

La identificación del sospechoso por un testigo en el marco de la Investigación Penal

Por Luis Schiappa Pietra¹ y Víctor Moloeznik²

1.- Introducción

Este artículo es el fruto de una serie de discusiones y debates generados en el marco de actividades de capacitación realizadas en el CEJA³ donde tuvimos la oportunidad de compartir la preocupación por la problemática que gira en torno al título del artículo.

Los expositores nos trasladaron sus inquietudes, sobre todo a partir de la constatación en sus sistemas de justicia penal, de la existencia de sentencias erróneas que se fundan preponderantemente en la declaración de un testigo ocular. Los interrogantes generados son contundentes: ¿cómo valoramos la prueba?, ¿cuánto sabemos de los errores que cometemos? ¿Qué podemos hacer para mejorar la calidad de impartición de justicia y de las resoluciones judiciales en particular?

Adentrados en la investigación de estas cuestiones hemos advertido un extenso abordaje del tema que data de largo tiempo, que ha merecido una muy rica tarea de investigación, discusión, debate y elaboración jurisprudencial. Los problemas que abordaremos han sido mayormente ocupados por investigaciones relacionadas con el “mundo” del derecho anglosajón, es por ello también que mucho del material utilizado se refiere al derecho del *common law*, donde el sistema adversarial se encuentra consolidado desde hace ya cientos de años.

Entre nosotros diríamos que el eje temático del artículo no reviste mayor desarrollo, aunque veremos cuanto y de que forma se han ocupado los expertos en la materia de los conceptos aquí expuestos.

En general las cuestiones abordadas son el fruto de los debates en el seno de las aulas cuando nos ha tocado participar como docentes y dictar cursos vinculados a estas materias impartidos en el marco de actividades relacionados con la reforma del sistema de justicia penal en nuestra provincia de Santa Fe, la que avanza hacia la consolidación de un modelo adversarial de juzgamiento.

El texto dista mucho de ser un documento dogmático, no tiene aspiraciones de ese estilo, y por el contrario trata de bajar al “submundo” de las prácticas cotidianas de policías, empleados de Fiscalías y/o de Tribunales (eventualmente de Jueces y Fiscales) a los cuales les toca intervenir en tareas

¹ Abogado, Profesor de Litigación Penal U.N.R. y Profesor de Litigación, U.C.E.L. Asesor Técnico de la Dirección Provincial de Transformación del Sistema Procesal Penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

² Abogado, Profesor de Litigación Penal U.N.R. y Profesor de Litigación U.C.E.L. Director Provincial de Transformación del Sistema Procesal Penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

³ Centro de Estudios en Justicia de las Américas, en adelante “CEJA”. La actividad mencionada fue desarrollada por Profesores de origen Canadiense durante el año 2009.

de investigación de delitos. Sin perjuicio de ello haremos referencia a las normas que regulan las diversas actividades (policiales y/o judiciales) vinculadas a los reconocimientos, ya sea para formularles críticas, para hacer consideraciones de *lege ferenda*, o bien para lisa y llanamente cuestionar la pertinencia y utilidad de las mismas en orden a la obtención de información de calidad que permita tomar decisiones acertadas.

Es que, como veremos, cuando una persona presencia un hecho criminal (sobre todo aquellas que no están preparadas para ello como las no pertenecientes fuerzas de seguridad), se encuentran en una particular situación que hace de ella un sujeto altamente influenciable, por diversos motivos que exploraremos en el presente artículo. Baste por ahora decir que estas actividades son altamente complejas y la experiencia demuestra que un sinnúmero de factores confluyen para que una persona se sienta en determinados casos presionada a dar algún tipo de respuesta, a “reconocer a alguien”, a “colaborar con la policía”, sobre todo, a partir de la confianza y certeza que tiene el testigo.

Muchas de las cuestiones que vamos a poner en crisis en el artículo, no tienen como objeto generar un estado de zozobra insuperable para algún “detective” avezado, sino que se presentan al solo efecto de advertir que mientras tomamos decisiones relevantes para orientar una investigación o para comprometer a una persona en una causa penal, los testigos sobre los que nos apoyamos pueden estar siendo influenciados (o su memoria puede haberse visto distorsionada), o lo que es determinante, eso que creemos que el testigo vio y que con tanta certeza nos lo explica, resulta que ahora vale la pena dudar si pudo haberlo visto.

En definitiva, debido a todas estas consideraciones y problemas en rededor de esta actividad de investigación es que otros países han explorado los impactos que ello contiene para la toma de decisiones y los niveles de errores judiciales que se cometen por desconocimiento de estos factores. Contaremos algo de estas experiencias pretendiendo con ello aportar a hacia una necesaria discusión sobre la forma y modo en que deben proceder los operadores del sistema de justicia penal para apoyar sus investigación en evidencia sólida, antes que en meras intuiciones.

Este es el contexto en que se inserta el artículo que pretende poner en papel algunas de aquellas discusiones generadas a partir de pensar un modelo de juzgamiento que reivindique su condición de republicano, que se haga cargo del mandato constitucional de realizar juicios orales y públicos, y que de cuenta del impacto a la hora de organizar una investigación penal moderna. A fin de cuentas, el tono catártico no obedece mas que una presumida obstinación de poner en crisis la matriz conceptual/cultural que ha elaborado el sistema inquisitorial al ocuparse de la investigación de los delitos y comenzar un derrotero de ideas que tenga por eje entregar herramientas solo conceptuales para hacer de las investigaciones de los delitos una tarea eficaz, eficiente y respetuosa de los derechos de las personas.

2.- Marco Legal. Aspectos Generales.

a) ¿Prueba o Evidencia?

Queremos comenzar haciendo un primer deslinde conceptual, que aunque repetido, no por ello tantas veces desatendido: la diferencia entre dos nociones elementales para la actividad de cualquier investigador criminal, las de “evidencia” y “prueba”. Estas categorías tan básicas, en la mayoría de nuestros códigos de procedimiento se encuentran reguladas de forma conjunta (y por tanto confusa), y aún en los programas de estudio del derecho penal y procesal penal, vemos confundir ambas categorías.

Lo cierto es que si por “prueba” solo entendemos – y nada mas – la actividad confirmatoria de una hipótesis que se lleva a cabo en la sala de audiencias durante el transcurso de un debate oral y público, ante un tribunal imparcial, que debió superar el tamiz de la contradicción, está bastante claro que nada de lo que hagamos – como investigadores – podrá tener esta entidad; luego, no es posible utilizar las resultas de esa actividad investigativa para obtener los elementos que den fundamento a una sentencia. Solo lo que suceda en la audiencia de juicio nos entregará estos elementos⁴.

El hecho por medio del cual los investigadores solicitan del testigo (víctima, testigo, policía, etc.) un “reconocimiento” de sospechoso, como *hecho* que ocurre, por lo general a los fines de confirmar una hipótesis y/u orientar una investigación; debe ser luego traído al juicio por medio del litigante y a partir de la declaración del testigo, a los fines de probar las hipótesis o proposiciones fácticas de la teoría del caso de quien lo propone. De esta sola manera podré – como litigante – procurar que el tribunal afirme fundadamente en una sentencia que ello efectivamente *ocurrió*⁵.

Dicho esto, entonces parece evidente que el reconocimiento (fotográfico o en línea) efectuado en la investigación penal preparatoria constituye una actividad de la investigación que tiene por objeto dar sustento a la misma. En modo alguno constituye una “prueba”, sino que lo que deberá realizarse es “probar” estos hechos (los que configuren el reconocimiento) *en el juicio oral*; y con los medios probatorios de que disponga el litigante (testimonial y/o documental)⁶. Y a los fines de esta actividad probatoria, el litigante en juicio oral deberá tener en cuenta que esta actividad está compuesta por dos *hechos*, el primero es el acto de avistar, observar, a una persona; y el segundo, el de participar de una actividad montada por el sistema de justicia criminal dispuesta a los fines de que cuente a los investigadores (fiscal, policía o en nuestros

⁴ “La prueba puede ser definida en términos simples como un medio de verificación de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio...la prueba no consiste en averiguar, sino en verificar. Esta constatación resulta útil para efectuar desde ya una precisión que es crucial para la comprensión del sistema procesal penal de la reforma: la prueba en el proceso penal únicamente tienen lugar en la etapa de juicio oral. Es aquí donde el tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa. Como ya veremos, toda la actividad que precede al debate contradictorio y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos, sino lisa y llanamente actividad de instrucción destinada a averiguarlos...” Horvitz, María Inés et al., pag. Pag. 65.

⁵ Discrepamos absolutamente con las posiciones que indican que la manera de acreditar el reconocimiento en juicio oral es a partir de la lectura del acta (entre otros Jauchen, 1992 pag. 255.; en el mismo sentido por el autor, 2003, pag. 363 y ss.). Entendemos que de esta forma se quebranta el principio de inmediación que impone una cierta metodología para habilitar el conocimiento del tribunal de información para fundar su sentencia.

⁶ Con qué alcances puede ser utilizado el registro del acto (acta o video grabación) de forma tal de ser respetuoso de las reglas de la inmediación y contradicción que informan el juicio oral es otro problema que no trataremos en el presente.

sistemas todavía al Juez de Instrucción) si esa persona que había visto se encuentra nuevamente ahora a su vista, y entonces si lo “re – conoce”.

En este sentido, estos *hechos* de reconocimiento (sean en rueda de personas, fotográficos, en la comisaría, o en sede judicial) no pueden desde ningún punto de vista ser tratados como una “prueba” a ningún efecto. Ni para regular su producción, ni para dotarlos de valor convictivo, etc. Así visto, estos son hechos de la vida de una investigación criminal, tanto como que el investigador el día que interrogó al testigo cumplía años; solo que uno es altamente relevante para la investigación criminal (el testigo identifico en una rueda de personas a “x”) y el otro poco o nada significativo.

En muchas ocasiones estas nociones que parecen tan evidentes desde esta lógica distinción entre evidencia y prueba han sido materia de grandes confusiones y maltrato conceptual, entendemos, como consecuencia de nuestra histórica tradición inquisitorial que nos ha desvirtuado un marco de análisis que ponga énfasis en el juicio oral como instancia central (¡y única!) de producción de prueba.

En nuestros sistemas de justicia penal la etapa de investigación o instrucción se constituyo en el momento esencial de la constitución de “prueba”, reduciendo la celebración del juicio oral a una mera formalidad posterior. Por el contrario, en un sistema acusatorio la etapa de investigación es meramente preparatoria. Así, *“...una consecuencia lógica de esta característica es que el nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio, esto es, que todos los actos que durante él se desarrollen, y de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen un valor informativo para quienes lleven adelante la persecución (fiscales y policías), pero no se constituirán en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral en las formas que el juicio oral requiere...”*⁷

Por el contrario, nuestra Cámara Nacional de Casación Penal (Tribunal que curiosamente debería levantarse en salvaguarda del juicio oral) ha establecido en varias ocasiones que el reconocimiento en rueda es un “medio de prueba” dado que “es capaz de desvirtuar la presunción de inocencia”.⁸

Pareciera que, en gran medida, ha colaborado en conformar una gran confusión la nominación de este tipo de actividad como acto “irreproducible”. Estaría clarísimo para todos: si algo es “irreproducible”, ¿Cómo lo vamos a traer al juicio oral? Si es irreproducible se puede practicar una sola vez, por lo que debemos registrarlo y valorarlo como prueba.

Así es que en base a esta clasificación se impusieron una cantidad de exigencias “formales” para la realización del acto de reconocimiento (en línea o por fotografía) y en tanto las mismas se cumpliesen, podría ser tratado como tal y valorarse consecuentemente en la sentencia evitando el tamiz del juicio oral, o superando el mismo mediante su simple lectura en voz “alta, clara y argentina”.

En general, entonces, la doctrina más tradicional asoció esta calidad (definitivo e irreproducible) a la posibilidad de que los registros del acto sean incorporados al juicio oral (lectura del acto), apelando así a un dispositivo que tenía como claro objeto preconstituir una prueba fuera de la sala de audiencias.

⁷ Riego et al., pag. 120

⁸ CNCP Sala III “Guardia, H.C. y otros s/recurso de casación” 15/9/95 y Sala III “Bloise, Ruben Dario s/recurso de casación” 10/5/01

No compartimos esta mirada del problema. Es que, si por “irreproducible” entendemos que el acto no podrá repetirse en iguales condiciones puesto que la percepción del reconociente se verá afectada por la observación anterior, de ello solo pueden deducirse una serie de cuidados para la realización de la medida a los efectos de favorecer la certeza de la información que ella arroje (ya veremos mas sobre cuales son esas medidas), pero en modo alguno deducir la “incorporación” por lectura del reconocimiento, lo que desde el punto de vista de la oralidad, intermediación y contradicción parece insuperable⁹.

En la tesis que cuestionamos expresa Cafferata Nores que esta condición del acto permite que “...*aun cuando (...) no haya sido cumplido en el debate, pueda servir de base a la sentencia. De tal manera, el reconocimiento practicado en esas condiciones adquiere valor **definitivo***”¹⁰, y en consonancia entonces afirma que “*podrá ser incorporado al debate mediante la lectura del acta que lo documentó*”¹¹

En nuestra opinión nada autoriza a obtener esta conclusión, la que como hemos dicho solamente advierte, en el mejor de los casos, la necesidad de extremar los cuidados a la hora de producir el acto¹².

Reiteramos entonces que la naturaleza jurídica invocada no obsta a que luego, al momento del juicio oral, la parte que haya producido esa *evidencia* (por lo general debería ser el Ministerio Público Fiscal conjuntamente con la policía) deba desplegar actividad probatoria en el juicio (litigar), cargando – obviamente – esta parte con todas las responsabilidades y exigencias de acreditación de los hechos que está invocando¹³.

⁹ Esto no se contradice con la tradición anglosajona de regular “reglas de evidencia” que ordenan y hasta “protocolizan” la forma de generar evidencia para poder acusar a una persona y eventualmente llevarla a juicio. En muchos de estos sistemas no cumplir con estas reglas traerá aparejada la imposibilidad de usar esa evidencia en el juicio, pero no por que se asuma que si se cumplieron con ellas entonces pueda ser tratada como una “prueba” que se incorpore al juicio oral, sino que por que en esos sistemas los estándares de admisibilidad de la evidencia para poder llevar a una persona a juicio son cada vez mas altos. Por decirlo así, cada vez se “controla” mas la calidad de la evidencia que se va a acreditar en juicio. Al respecto, y en relación a la prueba pericial se puede consultar el Fallo “Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993).

¹⁰ Cafferata Nores, pag. 138.

¹¹ Cafferata Nores, pag. 136.

