemas de la prueba pericial: 1) uso de prueba pericial poco confiable (opiniones expertas fundadas en disciplinas de escaso rigor metodológico o científico); 2) el testimonio inválido de los peritos -el problema no está en la disciplina, sino en las afirmaciones y conclusiones del perito que no cuentan con apoyo empírico en su disciplina); 3) el mal comportamiento de los peritos (comportamientos explícitamente orientados a causar error...se refiere también a los sesgos cognitivos por parte del perito); 4) el uso tardío de la prueba pericial (produce los *near misses*, ya que se considera probada la culpabilidad y la pericia es la forma de terminar de acreditarla -cuando en realidad demuestra la inocencia-). El peso decisivo de la prueba pericial surge por provenir de opiniones de expertos y por el desconocimiento, generando

riesgo de errores en el sistema. El riesgo se disminuye en los sistemas que permiten un control estricto de la prueba pericial.

Palabras claves: PRUEBA PERICIAL, ERRORES DEL SISTEMA, SESGOS COGNITIVOS.

37) DUCE, Mauricio J. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su fundamentación y algunas recomendaciones para su mejora”, Polít. crim. Vol. 12, No 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379. Comienza explicando los distintos tipos de reconocimiento: en rueda, por fotos, e individual (se le exhibe a la víctima solo la persona aprehendida para que confirme si es el delincuente); distinguiéndolo de otros: el álbum policial (no tiende a confirmar la sospecha, sino a conducir la investigación), el identikit y el reconocimiento en juicio (debate). 2.2 Las investigaciones científicas han demostrado que los reconocimientos son poco confiables. Trata problemas de percepción y principalmente de memoria: explica que la memoria se va reconstruyendo conforme pasa el tiempo (remite a Mazzoni). Pg. 301: “*la literatura científica ha descrito que el trabajo de la memoria para los efectos de llevar a cabo reconocimientos se desarrolla en tres procesos diversos: la codificación (que corresponde al registro y retención inicial de los datos de un rostro percibido), el almacenamiento (en el que se guardan o almacenan a más largo aliento los datos codificados), y la recuperación (proceso en que se accede a la información almacenada de manera consciente y ella es usada para tomar decisiones y guiar comportamientos)*”. Factores que afectan la memoria en cada uno de estos procesos: variables de estimación (o del incidente) y variables del sistema. Los primeros (distancia y luminosidad, duración de la percepción, etc.) son hechos dados por el caso y los segundos (entrega de información previa, lenguaje usado por el funcionario, etc.) son producidos por el propio sistema. Sobre estos últimos se puede trabajar a fin de disminuir los errores.

Palabras claves: RECONOCIMIENTOS, ERRORES DEL SISTEMA, INVESTIGACIÓN, PERCEPCIÓN, MEMORIA,

38) DIGES, Margarita y PÉREZ-MATA, Nieves “La prueba de identificación desde la psicología del testimonio”, en “Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento”, Marcial Pons, Madrid 2014, pp. 33-76. El reconocimiento es una prueba de memoria con dos condiciones: la honestidad del testigo, y que el testigo y el sospechoso no se conozcan de antemano. La psicología del testimonio ha determinado factores circunstanciales y factores del sistema. A) Factores circunstanciales: factores de suceso o ambiente y factores del testigo/víctima; B) Factores del sistema: los que dependen de la investigación policial y los que dependen de la investigación judicial. Pg. 36 posibles resultados del reconocimiento según entre la rueda esté el autor ausente o presente (las distintas respuestas determinarán los posibles errores, siendo el más grave el señalamiento

de un sujeto sin que sea el autor -el error es doble porque se incrimina a un inocente y se deja libre a un culpable). A) Factores circunstanciales: 1) factores del suceso o ambientes: a) duración del suceso y tiempo de exposición de la cara -mayor tiempo de exposición no implica más resultados positivos pero sí mayor confianza; menor tiempo de exposición sumado a condiciones perceptivas desfavorables sí puede tener efecto negativo-; b) condiciones de iluminación; c) número de agresores (a mayor número de agresores menos positivos se han logrado en los reconocimientos); d) etnia del autor vs del testigo (sesgo de identificación intra-etnia); e) disfraz (barba, gafas, etc.); 2) factores del testigo/víctima: a) víctimas vs testigos; b) violencia del suceso y estrés de la víctima; c) nivel de recursos atencionales; d) foco en el arma; e) edad de los testigos y víctimas: niños y ancianos; f) testigos hombres y testigos mujeres; g) alcohol; B) Factores de la retención (variables a estimar y del sistema): 1) intervalo de retención (tiempo desde el suceso hasta la rueda de identificación); 2) el efecto de otras caras: familiaridad; C) Factores del sistema antes de la rueda judicial: 1) fotografías (muy importante las aclaraciones que realiza); 2) rueda de fotografías; D) La rueda judicial: 1) tamaño y composición; 2) medidas y tamaño de la rueda 3) el proceso de decisión en la identificación 4) la rueda como un fenómeno cognitivo-social; 5) rueda secuencial; 6) la seguridad en la identificación; E) Después de la rueda. El artículo es importante ya que no solo analiza los distintos factores y su impacto en el reconocimiento, sino la confianza con que contesta el testigo (lo que puede servirme para analizar la “credibilidad por la confianza”); por otro lado -complementario con “¿son confiables las pruebas de reconocimientos en juicios penales?”, Conferencia de Duce en el marco de la V Jornadas Chilotas de Derecho- donde explica que el reconocimiento es relevante no solo para el resultado positivo, sino también cuando es “negativo” (en tanto se lo considera una prueba de descargo casi irremontable, cuando no debería ser así; incluso cuando el resultado es “negativo” por no tener “certeza” sobre la persona que se pretende “reconocer”).

Palabras claves: RECONOCIMIENTOS, ERRORES DEL SISTEMA, MEMORIA, PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO, PERCEPCIÓN, SESGOS, CREDIBILIDAD.

39) MAZZONI, Giuliana “Psicología del testimonio”, traducción de Amparo Moreno, editorial Trotta, 2019: Pg. 26: Verdad. El concepto ingenuo o realismo ingenuo sostiene que existe una adecuada correspondencia entre los hechos y su descripción -o las afirmaciones sobre ellos-; “*es esta verdad la que ingenuamente esperamos encontrar en las palabras de un testigo o en el resultado de un proceso*”. La teoría de la correspondencia establece que la verdad se entiende como la correspondencia entre lo que se afirma y la realidad. Otras concepciones se basan en la *coherencia* o en el *consenso*; finalmente existen conceptos subjetivos o utilitaristas. No se puede renunciar al concepto de verdad. P. 33 Verdad procesal (provisional, contextualizada y depende del acuerdo de la comunidad de referencia); citando a Taruffo toma el concepto de *verdad probable* y refiere que “*la idea de la correspondencia y de una verdad probable está presente como principio básico en la psicología del testimonio*” (pg. 34). Pg. 35: La mentira. Intencional e intencional. Todos los sujetos pueden mentir, incluso los niños (aunque sus mentiras posiblemente no sean

existosas), Para mentir se requiere buenas capacidades cognitivas y un desarrollo avanzado del sistema representativo. La mentira incluye varios elementos: 1) la conciencia del estado de las cosas del mundo; 2) la posible diferencia entre los conocimientos de distintas personas; 3) la creación de una representación potencial del estado de cosas que no se correspondan con la realidad; 4) la valoración de la credibilidad (para el engaño) de esta representación potencial; y 5) que estas representaciones supongan una ventaja para el que miente superior a la situación real. Pg. 38: técnicas o métodos para reconocer la mentira (ninguno exitoso).

Palabras claves: PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO, TESTIMONIO, VERDAD, REALISMO INGENUO, CORRESPONDENCIA, REALISMO, VERDAD PROCESAL, VERDAD PROBABLE, MENTIRA,

40) DEI VECCHI, Diego “La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva” en “Debatiendo con Taruffo”, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 273-295: El autor analiza el pensamiento de Taruffo. Explica que la justificación del enunciado fáctico se corresponde con la justificación externa de la decisión judicial. Analiza la premisa mayor y menor de la decisión judicial (conclusión). Se refiere a las disposición normativa, en contraposición a la norma (propiedad dicha), argumentando que la disposición normativa contiene varias normas, debiendo el decisor atribuir *un* significado a la disposición (es una actividad eminentemente volitiva; en la nota 9 distingue la interpretación cognitiva de la interpretación decisoria -cita a Guastini-). Luego analiza las dos alternativa para concebir el proceso: resolución de conflictos o aplicación de la ley. Para esto último -correcta aplicación de la ley- se requiere: a) norma adecuada para el caso que ha sido correctamente interpretada, y b) determinación de la verdad de los hechos que constituyen el caso. Finalmente, en el capítulo 3, trata la distinción entre los modelos de prueba como “conocimiento” y como “persuasión”. Si bien es cierto que el juez se persuade de la verdad o falsedad del enunciado fáctico, debe fundar su decisión exclusivamente en la prueba admisible, sometiendo a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificando la autenticidad y la credibilidad o la falsedad de la prueba), las inferencias que formula de un enunciado fáctico a otro (los razonamientos deben ser aceptables y válidos) y la fundamentación de las conclusiones que extrae (elecciones racionalmente justificadas).