¹² No es el lugar aquí de dar cuenta del uso de las “actas” en el juicio oral, pero en modo alguno puede admitirse *per se* la sustitución de la producción de prueba testimonial sobre estas proposiciones fácticas por la naturaleza pretendidamente “irreproducible” del acto. Para mas, y de ser ello así, entonces en la lógica de la construcción de los “expedientes” en el sistema inquisitivo (léase proceso Federal) y del uso que de él se hace en el juicio oral – sustituyendo todo tipo de actividad probatoria *en* el juicio por las actas que documentan la instrucción – todas las actuaciones tendrían el carácter de “irreproducible” o debería dárseles ese tratamiento, puesto que ellas resultarían “definitivas” en tanto podrán ser valoradas directamente por el Tribunal para el dictado de la sentencia. Incluso, una mala lectura del fallo “Benítez” de la CSJN (“Benítez, Aníbal Leonel” Fallos, 329:5556) podría arrojar esta conclusión: si el estándar que protegió el máximo tribunal en este precedente es asegurar la posibilidad de control de la contraparte (defensa) de las declaraciones testimoniales prestadas durante la investigación penal preparatoria que se pretendan usar para una eventual sentencia (condenatoria), bastaría con asegurar esta posibilidad (notificación a la contra parte – defensa – de la recepción de prueba testimonial) para que el registro de la misma pueda ser incorporado sin mas al Juicio Oral. Entendemos que esta lectura, aunque permitida por el alcance acotado que por ahora vienen dando los tribunales argentinos (y en particular la CSJ) al principio de *oralidad*, si bien satisface la garantía de *contradicción* deja en flagrante lesión la de *intermediación*, y por tanto la rechazamos.

¹³ A propósito, en los cursos que dictamos sobre la materia, se suceden muchos debates en orden al respeto de las garantías de los imputados y la invocada “nulidad” del acto de reconocimiento cuando no

Por último, y a riesgo de hacer demasiado extenso el acápite, debemos decir que estas digresiones de la doctrina más tradicional sobre el valor del acto del reconocimiento y su naturaleza de irreproducible están teñidas de una concepción de la valoración probatoria en código de “prueba tasada” (un reconocimiento positivo vale procesamiento, dicen los “operadores judiciales” de pasillo), en tanto no existe una clara convicción respecto a la necesidad de someter a litigación en Juicio Oral la credibilidad del testigo y de su testimonio en orden a las condiciones y metodologías que se tuvieron en miras al producir esa evidencia. Una mirada bien típica del modelo “mixto” de enjuiciamiento que ha hecho de los “juicios” que mayormente vemos en nuestro país, en el mejor de los casos, instancias de lectura colectiva de actas y documentos.

Lo expuesto hasta aquí tiene como objetivo dotar de un contexto metodológico claro a la actividad de los intervinientes (policías, jueces, fiscales, defensores, etc.) puesto que buena parte de esto es lo que permitirá asumir roles y funciones específicas en las actividades concretas a las que nos referiremos y de donde podremos obtener responsabilidades de cada uno de estos actores.

Lamentablemente muchas de nuestras legislaciones en la materia (códigos procesales penales, leyes de procedimiento policial, reglamentaciones, etc.) confunden estos tópicos tratando de regular las mismas como si estuviésemos en uno u otro paradigma (evidencia vs. prueba), generando francamente no pocas distorsiones y malas prácticas. Para muestra solo baste ver el CPPN (y la gran mayoría de los CPP de Argentina) que en la etapa de “investigación penal” regulan todas las medidas “probatorias”, y lo que es más grave, confundiendo entre las que constituyen actividades colectoras de “evidencia” (allanamiento, reconocimientos, etc.) y las que reglamentan producción de “prueba” en juicio (testimonial). Un desatino conceptual que valdría la pena, alguna vez, dar por terminado.

Al respecto, y solo como un apunte de lo que venimos diciendo, es interesante pensar el diverso rol que debe tener un abogado defensor en el contexto de un acto informal, de investigación, preparatorio, como es el de estar presente en una “rueda de reconocimiento”; que el que debe imponerse a la hora de defender a su representado en la sala de juicio. Confundir estas cuestiones trae consigo una alta dosis de disfuncionalidades del sistema de justicia penal, que hacen de estas actividades componentes altamente nocivos para tomar decisiones certeras.

b) Otras Clasificaciones

se haya “notificado” a la Defensa. Sin perjuicio de lo que al respecto digan los CPP, entendemos que no es el mejor camino rodear de garantías este acto – como si quisiésemos preconstituir prueba – en desmedro del Juicio Oral y Público como instancia de producción y control de información para la toma de decisiones. Por el contrario es el Fiscal quien debe, *en* el juicio oral probar que el acto se realizó adecuadamente y que del mismo pueden derivarse información útil y pertinente para el pleito. Si no lo hace correrá por cuenta suya y tendrá entonces oportunidad el Defensor, en el juicio oral de desarrollar líneas de contraexamen en orden a la calidad de dicho acto, la forma de elaboración de la línea, etc. y en su caso, hacer cargar sobre la parte que invoca esos hechos la deficiencia probatoria – operará ello como el mejor de los incentivos para que cuando se realice un acto de este tipo, tan relevante para el curso de la investigación, se rodee al mismo de las mayores garantías para la Defensa, incluso hasta sea el propio Fiscal el interesado entonces en dar noticia a la Defensa de la realización del acto.

Ocuparemos aquí algunas líneas en dar un mínimo contenido y acordar los alcances de algunos conceptos que tanto la “jerga” tribunalicia, alguna jurisprudencia y la dogmática procesal más tradicional han trabajado en relación a esta problemática, tales como reconocimiento *propio* o *impropio*.

En relación al punto, explica el profesor Cafferata Nores que “...en términos psicológicos, (...) el reconocimiento es un “juicio de identidad entre una percepción presente y una pasada”¹⁴”, en este concepto amplio de reconocimiento podemos incorporar cualquier actividad “...en la que se verifique la identidad (*lato sensu*) de una persona, por la indicación de otra, que manifieste conocerla o haberla visto...”.

En sintonía con esta tesitura, la doctrina y jurisprudencia han construido la noción de reconocimiento *impropio*, para referir a las actividades “urgentes” u “ocasionales” en las que una persona dice reconocer a otra y ello es captado en el marco de una causa judicial (la víctima que ve en la comisaría al momento de ser detenido al imputado es un caso típico). Así se ha dicho que “...Caben en esta idea los resultados de las investigaciones urgentes que practique la autoridad policial, con la guía del testigo, o del ofendido, y las comprobaciones que aquéllos realicen por su cuenta, ya que en todos los casos su atención habrá estado dirigida a localizar una persona cuya imagen responda a la previamente adquirida. También la identificación que realiza un testigo, al declarar en la audiencia del debate, y el reconocimiento efectuado, en los casos de urgencia, por la policía judicial, mediante la exhibición de fotografías a la persona llamada a reconocer”¹⁵.

A esta hipótesis se las diferencia del reconocimiento *propio* que es un acto procesal que se lleva a cabo conforme las exigencias de ley: “En sentido estricto, “el reconocimiento es un acto formal, en virtud del cual se intenta conocer la identidad (*lato sensu*) de una persona, mediante la intervención de otra, quien al verla entre varias afirma (o niega) conocerla o haberla visto en determinadas circunstancias”¹⁶. Por cierto, las disposiciones procesales rodean de una serie de exigencias a este acto que lo hacen altamente formalizado y ritualizado.

Al respecto, se afirma que el valor de convicción que pueda aportar esta “prueba” depende directamente del respeto a las exigencias legales que estén dispuestas y que “cualquier omisión de las formas que prevé la ley procesal le quita al acto su naturaleza de reconocimiento como medio de prueba, y le resta en gran medida su eficacia acreditante”¹⁷

Tenemos entonces, que las leyes procesales reglamentan por lo general el acto procesal de reconocimiento *propio*, y demandan sean realizados cumpliendo las mismas, por caso, que se efectúen en determinado ámbito (es el caso de las legislaciones que demandan que se practique ante el Juez de Instrucción, aún cuando la investigación la lleve a cabo el Ministerio Público debiendo requerírsele al Juez que ejecute la medida, caso por ejemplo del CPPN, art. 270); en presencia y/o con noticia previa del Defensor del imputado, con determinadas exigencias en la conformación de la línea, y tratándose además como acto “mixto”¹⁸, requiriendo previamente la declaración del

¹⁴ Cafferata Nores. pag. 125.

¹⁵ Cafferata Nores. Ob. Cit. Pag. 126.

¹⁶ Cafferata Nores. Ob cit. Pag. 126

¹⁷ Jauchen, Eduardo. Ob cit. Pag. 256.

¹⁸ Claría Olmedo, pag. 326

reconociente y pidiéndole que aporte datos de la persona a la que se somete al reconocimiento. Con más o menos exigencias¹⁹ los códigos procesales reclaman entonces una serie de formalidades para la producción de este acto y el cumplimiento de las mismas los constituiría en *propios*.

Tal como está presentado el problema parece ser que la doctrina hace esta distinción fundada en problemas de “eficacia”, como si llevar a cabo un reconocimiento respetando las normas de un CPP arrojara mejores y más provechosos resultados a una determinada investigación criminal. Pareciera que existe una mayor certeza en la credibilidad y eficacia del testimonio realizado en forma “propia” a aquel realizado en forma “impropia”. Para decirlo con un ejemplo: parece ser más fiable un reconocimiento realizado en rueda de personas, respetando todos los requisitos formales, a los 6 meses de cometido el hecho, que uno realizado espontáneamente en la comisaría a la media hora de su comisión. Esto tiene mucho que ver con la cultura formalista que nos atraviesa y que afirma que si un Código dice que aquello es una paloma, debemos creerle aunque el objeto tenga cuatro patas, mueva la cola y ladre. El perro seguirá siendo un perro por más que el Código diga que es una paloma.

Otra discusión es si la utilización de la información que nos pueda aportar el testigo en un reconocimiento “impropio” involucra (o no) la afectación de garantías de las personas investigadas. Si esta práctica investigativa merece algún tipo de reproche pero no ya desde la “eficacia” de la misma, sino por lesionar una garantía constitucionalmente reconocida de las personas.

Parece que éste último no es un reparo que haya sido sostenido por la jurisprudencia y doctrina dominante. Por el contrario, como hemos expuesto, ellos han construido esta nomenclatura de “impropio” no para descartar el uso de esa información (que es lo que correspondería si efectivamente existe una afectación de garantías), sino para menguar su “valor convictivo”.

Entendemos que esto es un absoluto desatino, que nada aporta al mejoramiento de las investigaciones criminales y mucho menos ingresa en el campo de discusión sobre el alcance de las garantías de las personas, que si bien nosotros creemos que en el caso no se ven afectadas, el debate en si mismo nunca merece ser desechado.

En definitiva la diferenciación entre reconocimiento “propio” o “impropio” resulta una construcción puramente formal que nos deposita ante un aparato conceptual de nulo rendimiento práctico o teórico.

No sabemos si vale o no la pena hacer una clasificación a este respecto, no sabemos si ello puede arrojar algún resultado fructífero, ni queremos entrar tampoco ahora en lo que venimos criticando de esta cultura formalista que abusa de las “clasificaciones”, lo que si nos parece evidente es que en las investigaciones criminales lo que sucede en el “campo de lo real” es que los reconocimientos se realizan en dos contextos diversos, cuando en la investigación existe un imputado y cuando no lo hay.

Esta distinción no pretenden arrojar ningún tipo de “certeza” sobre la actividad de investigación, ni tiene fundamento en el hecho de que una tenga más “valor” que otra o arroje mayor “eficacia acreditante”, sino que por el contrario, describe dos escenarios diversos a los que se va a enfrentar el investigador de un delito.

¹⁹ El CPPSF, conforme ley 12.738, por ejemplo, no contiene una disposición expresa sobre el lugar donde debe realizarse el mismo y si es posible que sea efectuado en las dependencias del MPF y/o en la comisaría. Ante este marco regulatorio entendemos que nada obsta a que así se haga.

Entendemos entonces que puede tener mayor rendimiento una diferenciación que tenga en cuenta la diversa naturaleza de la actividad investigativa, así contamos con *a)* el que se realiza en el marco de una investigación *con* imputado conocido, y *b)* el que se realiza para orientar la investigación, cuando ella *no cuenta con imputado* conocido y tiene por objeto obtener información de los testigos o víctimas para iniciar líneas investigativas.

Ahora entonces las preocupaciones que destacaremos tienen que ver con la forma en que esta herramienta de la investigación ha sido utilizada y los cuidados que se tuvieron en miras al practicarlos, pero teniendo en cuenta estas dos categorías de “reconocimientos” siempre en miras a la existencia o no de sospechoso conocido en la investigación.

En un caso, cuando las agencias a cargo de la investigación criminal no cuentan con un sospechoso entonces deberán elaborar la tarea investigativa con el objetivo de hallarlo y entonces será requerida la colaboración de testigos (léase también en general víctimas) a los efectos de que aporten elementos para ello. La dinámica de esta tarea difiere sustancialmente cuando *si* contamos con un sospechoso y entonces solicitaremos a los testigos que colaboren a los efectos de corroborar (o no) una línea de investigación. Aunque sutil la diferencia es altamente importante puesto que en uno y otro caso las tareas desde el punto de vista de la investigación criminal deben distinguirse bajo el riesgo de que si ello no se tiene presente, aumenten las posibilidades de *orientar* la investigación en algún sentido equivocado.

Por último, una sola mención al reconocimiento fotográfico. Por lo general los códigos priorizan la realización de la rueda de reconocimiento y admiten la posibilidad de recurrir al reconocimiento fotográfico solo excepcionalmente, cuando no fuere posible contar con el imputado para que participe de la línea^{20/21}. Sin perjuicio de ello, es una práctica bastante instalada en las agencias policiales el muestreo de libros de fotografías a testigos y víctimas. La ley procesal santafesina regula el “reconocimiento por fotografía” y luego las “exhibiciones fotográficas” (art. 199 y 200 CPP), demarcando así un límite a la actividad policial, en tanto veda la posibilidad de practicar reconocimientos o exhibiciones fotográficas respecto de personas sobre las que existan sospechas (art. 200 CPP). Admitido que fuere la

²⁰ Ej. artículo 198 del CPP de Santa Fe, que también agrega la posibilidad de realizarlo por video imagen, sobre lo que nos extenderemos luego; también respecto a las fotografías el artículo 274 del CPP de la Nación; art. 253 del CPP de Córdoba.