Palabras claves: JUSTIFICACIÓN, DECISIÓN JUDICIAL, MODELOS DE PRUEBA.

41) MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria” en revista “Prolegómenos Derechos y Valores”, Volumen X – No 20 – Julio – Diciembre 2007: El

autor entabla la distinción entre justicia restaurativa versus justicia retributiva, haciendo especial hincapié en los beneficios de la primera.

Palabras claves: SISTEMAS DE JUSTICIA, JUSTICIA RESTAURATIVA, JUSTICIA RETRIBUTIVA.

42) GONZALEZ LAGIER, Daniel “*Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)*”,

43) ITURRALDE, Victoria “*Sobre el silogismo judicial*”, en *Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991, 239.272*: Comienza aclarando, nota. 6, que al referirse al silogismo (el cual define y establece su estructura) se refiere al silogismo teórico, en contraposición al silogismo práctico (cuya premisa mayor tiene un carácter intencional, la premisa menor sería la acción por la cual se alcanzaría tal finalidad y la conclusión es la acción). Pg. 247 Se refiere a las críticas que se le realizan a la teoría del silogismo judicial: 1) la ineficacia del silogismo para el establecimiento de las premisas; 2) la inviabilidad de este para explicar la actividad judicial; y 3) la no conformación del silogismo jurídico a los cánones de la lógica. La primera crítica (1) señala “que el aspecto relevante para fijar la corrección de la decisión judicial no es tanto probar que ésta ha sido obtenida de las premisas, como justificar las premisas empleadas”...el problema del juez no es llegar a una conclusión lógica sino fijar las premisas. La segunda crítica (2) se relaciona con que el silogismo judicial es una explicación inadecuada e inexacta de la manera en que los jueces realmente deciden. Su metodología es no deductiva. La autora contesta las críticas (1) distinguiendo justificación interna (el paso de las premisas a la conclusión) y la justificación externa (las premisas; esta última es la que justificaría la fijación correcta de las premisas). Luego, con relación a la crítica 3, explica porqué el silogismo respeta las pautas de la lógica (teórica y formal): explica que entre las premisas y la conclusión existe una relación necesaria (es decir, suponiendo que las premisas son verdaderas entonces necesariamente la conclusión también deberá ser verdadera). Luego de largas explicaciones teóricas la autora termina por descartar la utilidad del silogismo judicial.

Palabras claves: SILOGISMO JUDICIAL, JUSTIFICACIÓN INTERNA, JUSTIFICACIÓN EXTERNA.

44) LAUDAN, Larry “*Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*”, Traducción de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013: Cap. I: Se refiere a la epistemología jurídica. Establece que el fin del proceso está dado por la búsqueda de la verdad (reconociendo que no todo proceso está libre de errores).

Aclara que, pese a buscar la verdad, el proceso mantiene valores epistémicos y extra epistémicos (proteger derechos del acusado, celeridad del proceso, etc.). El autor pretende realizar un sistema hipotético puramente destinado al descubrimiento de la verdad (“sistema óptimo desde el punto de vista epistémico”), para luego confrontarlo con el sistema existente. La distinción entre sistemas con jurados o jueces técnicos no hace a la búsqueda de la verdad, ambos sistemas pueden ser válidamente concordantes con la búsqueda de la verdad (p. 29). El autor propone una meta-epistemología del derecho procesal penal, analizando cada principio en particular y determinando si se desempeña como un elemento veritativo-conducente y error reductor (en caso de que la regla sea veritativo-frustrante, se buscará algún principio que cumpla la misma función, pero sea mas acorde con la búsqueda de la verdad). Aclara que el error estará dado por los resolutorios sustentados en hechos falsos (declarar culpable al inocente y no lograr condenar al culpable). P. 35 y ss.: el decisorio no es constitutivo (el culpable será culpable, independientemente de que un jurado o tribunal lo declare como tal). Los veredictos pueden ser erróneos independientemente del cumplimiento de las reglas procesales. P. 38: El error también puede estar relacionado con la validez del veredicto (condenatorio o absolutorio): el veredicto será invalido cuando el juzgador a) le de a las pruebas mayor peso que el debido, o b) se malinterprete el grado de severidad del estándar probatorio. Un veredicto puede ser válido, aunque su conclusión no sea verdadera (validez y veracidad no necesariamente se corresponden). Pg. 44: Relevancia y admisibilidad. Se refiere a la credibilidad o fiabilidad y a la relevancia. Las primeras tienden a determinar el grado de confianza y la relevancia la importancia para la confirmación de la hipótesis (el juicio de relevancia es hipotético: “¿suponiendo que la prueba es confiable -fiable- es pertinente para el caso?”). La relevancia se sustenta en valores epistémicos, pero para ser admitida, además, se requiere analizar otras cuestiones -no epistémicas: no violentar derechos del acusado, no obtener la prueba ilegalmente, etc. Capítulo II: “La indescifrable duda razonable”. Se refiere al estándar probatorio de “más allá de toda duda razonable”, advirtiendo que Inglaterra -debido a la imposibilidad de definir la “duda razonable”- lo dejó de lado por el “estar seguro” (p. 63). P. 64: trata los orígenes de la duda razonable (siglo XVIII). Anteriormente el estándar era la “seguridad absoluta”, pero entendiéndolo rigurosamente era imposible de lograr; la duda razonable vino a suplantar el estándar existente. Durante mucho tiempo se la explicó como una “certeza moral”. P. 68 se refiere a las distintas explicaciones que se han dado sobre la “duda razonable”: 1. Toma de decisiones en la vida; 2. Vacilación en el actuar de una persona prudente; 3. Convicción estable; 4. Ofrecimiento de una razón para dudar; 5. Creencia altamente probable. 6. No es necesario definirlo (criterio jurisprudencial). Pg. 88: El problema deviene en que todas estas teorías dependen de “estados mentales” (que pueden ser infundados, prejuiciosos e irracionales); la “duda razonable” tiene que fundamentarse en las pruebas, no en el mero “estado mental”. Pg. 94: el autor se pregunta si es viable tener más de un estándar dependiendo de la gravedad del delito (aclara que cuando se creó el bar, todos los delitos tenían la misma pena -capital). Pg. 96 y ss: trata la pena capital desde el plano epistemológico. P. 103: Estándares de prueba: cita a distintos autores que se refieren a la cantidad de absoluciones erróneas debería haber por cada condena erróneas (excelente). Luego analiza las distintas posibilidades sobre el estándar y el lugar donde ubicar la duda: si la exigencia es del 100% de seguridad (no duda) nadie sería condenado -explica el autor

que los filósofos empiristas han demostrado que nunca podremos llegar a un conocimiento absolutamente certero pues siempre quedará una duda: un testigo pudo haber mentido, etc.-. El razonamiento inductivo perdería relevancia (por ser probabilístico).

Palabras claves: VERDAD, FIN DEL PROCESO, ERROR, EPISTEMOLOGÍA, CREDIBILIDAD, FIABILIDAD, RELEVANCIA, ESTANDAR PROBATORIO, DUDA RAZONABLE, PENA DE MUERTE,

45) ACCATINO, Daniela “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?” en REVUS [Online], 39, 2019: La autora se refiere a la teoría racional de la prueba, haciendo una mención a su desarrollo a lo largo del tiempo. Se refiere a la prueba como destinada a la búsqueda de la verdad (en contraposición al modelo persuasivo de la prueba), asumiendo verdad como “correspondencia”. A su vez, se refiere a la influencia de la epistemología.

Palabras claves: TEORÍA RACIONAL DE LA PRUEBA, FIN DEL PROCESO, VERDAD.

46) 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, vol. 26, 2005: Las decisiones judiciales se sustentan en un conjunto de creencias sobre las pruebas; cada creencia tiene un peso que incide en la evaluación de la prueba (“valor escalar de la creencia”). No toda creencia contribuye de igual forma a la valoración de la prueba, en tanto dicha contribución es el resultado de la “fiabilidad” y “validez” de dicha creencia. La “fiabilidad” es la credibilidad de los testigos; la “validez” sería la relevancia. Existen dos modelos para determinar la “credibilidad”: uno subjetivo o social y otro objetivo o científico. El primero se sustenta en meros indicadores subjetivos (no validado científicamente); el objetivo, en cambio, propone criterios empíricos de credibilidad. Si bien gran parte de los jueces apelan a indicadores subjetivos, la Sala de Justicia recurre a técnicos para determinar la credibilidad (en casos simulados la eficacia llegaba a 65/80% y en casos reales al 100%; sin perjuicio de ello, los autores realizan críticas a tales labores técnicas). Se propone un nuevo sistema objetivo: el SEG. Primero (antes de referirse al SEG -relacionado con el contenido de la declaración-) se refiere a cuestiones relacionados con la entrevista, aconsejando que las entrevistas narrativas (libre) o las cognitivas son las mejores; pues las entrevistas dirigidas o semi dirigidas pueden generar información erróneas (pues incorporan datos no aportados por testigos que, involuntariamente, modifican sus recuerdos; es decir, hay más información recuperada,

pero con más errores). Técnicas de las entrevistas cognitivas: 1) Se solicita que se recuerde el contexto físico y personajes; 2) Luego se solicita la narración libre; 3) cambiar la perspectiva (ponerse en el lugar de algún personaje); 4) Finalmente, se solicita la narración de los recuerdos en orden invertido (de atrás para adelante). Otros autores proponen una entrevista cognitiva con más puntos pero prácticamente idéntica. Luego se refiere a las particularidades de la entrevista con niños. Luego los autores analizan los criterios existentes para analizar el contenido de las declaraciones (la veracidad), refiriéndose a varios postulados. Finalmente, se refiere a su sistema: el SEG. Estaría compuesto por 9 tareas: obtención de la declaración, repetición de la declaración, contraste de las declaraciones recabadas a lo largo del procedimiento judicial, análisis del contenido de las declaraciones, análisis de la fiabilidad de las medidas, medida de las secuelas clínicas del hecho traumático, evaluación de la declaración de los actores implicados, análisis de la personalidad y capacidades de los actores implicados, y, finalmente, implicaciones para la presentación del informe (se explica cada una).

Palabras claves: PSICOLOGÍA, MEMORIA, INTERROGATORIO, CREDIBILIDAD, VERACIDAD.

47) GODOY-CERVERA e HIGERAS, “El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio”, en Papeles del psicólogo, Vol. 26, 2005: El SVA (evaluación de la validez de la declaración) es la técnica más usual para evaluar la veracidad de las declaraciones; se originó en Alemania en 1950 (Udo Undeutsch). El SVA está formado por tres componentes: a) entrevista estructurada con la víctima; b) el CBCA (análisis de contenido basado en criterios) que evalúa el contenido de la declaración; y c) la integración del CBCA con otra información obtenida. El CBCA está formulado por 19 criterios que pretenden diferenciar las narraciones verdaderas de las fabricadas (los 19 criterios están organizados dentro de cinco categorías: Características generales: 1. estructura lógica, 2. elaboración desestructurada, 3. Cantidad de detalles; Contenidos específicos: 4. Engranaje contextual, 5. descripción de interacciones, 6. Reproducción de la conversación; 7. Complicaciones inesperadas durante el incidente; Peculiaridades del contenido: 8. detalles inusuales, 9. detalles superfluos, 10. incomprensión de detalles relatados con precisión, 11. asociaciones externas relacionadas, 12. alusiones al estado mental subjetivo, 13. atribución del estado mental del autor del delito; Contenidos referentes a la motivación, 14. correcciones espontáneas, 15. admitir fallos de memoria, 16. plantear dudas sobre el testimonio, 17. auto-desaprobación, 18. perdón del autor del delito; Elementos específicos de la ofensa: 19. Detalles específicos de la ofensa). Cada criterio otorga una puntuación dependiendo si el criterio se presenta fuertemente o de forma moderada. Los autores aclaran que el SVA fue creado para la declaración de niños, por lo que varios criterios pueden no ser válidos cuando se trate de adultos. Además, se analizan distintas investigaciones (que pretenden determinar que criterios son los que mayormente se observan en los relatos veraces), pero que hacen tener recaudos a la hora de validar estas técnicas.

Palabras claves: VALORACIÓN DEL TESTIMONIO, CREDIBILIDAD, CBCA, SVA.

48) VALVERDE SOTO, M. José – RUIZ HERNANDEZ, José – LLOR ESTEBAN, Bartolomé, “Valoración de la credibilidad del testimonio: aplicación del Modelo Reality Monitoring”, en Revista Internacional de Psicología, Vol. 12 Nro. 02, 2013: Se refiere a que existen tres líneas investigativas sobre la credibilidad del testimonio: 1) las mediciones psicofisiológicas que estudian los cambios físicos asociados a la mentira; 2) estudios de comportamiento son verbales (análisis de movimientos y expresiones faciales del mentiroso); 3) el análisis del contenido de la declaración. La última es la más consolidada en la actualidad, encontrando diversas técnicas encaminadas a determinar el engaño: el CBCA, el modelo Reality Monitoring y el SCAN. El trabajo versa sobre el Reality Monitoring. Los autores aclaran que la verdad, como tal, depende del funcionamiento de nuestra memoria y que no se puede hablar de verdad en la valoración del testimonio -y tampoco de mentira-, pues no sabremos con certeza si el testigo miente hasta que él lo reconozca (se advierte que asumen una definición de mentira como “contrario a la realidad”, incluyendo la voluntaria y la involuntaria). La credibilidad del testimonio pretende analizar la exactitud que el testigo o una parte de su declaración le inspira al evaluador y le induce a creer que los hechos sucedieron tal y como declara (cita a Arce y Fariña). La declaración verdadera contiene más detalle contextual y sensorial; en cambio las declaraciones falsas contienen más detalles cognitivos (siempre que el sujeto no tenga tiempo de armar el relato). El autor relata que los recuerdos pueden ser externos (captados del mundo real) o internos (propios de la imaginación). Se refiere a la “motivación” y “emotividad” como dos elementos a evaluar a la hora de analizar la credibilidad. Los autores llevan a cabo una investigación donde pretenden acreditar la utilidad del RM para la credibilidad del testigo, concluyendo que los parámetros del RM no son suficientes (determinan que no alcanza con el mero análisis del contenido del relato, sino que debe complementarse con otras técnicas -información para verbal o del comportamiento).

Palabras claves: REALITY MONITORING, CREDIBILIDAD, RECUERDOS.

49) LEMOS GIRALDEZ, Serafín, “Simulación, engaño y mentira”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 26, 2005: Se refiere a la mentira como algo habitual (se observa en los animales y en los hombres). Los hombres mienten por distintos motivos. Finalmente se refiere a la importancia del relato sincero para el abordaje de la psicología y de la relación con el paciente.

Palabras claves: MENTIRA.

50) MANZANERO, Antonio L. – DIGES, Margarita, “Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993: Explican que inicialmente los trabajos de los psicólogos del testimonio pretendieron analizar al sujeto sincero y su falta de correlación con la realidad, y que luego comenzaron a realizarse trabajos sobre el mentiroso. La evaluación de la credibilidad debe comenzar analizando si el sujeto miente para, luego de descartar tal extremo, analizar la exactitud. “Un paso cualitativamente importante en los trabajos sobre credibilidad se produjo cuando se dejaron de estudiar los factores conductuales asociados al testigo y se comenzó a profundizar en el conocimiento sobre las características de los contenidos de las declaraciones. Entonces se estableció la distinción entre credibilidad de un testigo (se cuestiona su intención) y credibilidad de una declaración (lo importante no es el sujeto, ya que no se le atribuyen actitudes deliberadas de engaño, sino lo que dice)”. Utilizan un cuadro muy explicativo que evidenciaría los pasos que sigue el juez al valorar el testimonio (figura 1). Explican los tres factores que han servido para asociar al testigo deshonesto: A) estudios de cambio fisiológico, B) investigaciones conductuales de comportamiento no verbal y C) análisis de los contenidos de la declaración. Sobre A) se refiere al polígrafo -a los distintos test-, drogas de la verdad; sobre B) se refiere a un estudio de Miller y Burgoon que revisa los indicios en que los sujetos se basan para tratar de ser creíbles y los indicios que se utilizan para adjudicar credibilidad (utiliza una tabla muy útil y explicativa); sobre C) se refiere a la memoria externa (mundo real) e interna (imaginaria), diciendo que la primera tiene mayores datos contextuales y sensoriales. Luego se refiere al SRA (Undeutsch). Luego aborda la “evaluación subjetiva de la exactitud” (es decir, asumiendo que el testigo es honesto, se debe evaluar la exactitud). Se refiere a los jueces y los jurados, diciendo que si bien los primeros tienen un análisis más riguroso de las pruebas, en caso de duda son proclives a decretar la culpabilidad (lo que no ocurre con los jurados). Luego se refieren a distintas investigaciones realizadas tendientes a conocer el cómo piensan los abogados, jueces, estudiantes, ciudadanos sobre cuestiones relacionadas al testimonio. También analiza los factores que pueden producir equivocación en el testigo honesto (información post-suceso; explican que distintos expertos han polemizado sobre esta cuestión denotando la existencia de cuatro posibles teorías: 1) la información postsuceso provoca una alteración o reconstrucción en la memoria de los sujetos que termina mezclándose con la información original; 2) no existe conflicto entre ambas memorias, ya que solo habría una única huella de memoria (la información suministrada por el investigador); 3) la información post suceso solo será incorporada cuando los sujetos carezcan de huella de memoria original; 4) la información original coexiste con la información aportada post suceso, denotando la existencia de disímiles representaciones (la información aportada inhibiría a la información original, imposibilitando su acceso). Independientemente del criterio adoptado, hay coincidencia en que la información post suceso afecta considerablemente la información original). Finalmente se refiere al modelo de credibilidad denominado “el enjuiciador de la memoria” -Wells y Lindsay, primeros en plantear un verdadero modelo de credibilidad-, que opera sobre tres tipos de información: inf. Condicional, acuerdo intersujeto e intrasujeto y sesgos de respuesta del testigo. En la última página establece las conclusiones que resumen todo el artículo de forma clara.