²¹ No es el caso explayarnos aquí al respecto pero no queríamos dejar escapar la oportunidad de preguntarnos cuán importante es esta prohibición, sobre todo si tenemos en cuenta que esta actividad no “preconstituye” ninguna prueba. Si la medida se llevó a cabo de forma tal que se realizó para “confirmar” una hipótesis de investigación porque ya contaba ella con un imputado individualizado, y se asume que el reconocimiento fotográfico es de menor entidad de convicción o que la sede policial arroja menos “garantías”, esto no hará más que impactar en la credibilidad de la prueba de este hecho, e irá desmedro de la teoría del caso del Fiscal su “mala práctica” en la tarea investigativa. De todos modos discrepamos con todo esto. No creemos que la línea sea una actividad que arroje resultados de mejor calidad en cuanto a la fidelidad de la información que obtendremos de un testigo que una muestra fotográficas. Lo que sucede es que deben evaluarse la forma y modo en que el muestreo de fotografías se realiza. Volveremos luego sobre ello. Por otra parte prohibir a la agencia policial que lleve a cabo la medida contiene defectos evidentes: parte de un prejuicio sobre la forma que la agencia policial realiza su trabajo inadmisibles de ser plasmado en una ley y desconoce que en materia de investigación criminal Fiscales y Policías son un cuerpo único y coresponsables de las resultados del caso. Al respecto ver en el trabajo de nuestra autoría “*El legajo de Investigación Policial en un sistema acusatorio*” .Revista Derecho Procesal Penal. Investigación Penal. Tomo II. Rubinzal Culzoni 2011.

realización del reconocimiento fotográfico se requiere que se lleve a cabo con una serie de exigencias de forma (art.199 y 200 del CPP) que debe respetar la preventora, considerando “falta grave” cualquier realización de señalización de fotografías y exhibición deliberada de su parte (art. 200, inc. 3 CPP). Por lo general este tipo de reconocimiento se lleva a cabo – y así lo regulan los códigos procesales tal cual lo anotamos – cuando no hubiere imputado conocido y al solo efecto de orientar la investigación. En este caso se autoriza a la policía a que lleve a cabo la medida, e impone la inmediata noticia de las results de la actividad al Fiscal (art. 200 inc. 2 CPP).

En definitiva, y para resumir las ideas centrales de lo hasta aquí dicho, nos interesa dejar sentado que:

- Cualquier reconocimiento es meramente una técnica de investigación, en el marco de una investigación penal preparatoria del juicio oral.
- En tanto técnica de investigación, es desformalizada, por lo que no corresponde necesariamente a un código establecer el modo de practicarlo²².
- Todo esto sin perjuicio de que el Ministerio Público lleve un registro de la actividad de investigación, a los fines de que la Defensa pueda preparar su propia estrategia para el juicio oral en relación a la evidencia de cargo.

3.- Los sistemas de investigación.

a) Argentina, entre el Siglo XIII y C.S.I.

Este es el segundo artículo que escribimos en forma conjunta abordando temáticas relacionadas con la investigación judicial de actividades delictivas y sin dudas que no se trata de un hecho casual. Efectivamente, para quienes tenemos algún grado de compromiso con la mejora de los sistemas de enjuiciamiento penal en nuestro país, la etapa de investigación delictiva se ha convertido en un campo de especial preocupación, por muchas razones, vamos a intentar identificar algunas en estas breves líneas.

El juicio oral como modo de llevar a cabo los juzgamientos en la Argentina parece, luego de más de dos décadas, haberse consolidado tanto en el sistema federal como todas y cada una de los estados subnacionales. Sin embargo, esto que a la mayoría de los doctrinarios locales les parecería una suerte de victoria del sistema acusatorio conforme el diseño constitucional por sobre métodos menos democráticos de impartición de justicia, hoy nos sabe a muy poco.

Efectivamente, esta suerte de “victoria pírrica” de los reformistas la podemos verificar cuando al recorrer los diferentes y juzgados y fiscalías de nuestro país verificamos rápidamente que el método de investigación de los delitos no es otro mas que el acumular información escrita en expedientes mas o menos voluminosos tal como se hacía en tiempos decimonónicos. Y todo

²² Con esto no queremos decir que no haya un modo de practicarlo para que el reconocimiento sea eficaz y se salvaguarden en su práctica los eventuales derechos del imputado. De hecho “como hacerlo” será uno de los objetos centrales del presente. Pero sí queremos afirmar que ello puede o no ser “regulado” por un Código Procesal. Toda autopsia comienza con el “examen externo” del cadáver. Esto no está regulado en el Código Procesal, pero es la práctica indicada. En todo caso, si no se realizó, será tarea de la defensa cuestionarlo en el juicio oral, si es que el Ministerio Público quiere introducir los resultados de la misma a través del médico que la practicó. Lo mismo podría ser aplicable para los procedimientos de reconocimiento.

esta cultura inquisitiva que impregna la investigación, evidentemente tiene un alto impacto en el juicio oral, cuando acudimos a juicios donde la publicidad se ve extremadamente dañada ante salas pequeñas que a duras penas pueden alojar a las partes y unos pocos periodistas. O cuando en esos mismos juicios orales vemos a los testigos, las más de las veces, declarar de espaldas al público y las partes y, lo que es peor, siendo interrogados por los jueces. O cuando en esos mismos juicios orales escuchamos leer en voz alta decenas de páginas de los expedientes. O cuando vemos una enorme confusión de roles escuchando a Jueces de Garantías haciendo altisonantes declaraciones a los medios sobre el avance de una investigación.

Estos son solo algunos de los problemas que podemos enumerar, de manera meramente ejemplificativa y arbitraria. Muchos de los mismos han hecho nacer en la comunidad en general y en la comunidad jurídica en particular, una enorme preocupación por el funcionamiento deficiente de la investigación criminal. Así, se ha renovado el debate por una de las cuentas pendientes del sistema democrático, cual es la creación de una policía de investigaciones que dependa directamente del Ministerio Público. En el contexto de un debate enormemente rico como el que se está desarrollando al respecto, nos interesa realizar un solo señalamiento: en la medida en que nuestros sistemas de justicia sigan sosteniendo su vocación “delegativa” de responsabilidades en cuanto a la dirección de las investigaciones penales, poco importará que el órgano que las lleve adelante dependa del Ministerio Público o del Poder Ejecutivo. En el contexto de la “policización” de la investigación judicial²³, poco importará que los agentes actúen con total autonomía dependiendo de uno u otro poder.

Digamos que la dependencia funcional no deberá ser algo escrito en una ley sino que el Ministerio Público deberá asumir el desafío de dirigir las investigaciones que llevará a cabo esta fuerza policial.

En este contexto de debate de ideas en vistas del mejoramiento de la calidad, eficiencia y eficacia de las investigaciones llevadas a cabo en el seno de nuestro sistema de justicia penal, nuestra idea es realizar algunos breves aportes que sirvan al menos como disparadores para empezar a rediscutir determinadas metodologías de llevar adelante una investigación que pueda luego ser usada provechosamente en verdaderos juicios orales adversariales.

Tenemos entonces que nuestro sistema de investigación de delitos, como decíamos, se asimila todavía bastante al que en el S. XIII se estableció como sistema de indagación por parte de los nacientes estados europeos²⁴, esto es, acumular información en forma escrita en un conjunto de hojas²⁵ que es reunida y foliada conjuntamente para luego ser utilizada a los fines de condenar a una persona. Evidentemente este sistema podía ser mas o menos útil, por ejemplo, en el Flandes de la naciente modernidad para identificar y perseguir brujas, pero se muestra bastante torpe para enfrentar problemáticas mas complejas como las que tienen nuestras sociedades contemporáneas.

²³ Esto es, la delegación absoluta por parte del Poder Judicial de las investigaciones penales a la Policía, sin ningún tipo de dirección de las mismas. Este fenómeno fue identificado por Marcelo Saín, pag. 161 y su estudio ha sido poco profundizado.

²⁴ Respecto a este fenómeno se puede consultar el pequeño libro de conferencias de Foucault.

²⁵ No decimos “fojas”, tal como se utiliza en el lenguaje tribunalicio. El uso del lenguaje “señorial” (“Señoría”, “Excelencia”, “Dios Guarde”, etc), es acaso un hecho pintoresco, pero claramente demostrativo de las batallas culturales que aún faltan dar en un poder poco permeable al ideario republicano y democrático.

En tal contexto es que debemos pensar, no solo nuevas instituciones como la policía de investigaciones, sino nuevas maneras de hacer las cosas. Y aquí es cuando se escucha el reclamo acerca de la necesidad de tener “mas tecnología” para “combatir al delito”. ¿La manera de salir de los callejones del Santo Oficio es a través de bancos de A.D.N.? ¿Las opciones posibles en el marco de una investigación criminal es la tecnología del Santo Oficio o la de Criminal Minds? En el apartado siguiente, queremos explayarnos, de nuevo muy brevemente, sobre que es lo que pareciera que “realmente funciona” para esclarecer y resolver hechos delictivos, a los fines de continuar con los temas propuestos.

b) Desmitificando a Sherlock. Que funciona en las investigaciones criminales.

Desde finales de la década del 60´ y especialmente comienzos de la década del 70´ del siglo pasado (cuando, en los países centrales la cuestión de la seguridad pública comenzó a ser una preocupación importante²⁶), los científicos sociales, bajo los auspicios de fondos estatales, privados, y en algunos casos de instituciones de carácter “mixto”²⁷, se lanzaron a realizar una cuantiosa cantidad de estudios e investigaciones acerca del trabajo policial en general. No obstante ello, el area de “investigaciones” fue, acaso, la cenicienta de estos estudios.

Es que estos estudios tenían relación directa con lo que muchos autores denominan como el nacimiento de la “sociedad del riesgo”²⁸, por lo que era fruto de especial inquietud el estudio de políticas públicas que tuvieran que ver con la “prevención” del delito. En este sentido, la investigación criminal, que en general actúa de manera reactiva, y luego de la comisión de un hecho con apariencia delictiva, no parecía despertar gran interés, y ello sin perjuicio de que el paradigma de las investigaciones delictivas, como veremos, parece también estar reconstruyéndose hoy en día alrededor del omnipresente concepto de la “prevención”.

Efectivamente, existen pocas dudas de que la preocupación por prevenir “riesgos” ha impactado en el trabajo y las prácticas de investigación. El creciente énfasis puesto en la categorización y clasificación de la doctrina policial en estrategias como la “guiada por información de inteligencia”, “orientada a los problemas”, “tolerancia cero” nos lo indica²⁹, esto es, estamos viviendo un giro de la investigación reactiva de delitos individuales a estrategias que buscan manejar y controlar poblaciones sospechosas. Según Matassa y Newburn, la forma en que el concepto de riesgo está afectando la naturaleza del policiamiento contemporáneo (en lo que hace a las tareas de investigación) es a través del siguiente aparato conceptual:

- uso de cálculos costo-beneficio, por ejemplo en lo que hace a la potencial detectabilidad de un caso o si proseguir con su investigación es inútil.
- la reubicación de experticia desde los servicios de seguridad tradicionales hacia los sistemas de inteligencia policial.

²⁶ Pitch, pag. 130.

²⁷ Para citar algunas instituciones: el National Council for Crime Prevention de Estados Unidos, Crime Concern del Reino Unido, el United Nations Center for International Crime Prevention con sede en Viena.

²⁸ Beck.

²⁹ Intelligence-led, Problem-oriented y Zero-tolerance en su lenguaje original.

- el crecimiento de las tecnologías de vigilancia y el uso de vigilancia para obtener información estratégica.
- el crecimiento de las tecnologías de la información, para el almacenamiento y cotejo de información.
- la construcción del policía como “agente de información”, particularmente en acuerdos multiagenciales para la gestión del delito, y el rol de los agentes de policía en la recolección, interpretación y difusión de información relacionada a potenciales riesgos.³⁰

Bien, sentado todo esto, debemos sin embargo señalar que existe un cierto cuerpo de estudios respecto al campo de la investigación criminal, mas o menos desarrollado, y que nos es de gran ayuda a los fines de intentar esclarecer como funcionan los sistemas de investigación en la práctica, que es lo que hacen bien y que es lo que hacen mal, que es lo que funciona y lo que no funciona.

Así, distintos estudios han revelado que:

1. La gran mayoría de los delitos que la policía investiga llega a conocimiento de la misma por la población. La policía investiga muy pocos delitos por iniciativa propia. Excepto por unas muy pocas investigaciones proactivas en corrupción, trata y crimen organizado, la mayoría de las investigaciones criminales se refieren a delitos que han sido cometidos, no que se están desarrollando o no han sido aun cometidos.
2. El elemento esencial para resolver casi todos los delitos es la identificación del sospechoso por una persona. Si el imputado no es apresado en muy breves momentos luego de cometido el hecho el éxito depende de que la víctima o un testigo provean información que específicamente identifique al probable imputado, como su nombre, patente del auto, o algo que lo relacione muy estrechamente con la víctima. Si un delincuente no fue identificado por una persona, las chances de resolver el hecho caen a tan solo un 10 por ciento de posibilidades.
3. Contrariamente al retrato de la ficción, los investigadores no trabajan desde los hechos objetivos hacia la identificación de sospechosos, trabajan desde la individualización de probables sospechosos hacia los hechos necesarios para conseguir una persecución penal exitosa. El trabajo básico de un investigador no es encontrar delincuentes desconocidos, sino recolectar prueba necesaria para la persecución exitosa de sospechosos conocidos. Si bien vemos a los detectives de la ficción preocupados por no construir hipótesis muy acabadas en forma temprana, eso es precisamente lo que hacen en la vida real todo el tiempo. Al contrario de lo reflejado en novelas, películas y series, la realidad es que el trabajo de investigación policial implica una compleja tarea de papeleo. Y no es para nada sencilla. Implica un profundo conocimiento legal y de manejo interpersonal. Es un trabajo que no podrían hacer Kojak o Harry el sucio. Requiere la constante disciplina y persistencia de un contador o auditor contable.
4. Muchos más delitos son resueltos a través de información revelada por el detenido u otros imputados privados de libertad que por trabajo

³⁰ Newburn et al. pag. 54

policial de investigación. Además, las mayores posibilidades de mejorar la tasa de esclarecimiento en relación a los hechos denunciados radica en un trabajo policial sistemático de incentivar que los detenidos confiesen hechos anteriores.

5. En general, los investigadores tienen más información sobre delitos cometidos de la que pueden procesar y asimilar para su uso efectivo. Además, la prueba material o forense solo conforma una muy pequeña contribución en la detección o persecución de delitos.
6. Ni la forma en que los investigadores organicen sus investigaciones o el manejo de la carga de trabajo tiene efecto en el éxito en resolver delitos.³¹
7. En lo que hace al uso de las huellas digitales, una enorme mitología rodea su real uso. El F.B.I. elevó las mismas a un estado cercano a la leyenda. Dicha oficina cuenta actualmente con más de 200 millones de huellas digitales archivadas, que comprenden a una población de aproximadamente 79 millones de personas. La leyenda sobre las huellas digitales fue creada para proyectar una imagen del F.B.I. como una agencia increíblemente eficiente que estaba respaldada por todo el peso de la “ciencia”. En realidad, las huellas digitales raramente son un factor crítico para resolver delitos. Es extremadamente difícil conseguir levantar huellas digitales utilizables de una escena del delito. El N.Y.P.D. obtiene huellas utilizables solo en el 10 por ciento de las escenas de robos en que interviene. Y solo en un 3 por ciento de esos casos las huellas contribuyen a realizar algún arresto. En Long Beach, California, un imputado es identificado mediante huellas digitales en el 1.5 por ciento de todos los casos.
8. Respecto al A.D.N., sus mayores éxitos tuvieron que ver, justamente, con la posibilidad de haber exonerado a condenados que habían sido equivocadamente juzgados. Además, su eventual éxito depende en gran medida con la posibilidad de poseer una enorme base de datos para poder cotejar la información, lo que es enormemente cuestionable desde el punto de vista constitucional, además de extremadamente ineficiente y costos en relación a sus escasos beneficios³².