Palabras claves: MENTIRA, CREDIBILIDAD, PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO, JURADOS, VALORACIÓN CONJUNTA (acuerdo intersujeto).

51) 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: Comienza refiriéndose a la “psicología social” y su relación con la detección de la mentira mediante la comunicación no verbales (influencia de libros de “autoayuda”, por ejemplo, libro de Allan Peace). El autor hace un recuento de las investigaciones con rigorismo científico que se han realizado sobre la detección de la mentira a partir de la comunicación no verbal, las cuales demuestran la falta de capacidad de las personas para detectar el engaño. Además se refiere a investigaciones que demuestran la relación entre exactitud y confianza en la detección de la mentira (es decir, la falsa creencia de que se ha logrado detectar la mentira). Algunas creencias populares son universales (por ejemplo, considerar el “no mirar a los ojos” como un señal de mentira); y si bien todas las investigaciones han descartado la validez de las creencias populares, el autor cita investigaciones de Vrij (2000) que parecería confirmar que dos señales sí pueden relacionarse con la mentira (la agudización de la voz y la realización de pausas más largas durante el relato). Finalmente, el autor trata sobre la capacidad de realizar entrenamientos en al detección de la mentira. Cita a Vrij, quien refiere tres posibles estrategias: retroalimentación, estrategia informacional y estrategia atencional, aunque reconoce que el reconocimiento del testimonio falso solo aumentó en un porcentaje muy pequeño (del 54% al 57%). Conclusiones: a) la capacidad de las personas para detectar mentiras es muy limitada (incluso tratándose de profesionales), b) las personas no tienen conciencia sobre si el juicio de credibilidad realizado es correcto, c) sobreestimación de la capacidad para identificar mentiras; d) utilización de claves equivocadas para realizar juicios de credibilidad; e) las creencias populares son erróneas; f) las mismas creencias pero provenientes de los profesionales también son erróneas; g) no se ha demostrado que estos indicadores conductuales sean válidos; h) existen muy pocas conductas que permitan identificar la mentira; i) las señales conductuales dependen de variantes situacionales; j) aprender a diferenciar la mentira de la verdad es extremadamente difícil; k) en lugar de incrementar la precisión global, los entrenamientos al uso aumentan el sesgo a decir que las declaraciones son falsas.

Palabras claves: PSICOLOGÍA SOCIAL, AUTOAYUDA, MENTIRA, ENGAÑO, CREDIBILIDAD.

52) AAMODT, Michael – Custer, Heather, “Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception”, en The Forensic Examiner, Spring, 2006: El autor pretende analizar si existen variables (educación, sexo, experiencia) que logren afectar la precisión en la detección del engaño. Relación experiencia o profesión y detección de la mentira: los delincuentes, los agentes del servicio secreto, los psicólogos,

los trabajadores sociales, los maestros y los jueces parecen ser los mejores y los oficiales de libertad condicional parecen ser los peores para detectar el engaño, el pequeño número de estudios que involucran a estos grupos sugiere que se necesita más investigación antes de dar resultados concluyentes. Sí se determinó que los estudiantes tienen similar nivel de efectividad al de los policías (federales y locales). Relación confianza y precisión: la confianza no denota precisión.

Palabras claves: CREDIBILIDAD, MENTIRA, META-ANÁLISIS, CONFIANZA, PROFESIÓN, EXPERIENCIA, SEXO.

53) ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, “El entrenamiento de los policías para detectar mentiras” en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009): Comienzan sosteniendo que en EEUU, Inglaterra y España la educación sobre la detección del engaño a policías es escasa/prácticamente inexistente. Luego se refiere al manual policial de Imbau et al (2004) y a la “Técnica Reif” descrita en el mismo. Este manual se centra en tres temas: la *Behavior Analysis Interview* (BAI) -es una modalidad de entrevista diseñada para generar reacciones distintas en inocentes y culpables-, los indicios del engaño -los cuales, en caso de confirmarse, se pasa a la tercera fase- y el interrogatorio al sospechoso -duro y orientado a obtener una confesión-. Esta técnica ha sido utilizada en EEUU, Canadá, México, Bélgica, Japón, Corea del Sur, Singapor, Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos. La BAI consta de una serie de preguntas propias de la investigación (específicas del caso) y de un conjunto de 15 preguntas generadoras de conductas (las cuales causarán reacciones verbales y no verbales dependiendo la culpabilidad o mendacidad e inocencia o sinceridad). Las investigaciones han determinado que este método no solo que no aumenta el número de aciertos a la hora de detectar la mentira, sino que es contraproducente porque genera mayor confianza en los policías (sin haber acertado); incluso, estudios determinaron que policías que no han utilizado este método han tenido mayor acierto que aquellos que lo utilizaron. Los autores consideran que tales creencias -relacionadas con los indicadores conductuales- proceden de “nociones de sentido común” (lo que es negado por John E. Reid and Associates, pues su confirmación tornaría al entrenamiento superfluo -pues la gente ya lo sabría-). P. 31:”los resultados de los estudios expuestos apuntan a que el entrenamiento en la Técnica Reid no solamente no mejora la precisión en la evaluación de la credibilidad, sino que la empeora y sesga la evaluación de las declaraciones verdaderas hacia la mentira”. Mencionan investigaciones que determinaron que, si bien tanto policías como legos creen en la existencia de señales que delatarían la mentira, estas creencias son más fuertes (o estarían más arraigadas) en los policías. P. 46: recomendaciones para un entrenamiento eficaz: primero, destruir la creencia sobre las claves conductuales del engaño, sobre su nivel de precisión, sobre la relación entre confianza y precisión, sobre la relación entre experiencia y precisión, etc. (para ello, no basta con darles a conocer las investigaciones, sino que hay que hacerlos partícipes); en Tabla 3 pone los requisitos preestablecidos por Frank y Feeley; no solo hay que centrarse en los indicadores del engaño, sino también de la verdad; los indicadores se deben basar en investigaciones científicas y no en creencias de sentido

común; investigaciones determinaron que el entrenamiento referido aumenta el número de aciertos (si bien el problema está en determinar que indicadores de la mentira pueden enseñarse, se concluye que por lo menos se puede enseñar a esperar y no revelar los posibles indicadores hasta tanto termine la entrevista pues así podrán obtener más datos que permitan confrontarlo con información que ya poseen y así determinar el engaño); además, el entrenamiento debe enseñar que la detección del engaño se basa también en la confrontación con otra información conocida.

Palabras claves: POLICÍA, MENTIRA, TÉCNICA REID, INDICADORES CONDUCTUALES.

54) ZAMORA-ACEVEDO, Miguel “La búsqueda de la verdad en el proceso penal” en ACTA ACADÉMICA, 54, pp. 147-186: 2014: Trata el tema de la verdad en el proceso; aborda las distintas concepciones con relación a la verdad.

Palabras claves: VERDAD, FIN DEL PROCESO.

55) FEIJOO, FERNÁNDEZ, María Carmen – HALTY, Lucía, “La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en intenciones”, en Papeles del psicólogo, Vol. 39, 2018: En el primer párrafo menciona las teorías que han existido para detectar el engaño mediante claves conductuales (la hipótesis del filtraje, la teoría del factor múltiple, la teoría autopresentacional, la teoría del engaño interpersonal); además de técnicas forenses para establecer la credibilidad de víctimas, testigos o delincuentes (SVA - cuya parte central es el CBCA, RM y Técnica Reid). Se refiere a los métodos que aparecieron basados en la detección de “falsas intenciones” (muy utilizados en aeropuertos, servicio de inteligencia); con relación a la “intención” la define como el “estado mental de un individuo que precede a una acción que tendrá lugar en el futuro” (Malle, Mores y Baldwin, 2001). Sobre el “pensamiento episódico futuro (EFT) refiere que la capacidad para verse a uno mismo en situaciones futuras (elaborando planes tendientes a alcanzar objetivos) se relaciona con la misma capacidad para recuperar vivencias del pasado. Luego de analizar varias investigaciones concluye en la relevancia de este nuevo método, no solo para el ámbito forense sino para otros trabajos (psicólogo educativo -para detectar futuros acosos-, psicólogo clínico -para detectar ideas suicidas-, en el ámbito del trabajo -para detectar las intenciones reales de una persona que se presenta a una entrevista-, etc.).

Palabras claves: DETECCIÓN DE LA MENTIRA, INTENCIONES, FUTURO.