En definitiva, cuando la policía puede resolver un crimen, es generalmente porque una víctima o testigo conoce (o reconoce) al imputado, o puede proveer una buena pista al oficial que llega a la escena sobre él³³. En muchos delitos, incluso, el acusado está aún en la escena del hecho cuando la policía llega, por lo que no es necesario ningún “trabajo detectivesco”. Esto explica por qué razón entre el 60 y el 80 por ciento de todas las detenciones son realizadas por policía de calle y no por detectives. La importancia de tener una buena pista desde el comienzo mismo de la investigación fue documentada en los Estados Unidos hace más de 40 años por la entonces creada Comisión Presidencial contra el delito. La misma analizó 1.905 casos llevados adelante por la policía de Los Ángeles. La policía esclareció el 86 por ciento de un universo de 349 casos donde el sospechoso había sido

³¹ Bayley, pag. 71 y ss.

³² Walker, pag. 108 y ss.

³³ Mas hallazgos respecto al trabajo policial en investigación, se pueden consultar en Brodeur, pag. 185 y ss.

identificado inmediatamente por la víctima o un testigo. Por el contrario, esclareció solo el 12 por ciento de los restantes 1.556 casos en donde no había un sospechoso identificado. La clave para resolver delitos, en resumen, es poseer información específica de un sospechoso. Cuando la policía inicia la investigación con poca o ninguna información, las posibilidades de resolver un delito son extremadamente bajas.³⁴

Podemos entonces, de acuerdo a la información empírica, dejar por ahora sentado lo siguiente: la información aportada por un testigo en el marco de una investigación criminal sigue siendo un elemento central a los fines de obtener éxito (en especial en lo que hace a la identificación del sospechoso), y no es por el momento reemplazable por ninguna otra técnica científica aplicable a la investigación.

c) Problemas en el uso de la información de testigos: algunos hallazgos.

Investigaciones recientes en otros países con trayectoria en modelos adversariales de juzgamiento han arrojado como resultado que buena parte de los errores judiciales se cometen son consecuencia de la mala calidad de la información obtenida de los testigos oculares y el uso que de ella hacen los operadores del sistema de justicia criminal.

Es que parece muy cierto esto de que *“No hay nada más convincente que un ser vivo que sube al estrado, señala al acusado con el dedo y dice ‘Es él!’*³⁵

Así es que se ha advertido en Estados Unidos que la práctica concreta del reconocimiento del sospechoso de parte del testigo, y la consecuente identificación que éste realiza del acusado, a la vez de generar un gran impacto en la convicción de quien debe tomar decisiones (tribunales técnicos o jurados), ha sido, también por esto, la principal causa de los errores judiciales que se cometen en los tribunales de ese país³⁶.

Sobre todo a partir de la aparición de la prueba de ADN se han desarrollado exploraciones en la materia que dan cuenta de la alta exposición a errores en que se encuentran los operadores del sistema judicial cuando apoyan su decisión en la convicción que les genera un testigo ocular.

En los EEUU, una asociación civil, “The Innocence Project” se ha encargado de estudiar e investigar una serie de casos con personas ya condenadas (a penas muy elevadas, por cierto) donde existía material genético para peritar y hacer estudios de compatibilidad a partir de la prueba de ADN³⁷.

Estos estudios arrojaron resultados impactantes: al día de la fecha y habiéndose estudiado causas desde el año 1997, se registran más de 200 sentencias erróneas. Estudiados los motivos fundantes de estas sentencias se advierte que el porcentaje más alto de estos errores se debió a la confianza generada en el tribunal por el testigo indicando al supuesto autor del crimen³⁸.

³⁴ President’s Commission, pag. 8

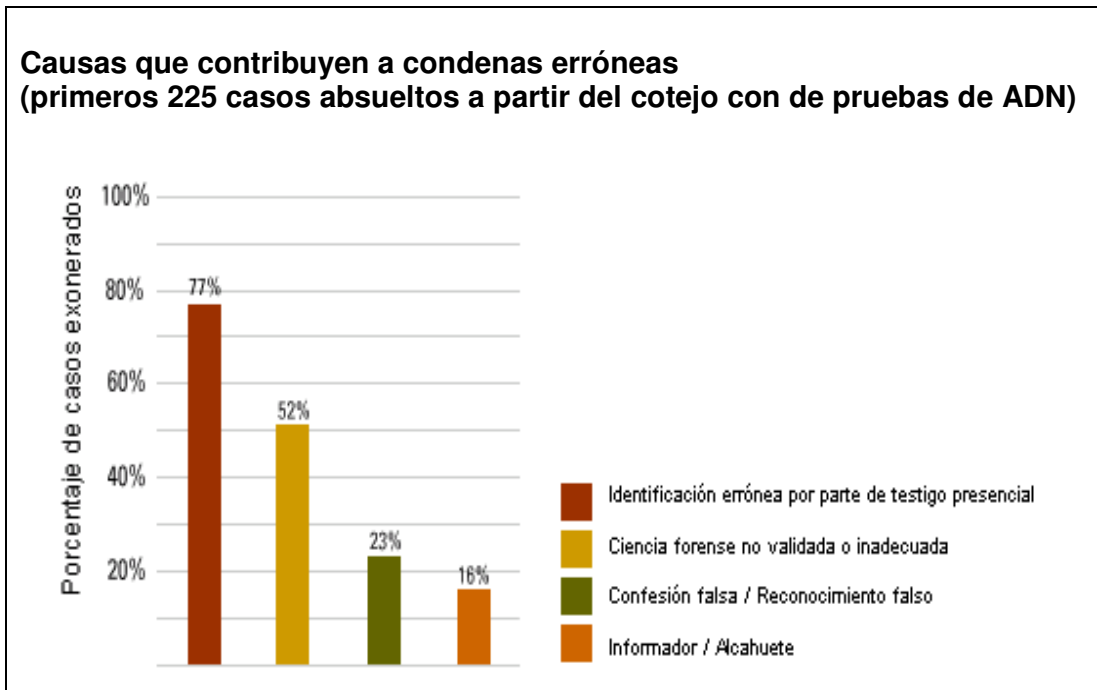
³⁵ William J. Brennan, Ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Watkins v. Souders*.

³⁶ Benjamin N. Cardozo. School of Law.

³⁷ En la web, www.innocenceproject.org

³⁸ En el periodo comprendido entre 1989-2007 más de 200 norteamericanos fueron exculpados por pruebas de ADN y de estos más de la mitad habían sido condenados a muerte. Para más detalle puede visitarse el sitio web de la asociación en www.innocenceproject.org

**Causas que contribuyen a condenas erróneas
(primeros 225 casos absueltos a partir del cotejo con de pruebas de ADN)**



4.- Obteniendo información del testigo.

a) Aproximación al problema.

Ya hemos visto cual ha sido la regulación en los códigos procesales de esta actividad - si se nos permite, rutinaria - en la que personas dicen haber visto a otras que tomaron parte de un hecho delictivo. Vimos las exigencias formales que esas leyes disponen e incluso anotamos discrepancias con el carácter que la doctrina procesalista más tradicional otorga a esta actividad, confundiendo en muchos casos categorías centrales en un modelo adversarial, como son las de *prueba y evidencia*.

Relevamos también la importancia de la información de testigos a los fines de resolver un “caso”, sin perjuicio de los muchos problemas que esta información puede traer aparejada al ingresar en el sistema de justicia.

Pues bien, a esta altura de la presentación, resulta menester formularnos algunas preguntas y avanzar entonces en la problematización de la cuestión: si el hecho de que una persona haya visto a otra en un determinado escenario propio de un acontecer delictivo impacta en la práctica de nuestros sistemas de justicia como una evidencia tan importante, si se

otorga tanto “valor convictivo”, si es una práctica habitual en nuestros sistemas³⁹, entonces, vale preguntarse: ¿cuánto sabemos de todo esto?

¿Sabemos, o mejor, podemos estar seguros de las decisiones que tomamos en base a las afirmaciones de un testigo que dicen haber visto al imputado en la escena del crimen? ¿Cuánto sabemos de esto? ¿Cometemos errores al tomar estas decisiones? ¿Como sabemos si los cometemos o no? ¿En su caso, podemos hacer algo para evitarlos? Creerle o no creerle al testigo, ¿De qué depende? ¿De cuan seguro se sienta? ¿Debemos dejar esto librado a nuestra intuición?

Las preguntas se repiten y seguramente no logren encontrar en las páginas que siguen respuestas conclusivas, solo algunas ideas para dudar de algunos preconceptos que todos traemos muy arraigados y que, en determinadas situaciones, nos pueden llevar a cometer errores. Lo cierto es que de esta actividad humana en la que una persona (llamemos, testigo, víctima, imputado, etc.) reconoce a otra, los abogados, los “procesalistas”, los “dogmáticos”, sabemos muy poco.

b) ¿Cómo funciona la memoria?

Para poder explorar entonces estos problemas tan importantes para el contexto de una investigación criminal, que en muchos casos define la línea de la misma, tenemos que ver – muy rápida y esquemáticamente por cierto – como funciona nuestra memoria.

Digamos que el punto de partida de todo esto es que en el acto de reconocimiento de una persona interviene un factor muy poco explorado por el mundo del derecho (y en particular por los abogados), cual es el funcionamiento práctico de nuestra mente. Nunca nos han enseñado, ni forma parte de nuestras currículas de estudios de grado y postgrado cómo funciona nuestra mente. ¿Cómo captamos información? ¿Qué procesos mentales se disparan cuando vemos algo? ¿Cómo recordamos?

Pero además, y junto con esta cuestión, tampoco sabemos mucho o por lo menos no ha sido explorado sino de forma reciente y en otros países, hasta qué punto el funcionamiento práctico de nuestra mente, cuando es requerido para desplegarse en el contexto de un sistema criminal – ya veremos de qué forma – puede ser condicionado y/o influenciado por éste. Es decir, cual es la potencia de “contaminación” que tiene el sistema de justicia criminal sobre los procesos mentales de una persona.

Presentado el problema, vamos formular algunas respuestas, no sin antes dejar de pedir condescendencia a los expertos en los procesos cognitivos y afines; y esperando de ellos su indulgente comprensión.

Entonces, la memoria de una persona, ante la circunstancia de haber presenciado un hecho criminal funciona de la siguiente manera: en primer lugar los sentidos de esta persona captan el acontecimiento (se ve, se escucha, se

³⁹ Estas afirmaciones son hechas sin tener una medición concreta y precisa de cual es el uso real que de este medio probatorio en el contexto local. Sin perjuicio de ello, a los fines de la redacción de este informe nos hemos entrevistado con Jueces de Instrucción (de manera informal, por su puesto) y todos ellos coincidían en que un “reconocimiento positivo”, por lo menos “daba para un procesamiento”. Sin dudas que resultaría de gran utilidad una investigación empírica que arroje datos concretos sobre la forma y modo en que se disponen estas medidas en el marco del sistema inquisitivo y cual el impacto que ello tiene en las causas que se tramitan en este sistema, lo que debería ser tarea de nuestros tribunales superiores, en función de ser los organos de gobierno de los poderes judiciales.

huele, etc.), un hecho particular y concreto del mundo exterior. En términos que usaremos seguidamente diremos que se “capta una porción de información”.

Esta información es localizada y almacenada por nuestra mente. Este segundo paso lo denominamos “almacenamiento de la información”, y por último, al momento que nos es solicitada esa información lo que hacemos es “recuperarla” y exponerla, presentarla ante quien la requiere. Puntualmente y en lo que a nosotros ahora nos interesa en el contexto de una investigación por la comisión de un hecho criminal la memoria funciona de esta manera.

Ahora bien, un segundo problema está dado por los procesos que interfieren en la configuración del proceso mental de cada una de estas etapas y, hasta que punto, estos procesos impactan en el resultado final que obtendremos de ese testigo, en la información que ese testigo nos aportará. Es que como con autoridad se ha dicho: *“La memoria no graba la realidad tal cual es, sino que la interpreta y reconstruye. En general, podemos considerar tres fuentes básicas de error en el recuerdo: las condiciones de codificación (mientras ocurre el suceso), las de retención (entre el suceso y la toma de declaración) y las de recuperación (la toma de las manifestaciones de los testigos). Por efecto de estos factores, la reconstrucción de los recuerdos sobre un lugar, una acción, una cara o, en general, sobre cualquier suceso complejo, puede provocar dos diferentes tipos de errores de memoria: errores de omisión y errores de comisión”*⁴⁰.

Pero con dar cuenta de esto no completamos la complejidad del tema si no referimos tangencialmente al problema de lo que ha dado en llamarse memoria de “corto” y “largo” plazo.

Como mencionáramos, los psicólogos consideran que la memoria puede ser dividida en tres etapas: codificación, almacenamiento y recuperación, que antes describimos.

La información que arriba del exterior, es primeramente captada por un factor sensorial. El resguardo sensorial es transitorio, y la información resguardada va menguando con el paso del tiempo en un rango que puede ir desde unos diez segundos (para la información visual) hasta unos muy pocos segundos (para la información auditiva). Una proporción de la información almacenada en el resguardo sensorial es transferida a la memoria de corto término, que es la información resguardada de la que somos concientes. Usualmente, la información almacenada en la memoria de corto término se va perdiendo en un período de 20 segundos. La pérdida se puede prevenir con un proceso de repetición, como ocurre cuando repetimos un número de teléfono o una palabra o nombre que escuchamos. La información procesada en la memoria de corto plazo, se transfiere a la memoria de largo plazo, que es el repositorio de toda la información que guardamos para tener disponible. El tamaño de la memoria de largo plazo pareciera ser cuasi ilimitado, y representa el total de la información que hemos adquirido de nuestro entorno.

Estos tres procesos de almacenamiento de la información fueron descritos como una teoría por Atkinson y Shiffrin en 1971. Estas memorias diferentes parecieran corresponderse con diferentes intervalos de tiempo, y al parecer resguardamos información en alguna de estas memorias de manera inconciente. Probablemente uno de los aspectos mas problemáticos de la memoria de corto plazo (o memoria de trabajo) es su muy limitada capacidad:

⁴⁰ Manzanero

la mayoría de los adultos tienen una capacidad de siete elementos aproximadamente. El olvido ocurre porque los elementos decaen con el paso del tiempo o bien son reemplazados por otros. Un problema para el investigador es que frecuentemente es complejo saber si el olvido en la memoria de largo plazo se debe a una pérdida de información (la información ya no existe) o por una falla en la recuperación (todavía existe pero no la podemos recordar). La recuperación puede ser afectada por interferencias, lo que ocurre cuando brindamos un indicio para recuperar un elemento pero otros elementos se activan e interfieren nuestro en el proceso.

Mientras mejor organicemos el material que almacenamos, más sencillo será de recuperar. Es más fácil recordar un hecho u episodio si estamos en el mismo contexto en el que almacenamos la información.

Los recuerdos también se conforman de acuerdo a influencias sociales. Un ejemplo de cómo la memoria puede ser afectada por sugerencias externas fue el hallazgo del clásico experimento de Loftus y Palmer (1974). Se les exhibió a una serie de personas una filmación de un accidente automotor y fueron divididos en dos grupos que recibieron el mismo trato, excepto por una sola palabra en el cuestionario. A un grupo se le preguntó ¿a qué velocidad venía el auto cuando golpeó el otro vehículo?. Al otro grupo se le preguntó ¿a qué velocidad venía el auto cuando se estrelló con el otro vehículo? El grupo “estrellado” informó una velocidad mayor que el grupo “golpeado”, lo que indicaría la influencia social de las preguntas sugestivas. Todas las personas regresaron varias semanas después para responder a una serie de preguntas adicionales. Una de ellas fue: ¿pudo Ud. ver vidrios rotos? (los que efectivamente no estaban presentes). El grupo “estrellado” tuvo más tendencia a incluir en forma incorrecta la presencia de vidrios. Este fenómeno fue repetido muchas veces, algunas de ellas con distinto grado de éxito, pero nos ilustra cuán fácilmente un hecho real puede ser recordado incorrectamente cuando son introducidas pistas incorrectas.

Ahora bien, debido a la fragilidad y maleabilidad de la memoria humana, se ha sugerido que los investigadores deben adoptar un enfoque similar al que se usó para preservar la evidencia física a la evidencia de identificación por testigos⁴¹. Esto es, las recomendaciones tienden a establecer determinados estándares que, realizando un paralelismo, tratan de garantizar una “cadena de custodia” sobre el testimonio a obtener, para que no sea contaminado con información que pueda dañar la calidad del testimonio.

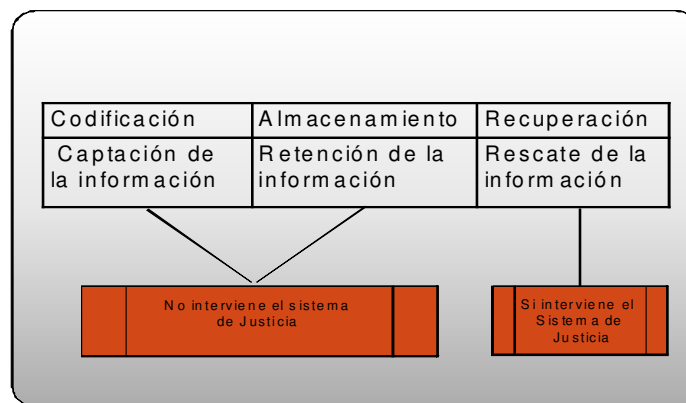
Para terminar el punto, cabe mencionar que cada una de estas fases tiene particularidades propias y posibilidades de ser condicionada por factores tanto externos (ajenos a la persona y perteneciente al mundo exterior) como internos (propios de la persona), y aunque seguidamente nos explayaremos con algún detalle al respecto sobre cada uno de ellos en lo atinente a la problemática aquí abordada, solo diremos ahora que el sistema de justicia criminal (policías, fiscales, defensores, jueces, empleados, etc.) tiene un altísimo nivel de impacto en la fase del funcionamiento de la mente donde toma directa intervención, es decir, en la instancia de “recuperación o rescate” de la información; puesto que la forma y modo en que esto sucede condiciona inexorablemente la información que se obtiene.

⁴¹ Williamsom, pag. 83.

A este condicionamiento de parte de los operadores del sistema de justicia le llamaremos en lo que sigue – y procurando unificar nomenclaturas de otros estudios sobre la materia – *retroalimentación*⁴², y veremos que en muchos casos esta retroalimentación de parte de las agencias del sistema de justicia criminal “contaminan” mucho la información que el testigo ha logrado “retener”, generando así no pocos perjuicios al futuro de esa causa.

Y si bien en esta última fase es donde el sistema de justicia tiene notable injerencia, esto no quiere decir que sobre las otras dos fases (captación y almacenamiento), como operadores del sistema de justicia debemos desinteresarnos. Todo lo contrario, veremos seguidamente todos los factores que intervienen (factores internos como externos respecto al sujeto) a la hora de la “captación de la información” y de qué manera esto debe ponernos alerta, cuanto pueden estos factores haber influenciado en la forma y modo del proceso de captación y el almacenamiento de la información y cuanto podemos entonces confiar de la información obtenida.

¿CÓMO FUNCIONA LA MEMORIA?



c) Las ilusiones con las que vivimos. Ilusión de “atención” e ilusión de “memoria”.

Ya para hacer más complejo el problema de la captación de información del mundo exterior debemos tomar nota de que a decir verdad y mal que nos pese solo estamos en condiciones de ver lo “esperable” y de recordar, en la gran mayoría de los casos, defectuosamente⁴³.

La captación de esto que rápidamente llamamos “realidad” depende de una serie de factores que en gran medida desconocemos y que, nuestra convivencia cotidiana no está preparada para dar cuenta. Los autores han denominado a esta serie de complejidades “*ilusiones cotidianas (...) tan persistentes que aún cuando sepamos que nuestras creencias e intuiciones son defectuosas, siguen siendo obstinadamente resistentes al cambio...*”⁴⁴.

⁴² Morales Peillard et al.

⁴³ En lo que sigue en el presente apartado, ver la obra de Simons, Daniel y Chabris, Christopher

⁴⁴ Simons y Chabris pag. 16.

Estas ilusiones han conformado una serie de convicciones en base a la intuición que cotidianamente nos condicionan a tomar decisiones de todo tipo.

La primera – y mas impactante⁴⁵ – “ilusión” sobre la que trabajan los autores es la que ellos denominan “ilusión de atención”. La ilusión de atención nos alerta sobre la discrepancia entre lo que creemos haber visto y lo que realmente sucedió, nos enrostra que *“experimentamos mucho menos de nuestro mundo visual de lo que creemos”*⁴⁶.

Lo que queda claro luego de estas evidencias es que solo estamos en condiciones de ver lo que estamos dispuestos a ver, lo que estamos preparados para ver, lo que el contexto nos permite que veamos. Lo imprevisto, lo inusual, lo que en definitiva no esperamos ver, eso, no lo vemos, aun que allí está, no lo vemos *“cuando dedican su atención a un área o aspecto particular de su mundo visual, tienden a no advertir objetos no esperados, aun cuando estos sean prominentes, potencialmente importantes y aparezcan justo allí donde ellos están mirando”*⁴⁷

Pero posiblemente lo más alarmante de esta “ilusión” (y el experimento del gorila lo evidencia de forma rotunda) no es que no hayamos visto lo que estaba delante nuestro⁴⁸, si no la sorpresa que nos provoca no haberlo visto. Lo interesante es ver cuanto nos sorprendemos porque debíamos haber advertido ese objeto (en el experimento, el gorila) y no lo hicimos. Lo que más impacta de la “ceguera” por la “ilusión de atención” es el convencimiento erróneo que teníamos sobre nuestra capacidad de percibir.

La otra “ilusión” a la que nos queremos referir es la que los autores citados denominan “ilusión de memoria”.

Esta característica de nuestra forma de percibir nos indica que por mucho que creamos que opera de distinta forma, nuestra memoria y lo que estamos en condiciones de recordar, está influenciado por un cúmulo de variables que tienen que ver – otra vez – con las estructuras mentales y las formas de operar de nuestra mente que por lo general, desconocemos, o en el peor de los casos, creemos que funciona de una manera absolutamente diversa a como lo hace.

Es que en el acto de traer información que tenemos almacenada juegan procesos mentales altamente complejos. Podemos afirmar que este proceso no es “lineal” o “fotográfico”. Al respecto hay un saber popular que nos indica que lo que hemos visto queda “almacenado” en algún lugar de nuestra mente a disposición de ser traído, de ser actualizado, cuando así lo necesitamos.

Sin perjuicio de que algo de ello efectivamente ocurre, lo que no tenemos en cuenta es que este proceso de actualización de la información que tenemos almacenada y entrega a un tercero, opera en el marco de un contexto

⁴⁵ Ver <http://www.theinvisiblegorilla.com/videos.html>. Allí podrán encontrar varios experimentos realizados que ejemplifican esta “ilusión”. El mas connotado ha sido el del “gorila invisible” que da nombre al libro que comentamos, en donde un gorila pasa por medio de un grupo de jugadores que están pasándose una pelota. Se le solicita al espectador que cuente los pases que se dan entre los integrantes del equipo. Como la atención está puesta en ello resulta dificultoso advertir lo evidente, que un gorila pasa por delante del grupo y se golpea el pecho.

⁴⁶ Simons y Chabris pag. 26.

⁴⁷ Simons y Chabris pag. 25.

⁴⁸ En los experimentos realizados por los autores el número de personas que no ve el gorila asciende al 50% - 60% (más menos). Estos experimentos se realizaron con diferentes colores, diversos “fondos” de los escenarios, con el gorila en escena por mas o menos tiempo, etc.

funcional de la memoria que se estructura antes que en “recuerdos fotográficos” en “conceptos”.

Es así que recordamos a partir nuestras vivencias propias, recordamos también – como en la ilusión de atención – lo que podemos, lo que estamos en condiciones de recordar, conforme nuestro pasado, nuestras ansias y, por cierto, lo que nuestros temores nos permiten recordar. Agotar este aspecto resultaría altamente extenso, en lo que sigue trabajaremos con algunos ejemplos y citaremos experiencias que han tomado en cuenta algunas de estas consideraciones.

d) Algunas experiencias respecto a las etapas en que no interviene el Sistema de Justicia Penal.

Como mencionáramos, existen variables que se suceden al momento en el que el testigo presencia los hechos y sobre las cuales no puede actuar el sistema de investigaciones. Sin embargo, a los fines de direccionar la investigación es imprescindible valorarlas. En lo que sigue, vamos a mencionar aquellas sobre las cuales la comunidad científica ha desarrollado algunas experiencias. Podemos mencionar las siguientes⁴⁹:

- *En relación al testigo mismo*

a) Raza, etnia o género: no existe evidencia que sugiera que individuos de determinadas razas o etnias tengan mejor capacidad de recordar caras o hechos. Tampoco existe prueba en tal sentido respecto a diferencia entre hombres y mujeres.

b) Ebriedad: estudios policiales en el Reino Unido han llegado a la conclusión de que el alcohol está presente en al menos la mitad de los delitos cometidos. Este hecho nos sugiere la posibilidad de que muchos de los testigos presentes hayan consumido también alcohol. No obstante lo expresado, y debido fundamentalmente a cuestiones éticas, han sido pocas las investigaciones que se han llevado a cabo a los fines de establecer una correspondencia entre intoxicación alcohólica y capacidad de retención precisa de información. Si bien falta entonces un largo camino para establecer que cantidad de alcohol con precisión puede afectar la memoria, los pocos estudios realizados parecen indicar que se trata de un factor deteriorante de la misma, sobre todo en referencia a la formación de la memoria de largo plazo.

c) Niños y Adultos mayores: en el transcurso de la vida la memoria es un mecanismo que se mantiene mas o menos estable, excepto en sus extremos (niños y ancianos), donde el funcionamiento de la misma tiende a ser menos eficiente. Los niños, en general, tienen una capacidad mas limitada de recordar información de un evento. Sin embargo, cuando lo hacen, la misma suele ser tan correcta como la de un adulto. Las investigaciones también demuestran que los niños son menos precisos en recordar los detalles de un rostro. En este sentido son mas influenciables a la información sugestiva u otro tipo de retroalimentación que puedan recibir. A partir de los primeros años de la

⁴⁹ Horvath, pag. 97 y ss.

adolescencia las características se igualan a las de cualquier adulto. En lo que hace a los ancianos, estudios recientes demuestran una mas baja capacidad cualitativa y cuantitativa de recordar y una tasa mas baja de porcentaje de identificaciones correctas en porcentajes que van desde un 25 a un 50 por ciento.

d) Ocupación: existe una amplia creencia que los policías son mejores a los fines de identificar caras, por lo que estudios de laboratorio examinaron la diferencia en lo que hace a recordar un hecho entre policías y otras personas. Estas investigaciones encontraron que los policías y el resto de las personas identifican con la misma precisión a los potenciales “culpables”. Sin embargo, los policías tienden a proveer descripciones de mejor calidad del hecho criminal, y son menos susceptibles a distorsionar la información que otorgan por retroalimentación posterior al hecho.

e) Confianza y precisión: Es común asumir que el testigo que tiene mas confianza en su descripción es mas preciso. Las muchas investigaciones llevadas a cabo en este campo, sin embargo, nos demuestran que existe un débil vínculo entre confianza y precisión. Además, la confianza de un testigo puede ser fácilmente manipulada, conciente o inconcientemente. Por ejemplo, si merced a una identificación de un testigo el caso va a juicio oral, la confianza del mismo se verá fortalecida por la decisión que tomare el fiscal.

- En relación a la persona a identificar

a) “Camuflajes”: La presencia de sombreros, lentes, capuchas, máscaras pueden interferir significativamente en la posibilidad de captar correctamente la información y por lo tanto llegar luego a una identificación exitosa.

b) Características del rostro: Varios estudios han llegado a la conclusión de que es mas sencillo el reconocimiento de aquellos rostros que tienen características muy particulares, así como aquellos que estéticamente se presenten como muy bonitos o, por el contrario, como muy poco agraciados. Otras investigaciones han subrayado que al momento de identificar un rostro que no le es familiar, lo primero que recuerda el testigo son características externas al mismo como el cabello. Esto es problemático, no solo porque se trata de un carácter fácil de mutar por el sospechoso, sino porque el cambio de cabello se ha evidenciado como un factor que contribuye a dificultar el reconocimiento del rostro mismo.

c) Raza del sospechoso: parece existir una directa relación la raza del testigo y la del sospechoso en relación a la identificación. Existe ya evidencia consistente en relación a que los individuos poseen mayor capacidad para identificar las caras de su propia raza a las caras de otras razas⁵⁰.

- En relación al hecho.