56) MASIP, Jaume – HERRERO, Carmen, “Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico”, en Papeles del Psicólogo, Vol. 36 (2), 2015: Inicialmente se refiere al origen o motivo que dio origen a la creencia popular de que la mentira es detectable, alegando que la sociedad pretende incentivar la sinceridad (menciona

el cuento de Pinocho para evidenciar que desde niños se nos incentiva a no mentir). Luego menciona a Ekman y su “hipótesis de filtraje” (1969); cita a Zuckerman, DePaulo y Rosenthal (1981) que también consideran que las señales conductuales pueden evidenciar la mentira; también cita a Buller y Burgoon (1994) quienes piensan de forma similar (la tabla 1 refleja las señales a tener en cuenta según cada investigación). Sin embargo, los meta-análisis más novedosos han dado un panorama desolador para estas teorías, evidenciando que el hombre difícilmente puede detectar la mentira (DePaulo 2003); si apenas hay indicadores que podrían estar asociados a la mentira, la capacidad de las personas para detectar la mentira sería escasa; las personas para las cuales detectar la mentira es algo relevante (policías, jueces, etc.) no se diferencian del común denominador. A partir de allí se abordan dos nuevas corrientes: a) asumiendo que las señales conductuales son muy pequeñas, el entrevistador debería magnificarlas; b) si las señales conductuales son pequeñas, se deberán buscar señales no conductuales. Comienza con la primer corriente (a) alegando que Reid promovió el BAI (Behavior Analysis Interview) mediante la realización de 15 preguntas que pueden generar distintos comportamientos conforme la mendacidad o sinceridad del testigo. Las investigaciones realizadas han descartado el BAI como un método idóneo para la detección del engaño. Por otro lado, y asumiendo que “mentir requiere más esfuerzo mental” (pues habrá que inhibir la respuesta automática, hay que crear una verdad alternativa, analizar que evidencias pueden existir que contradigan la mentira, memorizar detalles, no descuidar la conducta, etc.), los autores analizan un segundo método: el ADCM de Walczyk (Activation-Decision-Construction Model) → Estas son operaciones sucesivas que acontecen en la memoria de trabajo (MT), aunque exigen el acceso a información almacenada en la memoria a largo plazo (MLP). La fase de activación -recuperación de la información- es por lo general automática -aunque puede requerir también cierto esfuerzo cognitivo- (la pregunta ingresa por la MT, pero la verdad se transfiere de la MLP a la MT). La fase de Decisión es intencional (allí se decide si se va a mentir o responder con sinceridad); si decide mentir, pasa a la tercer fase (la Construcción de la mentira) también intencional. Aquí se analizan distintas versiones, descartando las inverosímiles o poco probables. Finalmente se expresa verbalmente. Esto evidencia que la Decisión y Construcción implican operaciones que consumen recursos cognitivos que, en consecuencia, deben incrementar el tiempo de reacción. Diversas investigaciones han demostrado, efectivamente, que el mentir hay mayor tiempo de reacción.

Palabras claves: MENTIRA, DETECCIÓN, BAI, ADCM.

57) ANGELUCCI, Luisa, “Escala de Sugestionabilidad Interrogativa de Gudjonsson: Confiabilidad, Análisis de Ítems y Estructura Factorial” en Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology - 2005, Vol. 39, Num. 1 pp. 127-138. Menciona las distintas investigaciones y conceptualizaciones sobre la sugestionabilidad, amén de realizar consideraciones propias.

Palabras claves: SUGESTIONABILIDAD, SUGERENCIAS EXTERNAS.

58) SIEGFRIED LUDWIG SPORER - BARBARA SCHWANDT “Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis”, Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006:

Realiza un meta-análisis. En virtud a distintas investigaciones clasifica las señales detectoras del engaño en: verbales, paraverbales y no verbales. En sus conclusiones establece que, si bien pueden existir ciertos indicadores válidos, lo cierto es que para su corroboración en el caso concreto se requerirán ciertas máquinas (que midan el tono de voz, agudo) o de mucho tiempo para analizar debidamente el testimonio. Es decir, no son parámetros confiables para entrenar a profesionales en la detección del engaño “en el acto”.

Palabras claves: MENTIRA, SEÑALES, INDICADORES.

59) DIGES, Margarita, “La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Nro. 68, 2010: Refiere que los estudios rigurosos en psicología del testimonio comenzaron en los setenta del siglo XX. Cita a Loftus como pionera en estas investigaciones, al mencionar los efectos de las preguntas sugestivas en la modificación de la memoria (aclara que los niños son más vulnerables a las sugerencias que los adultos). También un factor que afecta la memoria es el paso del tiempo. Considera necesario grabar todas las declaraciones de los testigos, pues de nada sirve prohibir la comunicación entre testigos previo al debate si con anterioridad la policía o el fiscal pudo haber realizado preguntas sugestivas que han modificado el recuerdo. Por ello, ante la pregunta sugestiva la respuesta debe ser tomada cautelosamente (pues no se sabrá si la respuesta deviene de su memoria o de la sugestión). Hay que tener precauciones también con la declaraciones de niños que son tomadas por psicólogos que carecen de conocimientos específicos en la materia, desconocen los peligros de la sugestión y suelen padecer “sesgo confirmatorio del entrevistador” (además, suelen confundir experiencia con destreza o habilidad). Menciona el caso McMartin (1983). P. 32 Con relación a los niños, menciona seis técnicas de preguntas problemáticas: 1. Técnica de preguntas sugestivas (se introduce en la pregunta información o datos aún no aportados por el entrevistado); 2. Técnica de “otras personas” (se le dice al niño que otros niños ya han aportado información sobre el tema); 3. Técnica de las consecuencias positivas (se da o promete aprobación, orgullo o alguna recompensa); 4. Técnica de la consecuencia negativa (consiste en criticar o mostrar desacuerdo con la información aportada por el niño o se le indica que sus dichos son incompletos o inadecuados); 5. Técnica de “preguntado y contestado” (formulación de preguntas que ya han sido contestadas de forma clara en la porción inmediatamente anterior de la entrevista); 6. Técnica de invitación a la especulación (se le solicita al niño la especulación u opinión sobre hechos pasados o se encuadra la entrevista como de imaginación, de simulación o de resolver un misterio). De allí, la importancia de la grabación. Luego habla del reconocimiento en rueda y por fotografía. Sostiene que la seguridad no refleja exactitud.

Palabras claves: PERCEPCIÓN, ERROR, MEMORIA, SESGO CONFIRMATORIO DEL ENTREVISTADOR, RECONOCIMIENTO EN RUEDA, RECONOCIMIENTO POR FOTOGRAFÍAS.

60)LOFTUS, Elizabeth F. – PALMER, John C. “Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between language and memory”, en Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, 13, 1974: Se refiere a los resultados de dos experimentos, pioneros en la materia, mediante los cuales se pudo corroborar que la forma en que se realizaba la pregunta y la terminología utilizada por el entrevistador era un factor condicionante de la respuesta del testigo. En dicho entonces los participantes del experimento debieron presenciar un video donde se observaba la colisión entre dos automóviles; paso seguido, se les preguntó a un grupo de sujetos “¿qué tan rápido iban los automóviles que se estrellaron entre sí?”, la velocidad arrojada por estos individuos fue superior a la referida por aquellos sujetos a los cuales se les preguntó sin utilizar el término “estallar” (suplantándolo por “colisionar”). Una semana más tarde, se les preguntó a todos los sujetos si habían visto vidrios rotos; las respuesta de los sujetos a los cuales inicialmente se les preguntó utilizando el término estallar o aplastar, fueron más proclives a sostener que vieron vidrios rotos (pese a que este dato no surja del video).

Palabra clave: SUGESTIONABILIDAD, INTERROGATORIO.

61)MASIP, Jaume – GARRIDO, Eugenio, “La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales” en Anuario de Psicología jurídica, 2000: Distinguen las tres ópticas desde las cuales se ha estudiado el engaño: psicofisiología, indicadores verbales e indicadores no verbales. Hace una breve mención de cada una: la primera relacionada con el polígrafo (creación policial); la segunda referida al CBCA, SVA, Teoría del control de la realidad; finalmente analizan los indicadores no verbales (sugieren llamarlos “indicadores conductuales”). A partir de allí, se dedica a analizar la determinación de la credibilidad en base a los factores conductuales, sosteniendo que la cuestión puede estructurarse en dos líneas de indagación: a) aproximación de los canales – Maier y Thurber, 1968, y Ekman y Friesen, 1969, 1974- y b) aproximación de los indicadores discretos -la perspectiva de los cuatro factores de zuckerman, DePaulo y Rosenthal, 1981, y la conceptualización del engaño como comunicación estratégica y filtraciones no estratégicas de Buller y Burgoon -1994. A) Aproximación de los canales: 1) perspectiva de Maier y Tuhrber: Allí, se investigó si la mayor cantidad de datos acrecienta la precisión en la detección de la mentira; estos datos estaban compuestos por distintos elementos de un testimonio (la transcripción de los dichos, la condición auditiva, y la condición audiovisual). Pese a la creencia inicial de los investigadores, la investigación determinó que los mayores aciertos no se corresponden con el aporte de mayores datos (aquellos que se les mostró el contenido audiovisual erraron más que los restantes). Se dan dos posibles explicaciones -distracción y sobrecarga informativa-. Un meta-análisis de DePaulo, Zuckerman y Rosenthal confirman el experimento de Maier y Thurber. 2. Perspectiva de Ekman y Friesen, la “hipótesis del filtraje”: los autores distinguen la detección del engaño de la detección del filtraje o filtraciones. No es lo mismo ser capaz de decir que una persona miente o no que detectar la información que dicha persona está ocultando al mentir (esta información oculta puede filtrarse a través de ciertos canales). El filtraje puede acontecer en diversas situaciones en que se de ocultamiento (la