⁵⁰ Por supuesto que la raza humana es una sola, todos compartimos un único y común biotipo. Utilizamos aquí el concepto en relación a los aspectos físicos exteriores que pueden compartir un conjunto de la población, sin intención del uso, generalmente racista justamente, que se le dio al polémico concepto.

a) Seriedad del delito: Uno de los estudios mas impactantes llevados a cabo al respecto fue en relación a dos grupos de participantes que iban a presenciar la misma escena: un hombre ingresando a una casa y luego saliendo unos cuantos minutos después. A un grupo se le informó que esta persona no tenía antecedentes penales y que solo había cometido un pequeño robo. Al otro grupo se le informó que esta persona tenía numerosos antecedentes y que el objetivo del ingreso era cometer un homicidio. Este último grupo identificó con mucho mejor precisión al sospechoso que el primero. Sin embargo se duda si la precisión se debió exclusivamente a la gravedad del hecho o a los antecedentes sobre la persona que también fueron informados.

b) Efecto foco en el arma: cuando un arma es utilizada en la comisión de un delito, la habilidad del testigo para describir al sospechoso tiende a decrecer. Los investigadores lo atribuyen a que la presencia del arma distrae la atención del testigo del perpetrador hacia el arma. El testigo usa además una atención adicional hacia intentar dilucidar las intenciones del perpetrador en cuanto al uso del arma. Por todas estas distracciones es que la cantidad de información que se puede captar en relación al aspecto físico del perpetrador decrece. Recientemente, se ha establecido una explicación alternativa del efecto. Efectivamente, se ha sostenido que las armas sorprenden al testigo, porque aparece fuera de contexto y eso lleva a enfocar la atención en las mismas. Esta teoría se basa en un estudio donde diversas personas fueron expuestas a ver el mismo hombre vestido de sacerdote o policía, llevando cada uno en un caso un arma de fuego y en otro un teléfono móvil. La descripción del policía fue igualmente precisa en los dos casos. La del sacerdote, por el contrario, fue extremadamente menos precisa en los casos en que apareció portando el arma de fuego.

c) Duración del hecho: la duración del tiempo durante la cual el testigo ve el hecho influencia en la memoria del mismo. Mientras menos sea el tiempo, menos precisión tendrá en sus relatos e identificaciones. Si bien se ha establecido esta relación, es difícil establecer un tiempo "óptimo" de visión. Factores adicionales, como la atención y el interés en el hecho, también deben ser tenidos en cuenta.

d) Distancia y condiciones de visibilidad: En líneas generales, mientras mas lejos esté un testigo del hecho, menos preciso será su relato y las posibilidades de realizar un reconocimiento. La hora del día y la iluminación del lugar del hecho también juegan un rol importante (una iluminación pobre impacta sobre las posibilidades de percepción y por tanto reduce la cantidad disponible para captar y almacenar).

e) Stress y miedo: la mayoría de los estudios llevados a cabo concluyen en el hecho de que el stress y la ansiedad influyen negativamente en la capacidad del testigo de capturar información con precisión y luego recordarla. Sin embargo, hasta ahora ha sido prácticamente imposible para los científicos recrear la situación de stress real que atraviesa o puede atravesar una persona durante un hecho delictivo. Los mas recientes estudios parecen orientarse en torno a confirmar la denominada "ley de Yerkes-Dodson", que establece que

muy bajos o muy altos niveles de excitación (stress o miedo) tienen un efecto negativo en la habilidad del individuo de captar información de un hecho.⁵¹

5.- La obtención de información del testigo (variables en las que si interviene el sistema)

a) Introducción.

Habiendo ya abordado las problemáticas concretas de captación de los fenómenos de la realidad tenemos que continuar ahora con el análisis de las prácticas que se llevan a cabo para recuperar esa información que tiene la persona y traerla al sistema de justicia penal.

En este artículo nos referiremos exclusivamente a la actividad (policial y tribunalaria) vinculada a la obtención de información del testigo que vio a una persona determinada en el contexto de una escena delictiva y que resulta relevante para el proceso penal.

Ya vimos antes el altísimo impacto que esta actividad tiene y cuantos errores judiciales se pueden llegar a cometer cuando son apoyadas en estos actos de reconocimiento. Por tanto trabajaremos sobre estas distintas actividades que involucran procesos de reconocimiento o identificación de sospechosos por parte de un testigo: algunas de ellas las lleva a cabo la policía (en el marco de una investigación criminal, por supuesto) conocidas como “reconocimiento fotográfico” y otras por lo general se llevan a cabo el ámbito “judicial”, “reconocimiento en rueda de personas”.

Lo que nos interesa en este punto es poner en evidencia que en el proceso de recuperación de la información, donde necesariamente interviene el sistema de justicia penal, existen una serie de variables determinantes para configurar el contenido de la información que se está por obtener. Que hay una innumerable cantidad de variables que hacen que la información que esté por producirse tenga determinados contenidos, o no los tenga, etc.

Y que si bien, muchas de estas variables no están al alcance de los operadores del sistema, muchas otras, si lo están, y por cierto, todo el tiempo se está apelando a ellas, como decíamos antes, conciente o inconcientemente. El objetivo entonces es ponerlas a la luz, analizarlas, y ver si todo ello puede significar un aporte a la obtención de información lo menos contaminada posible y de mayor calidad, contribuyendo de esta forma a identificaciones que puedan hacer los testigos de un sospechoso, mucho mas certeras y confiables.

b) Reconocimiento de sospechoso por fotografía para orientar la investigación.

La primera tarea que trataremos es la realizada por la policía cuando le muestra a un testigo fotografías a los fines de poder orientar la investigación, que hasta ese momento no cuenta con un imputado conocido. Tal como dijimos antes – y sin perjuicio de calificar a este acto de *propio* o *impropio*, y las consecuencias que se deriven del mismo⁵² – lo cierto es que este acto en si

⁵¹ Malpass et al, 2005, pag. 2 y ss.

⁵² Si bien la jurisprudencia no es del todo clara a este respecto, parece una opinión bastante consolidada la de sostener que un reconocimiento fotográfico no invalida el posterior reconocimiento en rueda de

mismo reviste gran importancia desde que permite orientar la investigación hacia determinada persona, en el caso de que ella sea indicada por el testigo.

Al respecto afirma Cafferata Nores que *"...Como medida inicial de investigación, la autoridad policial puede mostrarles, a las víctimas o a los testigos de los hechos, fotografías extraídas de sus archivos. Tal actividad es propia de la policía científica (art. 184) y puede ser utilizada con mucho provecho para orientar la búsqueda del culpable. Privar a la policía de dicha atribución sería limitar su tarea más allá de lo tolerable, exponiéndola al riesgo de un fracaso institucional..."*⁵³

Digamos entonces que en este primer caso no contamos con un imputado conocido, no se trata este acápite de ese supuesto⁵⁴. Es que si contamos con un sospechoso lo que corresponde conforme las leyes procesales es procurar realizar la rueda de reconocimiento con él presente, y eventualmente solo recurrir excepcionalmente al reconocimiento fotográfico, cuando éste no pueda ser habido o resultare imposible la realización de la medida (por ej. art 198 del CPPSF).

Concretamente el art. 200 del CPPSF dispone a este respecto que *"El preventor podrá mostrar a las víctimas o testigos álbumes de personas cuando se procure la individualización de personas desconocidas o sobre las que no*

personas (no acarrea nulidad), aún cuando pueda haberse realizado la línea. Sin perjuicio de ello, si es coincidente doctrina y jurisprudencia que en todos los casos el reconocimiento por fotografía debe tener algún impacto en relación a la convicción que pueda arrojar el reconocimiento en rueda puesto que en éste último el reconociente puede haberse visto influenciado por el reconocimiento anterior. Ver Tribunal Nacional Oral Criminal nro.1. (caso Strajman). Sibio, Diego G. y otros, 27/9/2004. *"...Coincidieron la querrela y la Fiscalía (esta última con citas jurisprudenciales y la doctrinaria de Cafferata Nores) en cuanto a que el reconocimiento "impropio", tal sería el caso, ha sido admitido como regla en casos semejantes, sosteniendo que las normas invocadas por la defensa correspondían a la etapa sumarial y no eran aplicables al debate. También aludieron a que el acto había sido autorizado por el presidente y que las asistencias técnicas de los encartados no dedujeron entonces oposición, ni mucho menos nulidad, por lo que habría precluido la cuestión. Por cierto que la resolución presidencial y hasta la del propio tribunal en pleno podría ser pasible de nulificación en caso de apartarse de las reglas esenciales del procedimiento. Aclarado este punto, cabe otorgar razón a las partes acusadoras en cuanto a que tal transgresión no se ha producido, máxime cuando es mínimo el disenso entre ellas y la defensa en lo atinente a la naturaleza del acto cumplido. Esto es, que el señalamiento efectuado durante la declaración no puede equipararse al que se produce luego de las formalidades invocadas en el planteo que aquí se analiza. En situaciones como esta, el testigo indica si a su juicio la persona presente es aquella mencionada en su relato o guarda semejanza, tal y como en el caso concreto Strajman lo hizo. A los fallos aportados por el Ministerio Público Fiscal en abono de su tesis (en "Baraldini" intervino uno de los firmantes), cabe agregar entre varios otros los que trae D'Albora, bien que cuestionándolos ("Código.", ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 463), o los casos "Buzarquis" (C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, c. 954, rta. 16/2/1997) y "Georgevich" (ídem, sala 1ª, c. 1800, rta. 6/4/1998). Hay, entonces, una corriente jurisprudencial sólida que entronca con la práctica seguida por esta sede en casos semejantes. Y los criterios vigentes sobre valoración probatoria -a los que se hará referencia en otro lugar- habilitan para efectuar este tipo de diligencias sin comprometer los principios ordenatorios del proceso penal. Para que dicho compromiso no se produzca es menester reparar en que el reconocimiento impropio, por su propia naturaleza, solo excepcionalmente podrá tener la contundencia del efectuado de modo regular. En suma, el meollo de la cuestión pasa por la prudente apreciación de los elementos de juicio en la sentencia -como rezan de modo unánime los fallos citados- y no por la violación a reglas de procedimiento. Habrá, por ello, de rechazarse la articulación defensiva. (arts. 166 y conscs. CPPN). Luego y en sentido diverso, la CSJN, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Miguel Jorge A.D., 12/12/2006.*

⁵³ Cafferata Nores, et. al, pag. 137.

⁵⁴ El art. 199 del CPPSF dispone expresamente la prohibición para las autoridades preventivas de practicar reconocimientos o exhibiciones fotográficas, pero solo respecto a personas sobre las que exista sospecha.

existan sospechas, de la siguiente manera: 1) la diligencia deberá cumplimentarse con las formalidades establecidas en este capítulo. El acta además contendrá lugar, fecha y hora, identificación de la persona que intervenga, la individualización y conformación de los álbumes mostrados, las precisas palabras de quien practica la medida y cualquier circunstancia útil; 2) si la exhibición fotográfica brindare resultados positivos se remitirá al Fiscal, junto al acta respectiva, una copia de la fotografía señalada y, al menos, de otras cuatro inmediatas que compongan el álbum correspondiente; 3) será considerada falta grave, cualquier señalización de fotografías y exhibición deliberada y en fraude a la ley por el preventor”.

Como se puede ver el CPP decide entrar a regular una actividad típicamente investigativa y lo hace sobre aspectos bastante “abstractos”, por decirlo así. Es que los aspectos medulares que tienen que ver con la realización de la medida no están siquiera mencionados.

Sabemos que entre los usos y costumbres policiales es muy habitual observar que se recurre al muestreo del “libro o mosaico” de fotografías. Se convoca al testigo a la seccional policial y se entrega un libro con las fotografías de diversas personas que tuvieron pasaje por el sistema penal. El libro, por lo general, está construido sin mayores cuidados en cuanto a los tipos de fotografías, tamaño, color, calidad de la imagen, etc., tampoco hay demasiados cuidados en cuanto a la cantidad de fotografías que conforman el libro (y consecuentemente el tiempo que llevará al testigo el repaso del mismo), ni al registro del acto mismo de colaboración del testigo con la investigación y nada se atiende al rol del “gestor y/u organizador” de la medida, - digamos el “sumariante policial” – durante la misma, por lo general la medida la practica la misma división y los mismos funcionarios policiales que tienen fuertes intereses en esa investigación. Veamos qué problemas nos pueden acarrear.

La primera observación que haremos se refiere a la persistencia en el uso de “mosaicos, libros o álbumes fotográficos” (tal como se denominan en el art. 200 CPPSF).

Sobre este punto tanto en Inglaterra como en Estados Unidos se ha advertido los problemas que esto trae aparejado para la investigación criminal en tanto aumenta la posibilidad de error en la identificación que realiza el testigo que le sean presentadas las fotografías en un “álbum”.

Ello porque en esas condiciones se compromete relativamente poco al testigo, o se da mayor margen de relajo a la elección que éste haga. El problema no radica en la elección o en la posibilidad de elegir que tenga el testigo, puesto que ello siempre estará presente, el inconveniente es que esta metodología no siembra ningún incentivo para que el testigo se comprometa fuertemente con cada una de las imágenes que vio, puesto que luego descartar una de ellas, podría eventualmente volver sobre la misma si – cuando ya ha visto varias – ninguna lo convence, o de las que vio cree que la que mas se acerca a la que recuerda es otra que ya pasó.

Por otra parte un elemento central está dado por la posibilidad de los funcionarios policiales de “retroalimentar” al testigo, es decir, influenciarlo y/o suministrarle información que éste no tiene. Para ello, lo que se ha propuesto es designar a una autoridad policial a cargo y responsable de la medida y que quien ejecute el muestreo fotográfico no tenga ningún tipo de vínculo con esa investigación. Volveremos sobre el punto cuando veamos “rueda de

reconocimiento”, pero adelantemos aquí que ha esto se lo ha denominado como garantía de “doble ciego”.

Es por ello que a los fines de dotar de mayor precisión a esta tarea parece recomendable⁵⁵:

Un oficial a cargo y responsable de la realización de la medida (será responsable, entre otras cosas, de las condiciones adecuadas del lugar para la realización de la medida).
Es una medida que solo debe llevarse a cabo cuando la identidad del imputado es desconocida.
Previo a dar inicio a la medida se solicita al testigo que otorgue una descripción lo más precisa posible de la persona que dice haber visto (y se toma nota de esta descripción)
Exhibición de fotografías individuales sueltas (no por álbumes y/o mosaicos)
El funcionario que exhibe las fotografías no debe estar comprometido con esa investigación.
Que el número de fotografías a mostrar por medida sea considerable y no excesivo (no inferior a 12 y no más de 50)
Advertirle al testigo que es posible que es posible que la persona que él vio es posible que no esté allí
Que una vez que ha visto una fotografía y la descartó, no puede volver sobre ella.
Que debe indicar la persona que él dice haber visto luego de haber observado todas las fotografías
En ningún caso el testigo debe recibir ningún tipo de consejo, recomendación y/o cualquier otro tipo de consideración en relación a la persona a reconocer de parte de los funcionarios policiales
Las fotografías deben ser todas del mismo tamaño y color (o lo que más se pueda ajustar a ello)
En lo posible registrar todo este proceso por video filmación. En su defecto dejando constancia del acto en actas con el mayor detalle posible de lo que ha dicho el testigo.
Numerar y reservar las fotografías exhibidas por si fuera necesaria su utilización en el juicio

c) Recuperación de Información. Reconocimiento en Rueda de Personas

La evidencia revisada en los puntos anteriores nos muestra indicios de que algunos procedimientos utilizados para los reconocimientos en rueda de personas pueden llevar un incremento en el riesgo de identificaciones falsas. Estas identificaciones se realizan bajo el control del sistema de justicia penal, por lo tanto muchos de esos procedimientos que contribuyen a identificaciones falsas pueden ser eliminados o minimizados controlando el modo en que se realizan. Debido justamente a la evidencia receptada, tanto el Reino Unido como los Estados Unidos decidieron establecer determinados estándares para la realización de este tipo de medidas de identificación de sospechosos, que seguidamente exponemos.

⁵⁵ Conforme Código de Práctica “D” Reino Unido, en Morales Peillard et al.

Reino Unido.

Podemos afirmar que el reconocimiento en rueda de personas tiene su origen justamente en el Reino Unido, donde constan antecedentes de la Metropolitan Police que regulan este proceder en 1860 “a instancias de un Juez de Middlesex”⁵⁶.

Producto de la preocupación en relación a errores en la identificación visual de sospechosos por parte de testigos (en casos seleccionados en un rango tan amplio como entre los años 1908 y 1972), se constituyó el “Comité Devlin”, a los fines de estudiar la problemática y emitir recomendaciones al respecto.

A partir de de las conclusiones del Comité, y estudios frecuentemente llevados adelante por el Ministerio del Interior, el Reino Unido cuenta probablemente con la norma mas avanzada a los fines de llevar adelante este procedimiento, la Ley de Policía y Evidencia Criminal (Police and Criminal Evidence Act), que, si bien data de 1984, sus códigos de práctica son constantemente revisados y actualizados. En el caso de los métodos utilizados para la identificación por parte de testigos, se trata del “Código de Práctica D” que, en resumidas cuentas, establece los siguientes principios⁵⁷:

- el procedimiento se lleva a cabo en los casos en que la identidad del sospechoso sea conocida y el mismo este disponible para la práctica (en general estamos ante una persona que fue arrestada o detenida, y la policía quiere ratificar o rectificar el curso de investigación seguido).
- El testigo debe inicialmente realizar una descripción del sospechoso, que debe ser registrada para ser exhibida al imputado o su abogado previa a la medida.
- El imputado tiene derecho a contar con un abogado, y tener acceso a la descripción previa realizada por el imputado.
- La rueda debe estar compuesta de al menos 9 personas incluyendo al sospechoso.
- Las personas que conforman la rueda deben ser de similares características a las del sospechoso.
- No se deben incluir mas de un sospechoso en la misma rueda, a menos de que sean a su vez parecidos entre sí, en cuyo caso la rueda debe estar compuesta por 14 personas incluyendo los dos sospechosos.
- si el sospechoso tuviere una característica poco usual, se permite que la misma sea simulada en los otros participantes con técnicas como maquillaje, etc.⁵⁸
- se debe evitar que los testigos vean a un miembro de la rueda, vean al sospechoso antes o después de la rueda, se comuniquen con otros testigos, vean o se les recuerde la descripción del imputado o cualquier otra imagen del mismo.

⁵⁶ Devlin Report, pag. 112.

⁵⁷ Para este punto, se puede ampliar con provecho en Allen pag. 259 y ss.

⁵⁸ R v Marrin (KI) (2002) EWCA Crim 251.

- El oficial que lleva adelante la diligencia no debe tener un rango inferior a inspector y no estar involucrado en la investigación.
- Se le debe advertir al testigo que el sospechoso puede estar o no en la rueda, que no tome ninguna decisión antes de observar a cada uno al menos dos veces.
- Se le debe preguntar al testigo si el sospechoso está o no en la rueda, en caso afirmativo indicar el número.
- Todo lo ocurrido se debe registrar debidamente. La integración de la rueda puede ser videofilmada o bien fotografiada, otorgándose una copia a la defensa.

El sistema inglés posee algunas particularidades más que nos gustaría comentar. En principio, el abogado defensor puede realizar objeciones a la policía en cuanto el modo en que se ha conformado la rueda. Deben ser objeciones debidamente fundadas, y en caso en que la policía no las satisfaga, se tomará debido registro de las mismas a los fines de su eventual utilización en juicio oral. Si bien una rueda llevada adelante en violación a las reglas establecidas en la Ley no debería ser admitida en Juicio Oral, los jueces son bastante renuentes a tal proceder. En su lugar, prefieren realizar a los jurados las advertencias que consideren pertinentes en relación a los procedimientos que se violaron y su posible impacto en el acto de reconocimiento⁵⁹.

Otra cuestión bien importante es el hecho de que las medidas de reconocimiento se llevan a cabo si la identificación “está en disputa”. Esto es, si el reconocimiento ya se ha llevado a cabo mediante medios informales, se considera que el mismo ya no posee ningún “propósito útil”⁶⁰. Por supuesto que esto es aplicable para el caso en que el testigo afirme que de volver a verlo no lo podría reconocer. En todo caso, así como está establecido que para el caso en que el testigo no conozca al sospechoso se proceda a su identificación mediante fotografías, de poder reconocerlo existe la prohibición de hacerlo mediante este medio, debiendo hacerlo en rueda de personas. Como ya dijéramos, el uso de uno u otro medio de identificación tiene que ver con las posibilidades que nos brinda el estado de la investigación más que con regulaciones normativas.

Una innovación importantísima ocurrió en el año 2002, cuando se incorporó la posibilidad de llevar a cabo identificaciones mediante video. Efectivamente, estudios llevados a cabo por el Ministerio del Interior⁶¹, relevaron algunos aspectos problemáticos en cuanto a la gestión de las ruedas de reconocimiento. Algunos de estos hallazgos fueron:

- graves problemas de demora en cuanto a la realización de las ruedas. Estas demoras eran a veces superiores a dos meses, pero en promedio eran superiores a un mes.
- problemas en la tarea de conseguir personas similares al sospechoso que puedan integrar la rueda.

⁵⁹ Siguiendo en esto, de alguna manera, la pauta de valoración del juicio oral que reza que “todo pasa mas no todo pesa”, y en respeto a la libre valoración de la prueba que rige al sistema acusatorio.

⁶⁰ Por ejemplo, esto se aplica a los típicos casos en que la víctima reconoce a la persona que lo atacó en la misma comisaría o en la vía pública a pocos minutos de cometido del hecho estando a la búsqueda de la persona en compañía de la policía. Al respecto ver R v Kelly (1992) Crim LR 181, R v Hickin and Others (1996) Crim LR 584 y R v Malashev (1997) Crim LR 587.

⁶¹ Home Office, 2002.

- cancelaciones de una rueda ya acordada por no poder concurrir el sospechoso o el testigo el día fijado.
- dificultades para conseguir oficiales de policía con experiencia en dirigir este tipo de procedimientos (la policía afirmaba que, más que el rango, la experiencia y entrenamiento del oficial a cargo era factores esenciales).

La identificación mediante video⁶² fue inicialmente implementada con éxito por la policía de West Yorkshire, para luego difundirse su uso en todo el sistema. Básicamente se trata de un procedimiento similar al de la rueda ordinaria, pero lo que se exhibe al testigo son videos donde el sujeto mira directamente a la cámara y luego gira para exhibir sus perfiles, todo ello durante aproximadamente 15 segundos. Actualmente la base de datos cuenta ya con miles de personas videograbadas, que ofrecieron voluntariamente su imagen. Sus ventajas son inmensas en términos de ahorro de gestión, además de reducir el stress del testigo, y permitir llevar a la sala de audiencias “efectivamente lo que se le exhibió al testigo”.

Existen además en Gran Bretaña otras técnicas de identificación por parte del testigo, tales como la del grupo de identificación y la confrontación directa⁶³.

Estados Unidos.

Los problemas en relación a identificación de sospechosos por parte de testigos, en violación a eventuales garantías del debido proceso, fueron tratados en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos. Por ejemplo, el famoso *United States v. Wade*⁶⁴, donde en realidad se estableció muy ampliamente el derecho del imputado a tener asistencia técnica, y en el caso particular a los fines de participar en una rueda de personas. En general, en muchos más pronunciamientos⁶⁵, la Corte Suprema fue fijando estándares a los fines de valorar la confiabilidad del reconocimiento. Sin embargo, no fue hasta 1999 que el Departamento de Justicia publicó el documento titulado “Evidencia de testigos: una guía para policías”⁶⁶. El prestigioso científico Gary Wells jugó un importante rol en la confección de la “guía” que, escrita en forma sencilla y resumida, resume lo más acabado del “estado del arte” en lo que hace a psicología experimental en relación al testimonio, campo de muy amplio desarrollo académico en los Estados Unidos desde la década del 70’. Vamos repasar algunas de las recomendaciones o líneas centrales de la guía y las razones de su presencia⁶⁷.

En relación a:

1) *La conformación de la rueda:* La guía establece como principio general que “una composición justa de la rueda permite al testigo proveer información más

⁶² VIPER o Video Identification Parade by Electronic Recording en ingles.

⁶³ Ver Allen, pag. 261.

⁶⁴ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967)

⁶⁵ *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967), *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967), muy en especial *Neil v. Bigger*, 409 U.S. 188, 1999 (1972)

⁶⁶ *Eyewitness Evidence: A Guide for Law Enforcement* (Technical Working Group for Eyewitness Evidence)

⁶⁷ Salvo aclaraciones concretas, se ha utilizado Wells et al. 2000, donde compila toda esta información empírica.

precisa en relación a una identificación positiva o negativa”, y como política en relación a ella que “el investigador debe construir la rueda de tal manera que el sospechoso no sobresalga del resto de los integrantes”⁶⁸. Así:

- “Se deben seleccionar rellenos que coincidan con la descripción del sospechoso. Cuando existe una descripción limitada por parte del testigo, o cuando la descripción del imputado difiere significativamente de la apariencia descrita, los rellenos deben ser parecidos al imputado en aspectos significativos” y “Hay que considerar que una completa uniformidad no es requerida. Evite usar rellenos que se parezcan tanto al imputado que una persona familiar con el mismo encuentre dificultoso diferenciarlo de los mismos”: los estudios de campo han comprobado que los rellenos deben coincidir con la descripción del testigo (que fue dada antes de proceder a la rueda). Similitud física entre el sospechoso y los rellenos mas allá de la descripción del testigo, no solo no provee protección contra la identificación errónea, sino que puede dañar la capacidad del testigo de identificar al sospechoso.
- “Colocar al sospechoso en diferentes posiciones en cada rueda en caso de múltiples reconocimientos por diferentes testigos en el mismo caso”. “Cuando se exhibe un nuevo sospechoso al mismo testigo evitar utilizar los mismos rellenos” e “Incluir un mínimo de cuatro rellenos por rueda”: todos estos procedimientos disminuyen las posibilidades de error en la identificación.

2) *En relación a las instrucciones que se deben dar al testigo antes de que le sea exhibida la rueda.* La guía establece⁶⁹ como principio general que “las mismas deben facilitar la identificación positiva o negativa basada en su memoria” y como política para alcanzar el principio que “el investigador debe proveer instrucciones al testigo para asegurar que el mismo comprende que el objetivo del procedimiento es tanto exculpar al inocente como identificar al culpable”. Así:

- “Instruir al testigo que es tan importante liberar de sospechas a personas inocentes como identificar potenciales culpables”, “Instruir al testigo que la persona que cometió el delito puede estar o no presente entre el grupo de individuos”: efectivamente, los estudios de laboratorio demostraron que en los casos en que estas instrucciones no les eran dado a los testigos, los mismo asumían que su “tarea” era identificar al sospechoso y pueden terminar eligiendo al que mas se parezca a la descripción. Esto ocurrió en un 42 por ciento de las personas que no recibieron la instrucción. Por el contrario, de entre quienes recibieron la instrucción, solo un 2 por ciento no identificó al sospechoso estando este presente. Por lo tanto, esta es una regla esencial a los fines de reducir los errores.

En un anexo adicional, la guía establece como llevar adelante reconocimientos “secuenciales”. Estos son los que los integrantes de la rueda le son exhibidos individualmente al testigo, tal y como es recomendable realizar en la exhibición de fotografías. Los redactores de la guía dejaron esta

⁶⁸ Guide, pag. 29

⁶⁹ Guide, pag. 31

metodología como opción, pero recomiendan vehementemente su uso, dado que este tipo de reconocimiento reduce los potenciales errores, por cuanto evita la natural propensión que poseemos a “comparar” y por tanto terminar eligiendo al que mas se parece a la descripción que dimos.

Los integrantes de la comisión técnica también consideraron como muy importante el hecho de que la persona que conduzca el reconocimiento en rueda o fotográfico no debe conocer que miembro de la rueda de personas es el sospechoso (también denominado “doble ciego”), no obstante lo cual no pudieron incluir dicha reglamentación en la guía. Las razones por las que usamos el doble ciego en los procedimientos para hacer experimentos son aplicables igualmente al hecho de conducir estos reconocimientos. La practica común es que el detective conoce el caso y al sospechoso, y él es el que gestiona el reconocimiento en rueda o fotográfico. Esto suele ser porque es el que contacta al testigo, el que le dice en que consiste el procedimiento, el que le da instrucciones, el que mantiene una presencia física mientras el testigo realiza el acto, el que contesta las preguntas o dudas durante el acto, es el que le pregunta al testigo si la persona esta entre las que esta viendo ahora, es el que registra las contestaciones del testigo, todo ello y mucho mas. Esta relación entre el administrador del reconocimiento y el testigo es fuertemente interactiva. Las investigaciones son consistentes en cuanto a que en este tipo de procesos de interacción puede haber una fuerte influencia en relación a la distancia física de las personas que interactúan, el contacto visual, el lenguaje corporal, y el intercambio verbal. Además, no podemos registrar en video estas interacciones y por ello nunca podremos saber cuanto influyo el administrador sobre el testigo para que elija o no uno de los integrantes de la rueda. No hace falta que asumamos que el administrador de la rueda quiera influir conciente o deliberadamente a los fines de recomendar el doble ciego, por que es bien sabido que las personas tienen una propensión natural a testear sus hipótesis de manera tal a coleccionar evidencia que tienda a confirmarla (efecto “túnel”). Los errores de confirmación en el razonamiento humano es lo que ha dado nacimiento al fenómeno denominado la profecía autocumplida, en donde la asunción por parte de una persona de que un fenómeno va a suceder lleva a esta persona a realizar conductas que tiendan a que este fenómeno suceda.

El simple uso de procedimientos en los cuales la persona que esta coleccionando la evidencia sea incapaz de conocer la respuesta correcta es una efectiva prevención a este poderoso fenómeno.

No solo esta regla tiene como objeto resguardar de una posible contaminación del acto por parte del administrador por que este dirija al testigo para que elija a algún sospechoso de la rueda, sino que además la regla previene sobre posibles influencias que puedan operar sobre el testigo de parte del administrador que tengan alto impacto en declaraciones posteriores que se le tome al testigo respecto a este acto. Así por ejemplo, si el administrador le dice: “...claro, esa es la persona que estábamos buscando o Ud. a elegido a quien tiene muchos antecedentes penales en este tipo de delitos...” posiblemente cuando a este mismo testigo se lo consulte -en el juicio o en cualquier otra instancia del proceso penal- sobre su reconocimiento, se mostrará absolutamente convencido y seguro de la identificación que haya realizado. Esto aumenta considerablemente las posibilidades de influenciar

sobre quien deba valorar estos dichos, en tanto mostrar mayor certeza significa en si mismo, un aditivo de confianza en la veracidad de los dichos del testigo⁷⁰.

d) Como evaluar si una rueda de personas ha sido correctamente construida.