persona siente algo y se esfuerza en no mostrarlo) y/o simulación (se muestra lo que no se siente; falsificación). Quien asesina a otra persona y es interrogado debe *ocultar* su alegría y *fingir* dolor. Ekman (1972) establece un “modelo neurocultural”, considerando que existen emociones básicas, las cuales se expresan de igual forma en todos los individuos normales de cualquier cultura (sin perjuicio de que, también, existen reglas sociales que pueden modificarlas -los hombres no deben llorar-). Además, existen movimientos que forman partes de determinadas emociones que son controlables (podemos realizarlos o inhibirlos a nuestra voluntad), pero hay otros tantos que son automáticos y no pueden ser controlados. Estos últimos son los que pueden filtrarse a través de nuestra máscara. Ekman argumenta que el rostro es más controlable que otras partes del cuerpo, por lo que, a la hora de analizar estos factores, uno debe guiarse por lo que ocurre en las manos, pies y no tanto en las expresiones faciales. Tales consideraciones posteriormente fueron validadas por otros experimentos y meta-análisis (Kalbfleisch, 1992). Ekman concluye que las microexpresiones faciales pueden delatar al mentiroso. B) aproximación de los indicadores discretos: tiene por objeto establecer qué categorías conductuales discretas diferencian al mentiroso del veraz durante la declaración. 1) Perspectiva de Zuckerman, DePaulo y Rosenthal (el modelo Tetrafactorial) -> FALTA TERMINAR....

62) DUCE, Mauricio “La prueba pericial. Aspectos legales y estratégicos claves para el litigio en los sistemas procesales penales acusatorios”, ediciones Didot: Pg. 55: Exigencias de admisibilidad de la prueba pericial: necesidad del conocimiento experto; idoneidad del experto; y confiabilidad de la información experta (además de la pertinencia y relevancia que es común a toda clase de prueba). Pg. 64: Sobre la necesidad, explica que la prueba pericial debe ser necesaria; comenta que algunos códigos procesales también se refieren a la *conveniencia* y argumenta que esto no puede ser una ampliación discrecional ilimitada del juzgador, sino que debe ser entendido como un mero complemento de la necesidad (cuando existan dudas sobre la necesidad). Pg. 71: se refiere a los “peritajes psicológicos de credibilidad” (generalmente ocurre en casos de declaraciones de menores de edad), argumentando que no deberían ser admitidas ya que el juez es quien debe realizar la valoración del testimonio. Se refiere a la jurisprudencia de EEUU, Canada y otros países donde se reconoce que la pericia de credibilidad es inadmisibile, en tanto es labor del juez valorar por sí la prueba testimonial.

Palabras claves: PRUEBA PERICIAL, EXPERTO, CREDIBILIDAD, PRUEBA DE CREDIBILIDAD, TESTIGOS, VALORACIÓN DEL TESTIMONIO.

63) AYARRAGARAY, Carlos A. “Crítica del testimonio. Exposición y apostillas a la obra de Gorphe”, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942: El autor comenta la obra de Gorphe elogiando sus postulados y tratándolo como un pionero en la materia. Toda la obra no hace más que referirse a las ideas de Gorphe. Se refiere a la falibilidad de los jueces y a la necesidad de medios eficaces para que pueda valorarse la prueba (p. 23). Critica las teorías de la época, por ejemplo, referidas a la clasificación de los testigos (p. 23). P. 25: “El testimonio, se ha dicho, es viejo como el mundo, pero la ciencia del testimonio es tan nueva que aun no ha acabado de nacer”. P. 27: se refiere a los elementos que según Gorphe darían a sospechar del testimonio: 1) experiencias y análisis psicológicos; 2)

observaciones clínicas; 3) comprobaciones judiciales. 1) La ciencia del testimonio se basa primordialmente en la psicología experimental, la cual destruye al testimonio por su vulnerabilidad. 2) se refiere a los testigos que padecen enfermedades mentales. 3) se refiere a la práctica judicial que evidencia errores. P. 32. Quien no ha tenido conocimiento personal de los hechos, no es testigo. El testigo no es perito, no opina. P. 33: “El testimonio indirecto es como el agua de las corrientes: cuanto más se aleja de sus fuentes más se altera”. P. 43 Se refiere a la “tacha de testigos”, manifestando que está en contra de tales disposiciones (se ampara en la sana crítica). P. 47: los errores en los testigos son habituales. P. 47 se refiere a la pluralidad de testigos coincidentes, alegando que la coincidencia no denota veracidad. “La coherencia de las declaraciones, ¿acredita mejor la verdad? El que coincidan diversos testimonios, no por ello se ha de dictaminar la existencia de un hecho determinado. Más que apreciar la coincidencia de sensaciones percibidas por distintos testigos, habría que procurar el control minucioso de la exactitud y de la autenticidad de la observación” (p. 48). P. 49 se refiere a las posibles causales del error en el testimonio. Sobre la coherencia o concordancia entre distintos relatos de testigos, narra el caso del zapatero Lerouge, ejecutado en 1793 (concordancia en 10 testigos que se habían equivocado). P. 52: tampoco es determinante la divergencia entre testigos (se refiere a la psicología experimental para explicar el error, descuido o mentira). P. 53: *“pero ¿qué es entonces la verdad? Es la identidad entre el conocimiento y su objeto... la verdad es una, en cambio, la mentira, que es su reverso, puede ser múltiple... sea como fuere, la mentira es la gran enemiga de la justicia y de la humanidad”*. P. 54: errores de interpretación o de sinceridad, o de exactitud, de memoria o de comprensión, errores que dependen del objeto, errores de percepción, de imaginación, etc. por causas normales y anormales o patológicas. P. 55 resume el libro: primero “no hay testigos sin errores”, segundo “los medios legislativos vigentes no son suficientes para determinarlos”, tercero los testigos pueden padecer errores provocados por fenómenos normales o por fenómenos anormales o patológicos”, cuarto, aquí explica cómo determinar los errores. P. 56: se refiere a la mentira y a la intermediación. Niega que la oralidad sirva para valorar los testimonios. P. 66, suponiendo que los métodos de detección de la mentira funcionan, solo servirían para el testigo de mala fe y no para el de buena fe (quien se encuentra equivocado). P. 95: el testimonio según el objeto (se refiere a los errores de percepción y los desarrolla).

Palabras claves: PRUEBA TESTIMONIAL, VALORACIÓN, COHERENCIA (coincidencia de testimonios), ERRORES, TESTIGO ÚNICO, VERDAD, MENTIRA, INMEDIACIÓN.

64) CHAUMET, Mario E., “Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo”, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2017: En el primer capítulo el autor realiza consideraciones sobre los “paradigmas” de la argumentación. El segundo capítulo analiza detenidamente la “argumentación”, la teoría de la argumentación. El tercer capítulo estudia detenidamente principios lógicos, forma de argumentos (inferencias: deducción, inducción, abducción, y falacias); a su vez, explica la dialéctica y la retórica. P. 307: Apéndice donde, detalladamente esboza las siguientes explicaciones: Se refiere a los “hechos” y plantea la pregunta sobre si es posible su conocimiento. Establece (citando constantemente a Lagier) los diversos postulados: tesis objetivista (tesis de la objetividad ontológica y tesis de la

objetividad epistemológica); como crítica a la tesis objetivista sostiene que los hechos son “objetivos” y “subjetivos” y, para ello, los clasifica y esgrime la diferencia entre “hecho externo”, “hecho percibido” y “hecho interpretado”. En el plano del proceso los problemas de percepción y de interpretación se dan en dos momentos: a) de la realidad al medio probatorio, y b) del medio probatorio al juez. Luego analiza la tesis del escepticismo (el mundo no es independiente de quien lo observa). Finalmente trata (como si fuera un postulado intermedio o pacificador por parte de los procesalistas) la tesis del cognoscitismo crítico (o escepticismo moderado). Concluye, en virtud a este último postulado, que “los hechos *percibidos* serán siempre epistemológicamente subjetivos, por relativos a una determinada capacidad sensorial, al igual que los hechos interpretados, por relativos al trasfondo, que varía de cultura en cultura y de individuo en individuo. Si esto es así, si las proposiciones acerca de la percepción y de la interpretación de los hechos son inevitablemente subjetivas, es menester reforzar la *intersubjetividad*: cuantos más seamos quienes afirmemos haber percibido de esa manera tal hecho, mientras más seamos quienes interpretemos de determinada manera ese otro hecho, mientras podamos refutar exitosamente la versión que de un hecho da cierta persona, mientras podamos dar una versión coherente y fundada en las percepciones e interpretaciones de varios otros acerca de un hecho, más cerca estaremos de poder afirmar la verdad acerca de ese hecho” (p. 321). Y se pregunta ¿cómo se refuerza la intersubjetividad?, por medio de la argumentación (y motivación). Al respecto, explica la teoría de Toulmin (con citas de Gonzalez Lagier aclara que el *warrant* -o garantía- se sustenta en máximas de experiencia, presunciones u otro tipo de enunciados generales como definiciones o teorías-) y, en este punto, analiza las máximas de experiencia y las critica. Finaliza diciendo que (cita a Gonzalez Lagier) la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza lógica: 1) si la inferencia es deductiva, nunca estaremos seguros de que las premisas sean verdaderas; 2) si la inferencia es deductiva, por su propia naturaleza. Luego trata el tema de la verdad (aclarando que la verdad no se predica de los hechos sino de los enunciados) y que la averiguación de la verdad no será absoluta sino probable: a) teoría de la verdad como correspondencia, b) como coherencia, c) teoría pragmática de la verdad, d) como consenso.

Palabras claves: ARGUMENTACIÓN, RAZONAMIENTO, INFERENCIAS, INDUCCIÓN, DEDUCCIÓN, ABDUCCIÓN, VERDAD, ENUNCIADOS PROBATORIOS.

65) TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre prueba y motivación” en TARUFFO, ANDRES IBAÑEZ, CANDAU PEREZ, Consideraciones sobre la prueba judicial, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009: El autor trata los postulados y criterios de pensamiento necesarios para la asunción de una concepción racional de la prueba. Analiza la relación entre prueba y verdad, diferencia la prueba como persuasión (retórica) de la prueba desde un plano epistemológico (pretende determinar la verdad de los enunciados fácticos). Se refiere a la diferenciación entre justificación interna y justificación externa. Analiza detenidamente el concepto de “motivación” (doble óptica: endoprocesal y

extraprocesal). En p. 44/45 realiza una seguidilla de términos relacionados con la racionalidad y con la irracionalidad (útil a modo de resumen).

Palabras claves: JUSTIFICACIÓN, MOTIVACIÓN, PRUEBA, VERDAD.

66) LABRADOR, Francisco J. “Acaso se puede detectar las mentiras? Mitos y realidades” en “La mentira y el autoengaño en la sociedad actual”, Departamento de publicaciones Fundación Instituto Spiral, Madrid, 2010: Sostiene que la verdad es una construcción individual y social, por lo que habrá tantas verdades como puntos de vista. Define a la mentira como “la acción de una persona que tiene el propósito deliberado de engañar a otra”. Alega que es falso alegar que la mentira “se nota”. Analiza el recorrido histórico de la detección de la mentira, aclarando que inicialmente los esfuerzos estaban destinados a “obligar” decir la verdad. Se refiere también a las “drogas de la verdad”, polígrafo, dilatación pupilar, expresión facial, rubor, etc.. Ninguno de estos métodos es capaz de determinar si la persona miente. Por otro lado, se refiere al análisis del contenido de las declaraciones (análisis de credibilidad), pero hasta el momento no ha habido grandes logros. Concluye en que procedimiento suficientemente eficaz y confiable para detectar la mentira.

Palabras claves: MENTIRA.

67) MENDIOLA, Ignacio “Elogio y crítica de la mentira” en “La mentira y el autoengaño en la sociedad actual”, Departamento de publicaciones Fundación Instituto Spiral, Madrid, 2010: P. 46, asume que no hay relación sin mentira. P. 49: asume que “la reducción de la mentira a la intencionalidad tiende a llevar la impronta de una condena moral que hace recaer en el hablante la decisión última del deseo de mentir, obviando así cuáles son las condiciones de posibilidad del discurso mismo, de la propia mentira”. P. 51 “La mentira es un refugio que posibilita la vivencia misma de lo social”.

Palabras claves: MENTIRA.

68) BUENO GARCÍA- LOPEZ TAPIA- MARTINEZ PALOMARES- MORENO ÁLVAREZ “Neuropsicología del color. Psicología teórica”, Granada, 2006: Si bien la visión monocromática (blanco y negro) es perfectamente adecuada para la mayoría de los casos, la visión del color propia información adicional y más elaborada de los estímulos visuales. Luego trata cuestiones que no hacen a la investigación.

Palabras claves: VISIÓN.

69) ACUÑA, Carlos “Fisiología de la luz” en revista Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias, octubre/diciembre, 2003: Hay dos tipos de fotorreceptores: los conos y los bastones: los conos permiten distinguir los colores, mientras que los bastones tienen un mismo pigmento, muy abundante, pero que no permite distinguir colores. El autor realiza una detallada (y técnica) explicación de cómo se perciben los colores y cuál es la influencia de los conos.

Palabras claves: VISIÓN.

70) CHAIA, Rubén A. “La prueba en el proceso penal”, Hammurabi, Buenos Aires, 2020: p. 31, se refiere a la prueba como medio, actividad y resultado. Luego analiza proceso inquisitivo/acusatorio. p. 68: la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo. P. 42: prueba y verdad. Habla de la verdad obtenida mediante la exposición de la tesis, la antítesis y la síntesis. La verdad es un “constructo”, es el resultado de una controversia judicial realizada a la luz del juicio oral y público en donde las partes han podido libremente exponer sus posturas. La verdad se construye dialógicamente. 47: “*verdad es el nombre que se le otorga a la convicción arribada respecto de una hipótesis determinada*”. Desde esta perspectiva no es posible hablar de verdades formales, materiales, absolutas o relativas toda vez que el proceso es el único método legalmente aceptado para determinar cómo ha de comprobarse o desvirtuarse una hipótesis relativa a un caso de relevancia penal, y su producto, “la verdad”, será la versión triunfante del combate judicial según lo resuelto por un tercero imparcial habilitado para el propósito. P. 50, la búsqueda de la verdad en términos absolutos es un mandato imposible de cumplir. P. 51, rechaza la distinción entre verdad formal y material, alegando que la verdad siempre será relativa sin importar el proceso en el que se produzca. Desde la perspectiva sostenida, la verdad del tránsito por un proceso resulta siempre limitada, en mayor o menor medida, pero limitada al fin. P. 55 establece que la certeza no significa haber adquirido la verdad absoluta, sino haber llegado a un grado de convencimiento propicio para resolver más allá de toda duda razonable. La búsqueda de la verdad absoluta es incompatible e inaceptable en una sociedad moderna, en un Estado democrático de Derecho. La solución de cada caso debe provenir de un proceso legítimo en donde se ponga fin con justicia al conflicto penal traído ante el tribunal.

71) GASCON ABELLAN, Marina, “Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba”, Marcial Pons, Madrid, 2004: Capítulo 1: análisis del conocimiento de los hechos a lo largo de la historia. Capítulo 2: La autora asume un postulado correspondiente con el “modelo cognoscitivista de fijación judicial de los hechos”(se refiere la silogismo judicial y habla que para la fijación de la premisa menor se debe recurrir necesariamente a la epistemología general y que el conocimiento empírico hoy puede recabar su racionalidad a partir del concepto de probabilidad; el modelo cognoscitivista -cita a Ferrajoli- asume que los enunciados fácticos serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido -el

concepto de verdad debe ser el de *correspondencia* y el principal criterio de verdad el de la *constatación empírica*; el objetivo del paradigma cognoscitivista de fijación judicial de hechos es la formulación de enunciados fácticos verdaderos). P. 53: analiza las teorías coherentistas y pragmatistas de la verdad. P. 64 los critica. P. 65: el núcleo básico del modelo epistemológico cognoscitivista implica: 1) los enunciados fácticos son *descripciones* de hechos; 2) verdad como *correspondencia*. Defiende el modelo sosteniendo que descansa sobre una epistemología mínimamente realista que permite mantener esperanza en un conocimiento objetivo (si no podemos confiar en la observación empírica estamos a un paso del misticismo sostiene). Este realismo mínimo permite concebir el conocimiento de hechos como la relación entre sujeto cognoscente y mundo real que permite calificar los resultados del conocimiento como verdaderos o falsos (que las condiciones y obstáculos teóricos impidan hablar de verdades absolutas no invalida el modelo; el conocimiento es *relativo*, aunque tal vez no sea preferible hablar de *probabilidad* o conocimiento *probable* en lugar de *verdad*. P. 73 explica el silogismo práctico. Primeramente trata los tres tipos de hechos que pueden componer la premisa mayor (hechos externos, internos y susceptibles de juicio de valor). P. 83: La prueba de los hechos. Luego desarrolla la premisa menor, prueba indirecta/directa y el razonamiento realizado por el juzgador. Se refiere al conocimiento judicial de los hechos como discurso “ideográfico” (al igual que el del historiador e investigador), contraponiéndolo con las ciencias “nomotéticas” (p. 116).

Palabras claves: VERDAD, HECHOS, PRUEBA.

72) IBABE EROSTARBE, I. “*Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos*”, en *Psicothema*, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000: Es un meta-análisis que determina que existen variables que modulan la relación entre confianza y exactitud (ausencia o presencia del autor en la rueda, tipo de identificación, y características del autor -distintividad o grado de atractivo).

Palabras claves: CONFIANZA, EXACTITUD.