Existe hoy en día una metodología más o menos uniforme a los fines de realizar verificaciones para establecer si una rueda de reconocimiento ha sido realizada correctamente. Así, la forma de “testear” el procedimiento es utilizar “testigos simulados”, que son personas a las que se les ha dado una descripción verbal del sospechoso y, exhibiéndole la rueda de personas, se le solicita que seleccione el que considera es el mismo. Si la rueda ha sido correctamente realizada, un testigo simulado no debería ser capaz de seleccionar al sospechoso a un nivel que exceda las chances esperables en relación al número de personas que conforman la rueda distribuidas azarosamente. Si un testigo simulado puede deducir quien es el sospechoso bajo estas circunstancias, existe un problema en su construcción. Vamos a ver un poco mejor el procedimiento para llevar a cabo esta comprobación. El mismo se debería llevar a cabo de la siguiente manera:

- a) Seleccionar un conjunto de participantes. Es recomendable que los mismos sean de características socio culturales similares a las del testigo original.
- b) dar a los participantes la información que hayamos seleccionado. La información que vamos a dar a los testigos simulados es relevante. En lo ideal, se los debe proveer de la misma información o descripción que originariamente había dado el testigo real. Dicha información se debe dar a un conjunto de entre 30 y 50 “testigos falsos”. Se les debe dar primero la información y luego exhibirles la rueda. Se registra la elección que cada uno de ellos va realizando, indicando el número de los integrantes de la rueda del uno al seis por ejemplo.

Vamos a ilustrar el procedimiento señalado con una experiencia llevada a cabo por el Laboratorio de Investigación en identificación de testigos de la Universidad de El Paso en Texas. Tony Ford era un condenado a muerte esperando su ejecución en Texas. La Corte de Apelaciones local denegó su recurso. No obstante, ello, el abogado defensor solicitó al equipo de la Universidad que llevaran a cabo un peritaje sobre cómo había sido llevado a cabo el reconocimiento durante la investigación. El testigo en este caso había realizado una muy pobre descripción sobre el sospechoso. No se sabía si ello era porque las condiciones de percepción eran muy malas, si el testigo no recordaba correctamente, o simplemente porque la policía no lo interrogó correctamente. Digamos que esto no surgía claramente de los registros de la investigación. En virtud de ello, y a los fines de llevar a cabo del procedimiento con la mayor precisión posible, se convocó a 20 estudiantes a los cuales se les exhibió imágenes del Sr. Ford y se les solicitó que “escriban una descripción lo mas detallada posible de esta persona, a los fines de que cualquier otra persona la pueda identificar en base a la misma”. En base a lo que los estudiantes describieron se llevo a la siguiente información:

- Persona de raza negra, masculino de veintitantos años.
- De cara ovalada y frente ancha

⁷⁰ Wells et al., 1998, pag. 21 y ss.

- ojos pequeños y oscuros, cejas finas
- nariz ancha, labios finos, orejas pequeñas sobresalientes.

Los investigadores poseían una foto de la rueda de reconocimiento que les había sido proveída por el Departamento de Policía de El Paso. Dicha fotografía fue escaneada para ser utilizada en el procedimiento.

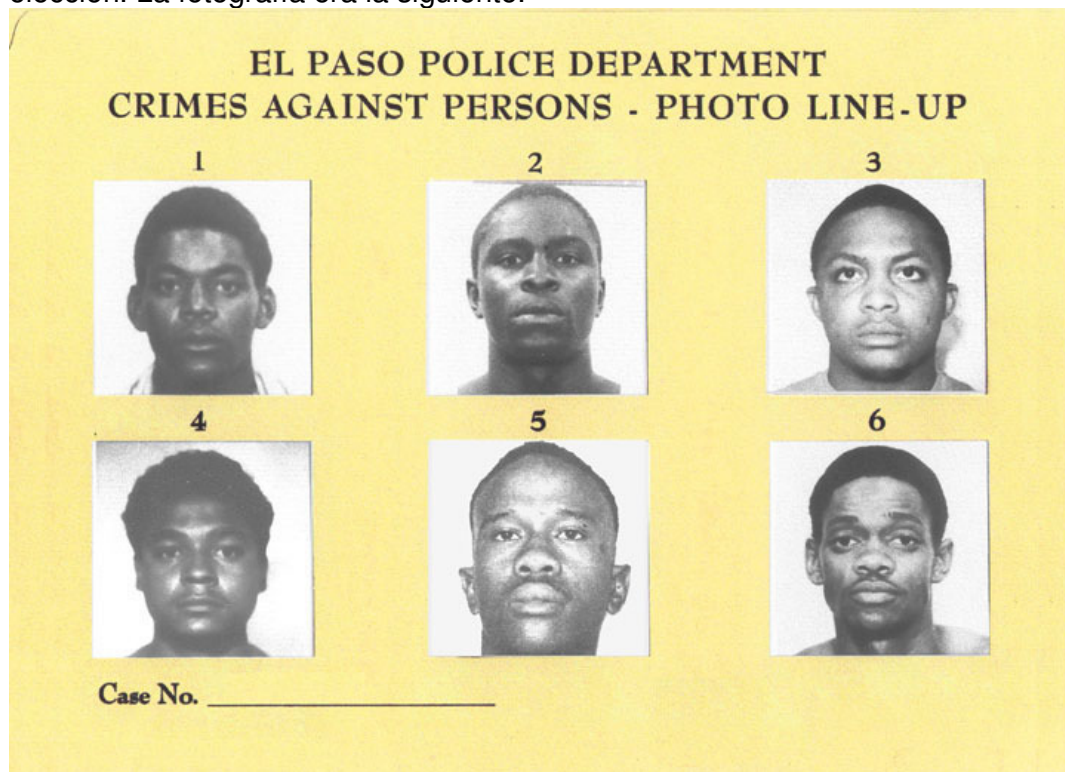
Se otorgó la descripción a 40 participantes de edad universitaria, y se les fue requiriendo que examinen la fotografía e indiquen quien era el sospechoso. Cada "testigo falso" fue sentado frente a la pantalla de una computadora en la que podían ver las siguientes instrucciones:

1er pantalla: "Gracias por haber aceptado participar en este experimento. Le explicaremos el objetivo del mismo una vez que haya terminado. Por el momento le pediremos que lea la descripción de una persona. Por favor lea la descripción cuidadosamente. Le será solicitado que elija a la persona que mas coincida con dicha descripción".

2da pantalla: "Descripción de la persona: persona de raza negra, masculina, de veintipico de años, con cabello oscuro, cara ovalada y frente ancha. Ojos pequeños y oscuros, cejas finas. Nariz ancha, labios finos y orejas pequeñas y sobresalientes".

3er pantalla: "En unos momentos le será solicitado que observe una fotografía de una rueda de personas. Por favor, elija a aquella persona que mas se parezca a la descripción"

Luego de esta última instrucción les era exhibida la fotografía, y los participantes utilizaban el Mouse para seleccionar el participante de su elección. La fotografía era la siguiente.



Treinta y nueve personas observaron la rueda y realizaron una elección. El rango de identificación esperable para cada integrante de la rueda, de haber sido esta confeccionada correctamente, era de 6,5 elecciones para cada uno.

Sin embargo los resultados fueron de cuatro para el primero, ocho para el segundo y cuatro para el tercero, de los individuos superiores. De los individuos de la parte inferior de la fotografía fueron seleccionados por una persona el primero, veintidós el segundo y cero el tercero. El Sr. Ford era el segundo inferior.

Parece bastante obvio que el reconocimiento estuvo mal confeccionado dado que el sospechoso sobresale claramente del resto de los integrantes de la rueda. Como dijéramos, el rango de identificación esperado en una rueda de seis personas es de $1 / 6 = 16.66\%$. Veintidós elecciones sobre treinta y nueve posibles es 56.4% . Tenemos entonces una importante certeza que el Sr. Ford fue elegido excediendo largamente las chances en una rueda de reconocimiento justa (16.66%).

Evidentemente ocurrió un proceso que direccionó la elección del Sr. Ford. No es difícil identificar el problema. Nótese que si sumamos la cantidad de elecciones que recibieron las personas menos elegidas (un total de cinco identificaciones), no alcanzan a satisfacer el número mínimo que era esperable para cada uno de los integrantes de la rueda. Tenemos entonces que se trató de una rueda de reconocimiento con tan solo dos rellenos realmente válidos, por lo que las chances de que el sospechoso fuera erróneamente identificado era de una en tres (o 33%)⁷¹

6.- Conclusiones.

Comenzábamos diciendo que no es casual que este forme parte del segundo de los textos que dedicamos a los problemas en la investigación penal. En el primero nos ocupamos de las dificultades de la “documentación” de la investigación; y ahora de los reconocimientos de sospechosos, pasando revista tanto a problemáticas legales, como prácticas concretas de las agencias de investigación que han sido moldeadas en lógicas de trabajo propias de los sistemas inquisitoriales.

El desafío de éste y aquel artículo ha sido (no sabemos cuanto hemos logrado) poner de resalto que este tipo de esfuerzo intelectual solo puede tener algún sentido en la medida que asumamos estas líneas como estimulación para pensar esta disciplina – la investigación – a partir de parámetros diversos a los tradicionalmente construidos por el modelo inquisitorial, que se haga cargo de los desafíos del presente en materia criminal, todo ello en el marco de un adecuado ejercicio del poder punitivo respetando las garantías individuales.

Estamos convencidos que el mejor escenario para realizar estos dos históricos cometidos del proceso penal – investigar eficientemente y garantizar derechos individuales – debe estar puesto por un renovado discurso en relación a la centralidad del juicio oral como instancia habilitada por el Estado para probar la responsabilidad de las personas y ejercer los derechos que la Constitución dispone para los justiciables. En ese camino, estas líneas son solamente un elemento mas de esta matriz conceptual que deberá el Derecho Procesal construir para dejar de ser un instrumento abstracto de construcción teórica y pasar a ser una herramienta de producción de información y conceptos que consolide, en lo que a uno de los poderes del Estado implica,

⁷¹ A los fines de una guía práctica de cómo llevar a cabo este tipo de experiencias ver Malpass et al. 2006. La imagen utilizada fue extraída del sitio web del Laboratorio de investigación en Identificación de Testigos de la Universidad de Texas <http://eyewitness.utep.edu/> (acceso el 15 de abril de 2011)

una forma diversa de administrar justicia penal de acuerdo a los postulados de un Estado republicano y democrático de derecho.

Bibliografía

Allen, Christopher: "Practical Guide to Evidence". Routledge-Cavendish. Obingdon, 2008.

Bayley, David: "What works in policing". Oxford University Press. New York, 1998.

Beck, Ulrich: "La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.". Paidós. Barcelona, 1998.

Benjamin N. Cardozo. School of Law, Yeshiva University: "Why witnesses make mistakes and how to reduce the chance of a misidentification." An Innocence Project Report. Rattner, Arye, Convicted But Innocent: wrongful conviction and the criminal justice system, 12 Law & Human Behaviour, 1988.

Brodeur, Jean-Paul: "The policing web" Oxford University Press. New York, 2010.

Cafferata Nores, José I.: "La prueba en el proceso penal" Ed. Depalma. Buenos Aires, 1998

Clariá Olmedo, Jorge A.: "Derecho Procesal Penal" T. II Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

Eyewitness Evidence: A Guide for Law Enforcement (Technical Working Group for Eyewitness Evidence). U.S. Department of Justice. Washington, 1999.

Foucault, Michel: "La verdad y las formas jurídicas". Gedisa. Barcelona, 1996.

Home Office: "The Visual Identification of Suspects: Procedures and Practice. Briefing Note 2-02. Policing and Reducing Crime Unit, London, 2002.

Horvath, Miranda A.: "Eyewitness Evidence" en "Understanding Criminal Investigation, Tong, Stephen et al. Wiley-Blackwell. Chichester, 2009.

Horvitz, María Inés y López Masle, Julián: "Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2004.

Jauchen, Eduardo: "La prueba en materia Penal". Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992.

Jauchen, Eduardo: "Comentarios sobre el Código Procesal Penal de Santa Fe." Rubinzal Culzoni. 2003.

Malpass, R. S., Zimmerman, L. A, Meissner, C. A., Ross, S. J., Rigoni, M. E., Topp, L. D., Pruss, N., Tredoux, C. T., & Leyva, J. M.: "Eyewitness memory and identification". The San Antonio Defender, 7(1), 2-13. 2005

Malpass, R.S., Tredoux, Colin G. y McQuiston-Surrett, Dawn: « Lineup Construction and Lineup Fairness » en « Ross, D. et Al. Handbook of Eyewitness Psychology". Psychology Press, 2006

Manzanero, Antonio: "Factores de exactitud en los procesos perceptivos y de memoria de los testigos". En "Teoría y práctica de la Investigación Criminal". Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED. Madrid, 2009.

Morales Peillard, Ana María y Welsch Chahuán, Gherman: "El reconocimiento de imputados en Chile y a nivel comparado". Fundación Paz Ciudadana. Santiago, 2011.

Newburn, Tim y Matassa, Mario: "Social context of criminal investigation". En Newburn, Tim et al "Handbook of Criminal Investigation". Willan Publishing. Portland, 2004.

Pitch, Tamar: "La sociedad de la prevención" Ad Hoc. Buenos Aires, 2009.

President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice: Task Force Report: Science and Technology. Washington, DC. Government Printing Office, 1967

Riego, Cristián y Duce J., Mauricio: "Proceso Penal" Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2007

Sain, Marcelo: "El Leviatán Azul. Policía y política en la Argentina". Siglo Veintiuno. Buenos Aires, 2008.

Simons, Daniel y Chabris, Christopher: "El Gorila Invisible". Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 2011

Tong, Stephen, Bryant, Robin P. y Horvath, Miranda A. H.: "Understanding Criminal Investigation". Wiley-Blackwell. West Sussex, 2009.

Wells, Gary L, Malpass, Roy S., Lindsay, Fisher, Ronald P, Turtle, John W., Fulero, Solomon M.: "From the Lab to the Police Station. A successful application of eyewitness research". American Psychologist. June 2000.

Walker, Samuel: "Sense and Nonsense about Crime, Drugs and Communities." Wadsworth. Belmont, 2011.

Wells, Gary L.; Small, Mark; Penrod, Steven; Malpass, Roy S.; Fulero, Solomon M; Brimacombe, C.A.E.: "Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads". Law and Human Behavior, Vol. 22, No. 6, 1998.

Simons y Christopher. El Gorila Invisible. Ed. Siglo XXI

Williamson, Tom: "Psychology and criminal investigation". En Newburn, Tim et al "Handbook of Criminal Investigation". Willan Publishing. Portland, 2004.