73) MIGUELES, Malen – GARCÍA- BAJOS, Elvira “*Dependencia del contexto ambiental en la memoria_ Una revisión crítica*”, *Revista de Psicología General y Aplicada*, 1997, 50 (1): Hace, al comienzo, un relato de los dispares resultados de investigaciones con relación a la dependencia *contextual* de la memoria.

Palabra clave: MEMORIA, CONTEXTOS

74) Memon, A. -Meissner C.- Fraser, J., “The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years” en *Psychology Public Policy and Law*, Noviembre, 2010: El artículo evidencia un meta análisis con relación a las investigaciones sobre las entrevistas cognitivas. Relata la versión original 1984 y sus cuatro técnicas. Luego aborda la versión modificada de 1992.

Palabra clave: ENTREVISTAS COGNITIVAS.

75) TROVILLO, Paul V. “History of lie detección”, *American Institute of Criminal Law and Criminology*, nro. 29 (1929): Se refiere a la detección de la mentira a lo largo de la historia. Inicialmente menciona los papiros Vedas hindúes (900 AC) para detectar a envenenadores a partir de su comportamiento; luego 300-250 AC mediante la medición del pulso. Luego se refiere a las Ordalías y pruebas de la mentira: 1) la prueba del hierro caliente: se utilizó en las tribus de las montañas Rajmahal (Bengal). Se debía pasar la lengua nueve veces por hierro caliente, si no lo hacía se mataba al acusado. 2) la prueba del equilibrio. 3) la prueba del agua hirviendo (había que sumergir el brazo en agua hirviendo, si salían ampollas estaba mintiendo). 4) La masticación del arroz (se obligaba a comer arroz o pan con queso, quien no pudiera sería el culpable). 5) la prueba del agua roja (se le hace beber agua o se le hace masticar un trozo de madera, si se enferma es culpable). 6) pulso y presión arterial.

Palabras claves: MENTIRA.

76) DUCE, Mauricio, “Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria” en DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio – DUCE JULIO, Mauricio – MORENO HOLMAN, Leonardo – SÁEZ MARTIN, Jorge “El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesa penal”, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013: Refiere que en los últimos 30 años ha crecido el interés en investigar las condenas erróneas, principalmente por el Innocence Project (institución creada a exonerar a personas condenadas erróneamente desde el año 1989, principalmente mediante la utilización de prueba de ADN). Luego desarrolla un detallado análisis de las cifras relacionadas con las condenas erróneas en diversos países. Luego analiza los factores que influyen en las condenas erróneas: P. 9 Se refiere a la identificación (ocular) del imputado como el principal factor. P. 12. Uso de testigos mentirosos o poco confiables P. 14 uso de confesiones falsas. P. 16. Uso de prueba pericial de baja calidad o confiabilidad. P. 20 Luego se refiere a la “visión del tuner”, entendido como un problema de carácter cognitivo que se produce cuando los responsables de la investigación, luego de concentrarse en un sospechoso concreto, sobreestiman la evidencia disponible en su contra y de manera subconsciente descartan la posibilidad que existan otros autores o evidencia exculpatoria que surge en el resto de la investigación. Lo relaciona con el prejuicio de confirmación. P. 22. El último factor es la representación legal defectuosa. P. 33 Se refiere a los Problemas en los reconocimientos de los imputados.

Palabras claves: CONDENAS ERRONEAS.

77) ALCAÍNO, Eduardo “*La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados*”, *Política Criminal*, Vol. 9 nro. 18, 2014, http://www.politerim.comvol_09/n_18/Vol9N18A9.pdf: Se refiere a los problemas del reconocimiento en distintos países. P. 578 se refiere a la confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de la evidencia. P. 582 habla de la “confiabilidad” como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos, y luego trata la pregunta de ¿cuándo los reconocimientos son confiables? La confiabilidad es lo que permite evaluar la calidad de la identificación realizada (pone como ejemplos reconocimientos sugestivos). Evaluar la confiabilidad significa determinar si existe alguna variable a estimar o del sistema que podría llevarnos razonablemente a pensar que puede haberse cometido un error en la identificación. Se refiere al test de admisibilidad de reconocimientos utilizado en el caso Manson (1977) que constaba de dos partes: 1) *The suggestive prong*, el Tribunal debería constar si el procedimiento de identificación fue sugestivo; si no lo fue, el reconocimiento es admisible. En cambio, si lo fue, el tribunal debe pasar al segundo paso (*The accuracy criteria prong*), debiendo determinar si existe probabilidad muy sustancial de error irreparable. Para lo cual debe establecerse si el reconocimiento es confiable (es decir, pese a ser sugestiva, es confiable). Los criterios de confiabilidad fueron desarrollados en Neil v. Bigger (1972): estos factores (llamados Factores de Bigger) brindan indicios para determinar cuando la identificación ha sido suficientemente exacta para brindar confiabilidad: la oportunidad del testigo para observar al imputado al momento de cometerse el hecho, el nivel de atención, la precisión al momento de brindar la primera descripción del sospechoso, el grado de certeza desplegado al momento de realizar la elección y la cantidad de tiempo transcurrido entre el delito y el reconocimiento (p. 385). Vale aclarar que el test solo es para la admisibilidad del reconocimiento. El test ha sido muy criticado desde la Academia en tanto no mide la totalidad de factores que pueden incidir y generar errores, además que la confiabilidad no es indicativa de precisión. Explica la autora que la confiabilidad tiene dos características: su aplicación es parte de un ejercicio de ponderación (no tiene aplicación automática, sino que es un ejercicio argumentativo dependiente de las circunstancias del caso) y su determinación es compleja (pues en todo reconocimiento existirá algún grado de sugestividad). Se sugiere una propuesta de estándar de confiabilidad, a partir de los siguientes pasos: a) identificar en el caso si es que se presenta alguna variable a estimar o del sistema; p. 587 establece una tabla donde desarrolla las variables a estimar y variables del sistema, subdividiendo estas en observación del evento y etapa previa al procedimiento de identificación, características del testigo y procedimiento de identificación, características del autor del delito y, por último, interacciones entre las características del autor y del testigo. b) Una vez identificada al menos una variable viene el segundo paso. En este punto será el fiscal quien deberá probar que existen antecedentes para respaldar el reconocimiento. Aquí hay que distinguir si se trata de acreditar la confiabilidad de la identificación hecha en un procedimiento de reconocimiento (para lo cual hay que analizar detenidamente el procedimiento realizado, si

no existe un claro registro de cómo se realizó, entonces no se puede confiar). El registro, en principio, sería el escrito (aunque por lo general no consta todo el procedimiento, sino solo algunos pasos gravitantes); la autora dice que el registro ideal es el audio-visual. En cambio, si se trata de acreditar la confiabilidad de la identificación que proviene de la observación del testigo cuando ocurrieron los hechos, el registro audio-visual no existe (pues aún no acontece el procedimiento de identificación). El problema es que quien entrega la información para evaluar la confiabilidad es el mismo que dice ser confiable. Entonces, los factores que pueden alterar la correcta observación pueden ser confrontados con otra información (un peritaje que acredite que no había demasiada iluminación); en cambio, si no se pueden generar estos antecedentes, quien deberá justificar la presencia o no de una variable a estimar es el propio testigo. En este punto si no hay otros antecedentes que puedan corroborar lo que dice el testigo y el reconocimiento es sugestivo, entonces no será confiable. Pero si el reconocimiento no fue sugestivo, entonces el juez sí deberá aceptar que el testigo sirva de antecedente para evaluar la confiabilidad. P. 592 realiza una Tabla para evaluar antecedentes Finalmente se pasa al tercer paso, el c): evaluar las alegaciones y antecedentes para determinar si la identificación resulta confiable. Al respecto explica que existen dos tipos de casos: aquellos que presentan problemas de confiabilidad poco cuestionables y aquellos que sí lo son; con relación a los casos de duda explica que el juez debería decretar la admisibilidad del reconocimiento (ojo, no se refiere a la valoración en sí, sino a la entrada al juicio). Luego analiza los casos especiales de los *show ups* (el policía detiene a alguien y se lo exhibe a la víctima o testigo para que lo identifique).

Palabras claves: RECONOCIMIENTO, CONFIABILIDAD.

78) GARRIDO, Eugenio- HERRERO, Carmen – MASIP. Jaume, “*Psicología jurídica y sentido común: construcción social*”, en *Revista de Psicología General y Aplicada*, Nro. 57 (4), 2004: Cuando se aplican los conocimientos de la psicología jurídica a la práctica jurídica ésta los rechaza afirmando que la ley debe guiarse por la técnica jurídica: por el `sentido común´ de quienes tienen experiencia cotidiana en su aplicación y no por los resultados de las ciencias sociales. A la vez, los psicólogos experimentan que sus peritajes suelen ser tachados de `sentido común´, que aportan poco al esclarecimiento de los hechos en litigio. Si los resultados de la psicología jurídica no coinciden con el `sentido común´ de la jurisprudencia (del jurisprudente) se rechazan, porque debe prevalecer el `sentido común´ de los juristas; si coinciden, son superfluos, son de `sentido común´.

Palabras claves: SENTIDO COMÚN.

