

Testimonio único y principio de la duda

Marcelo A. Sancinetti

Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal
Universidad de Buenos Aires

Abstract*

La pregunta capital de este trabajo atañe a la cuestión de si es compatible con el principio de igualdad y con la presunción de inocencia el que una sentencia condenatoria sea basada exclusivamente en los dichos de un solo testigo. En este contexto, el artículo analiza el requisito de la “convicción subjetiva” –exigido por la doctrina dominante como presupuesto de la condena penal– y lo contrapone a la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia. Además, se trata la cuestión de si la psicología experimental de la actualidad puede suplir el déficit de fundamentación de una sentencia basada en la mera creencia en la palabra del testigo.

This paper examines whether the fact that a guilty verdict is based exclusively on the testimony of a single witness is compatible with the principle of equality and the presumption of innocence. In this context, it examines the so-called “subjective certainty” –defended by the prevailing opinions as the basis for a conviction– and contrasts it with the demand for an objectively rational justification. Finally, the paper assesses whether current developments in experimental psychology can compensate for any justificatory deficit in a guilty verdict which is based on the mere belief in a witness’s word.

Diese Arbeit geht der Frage nach, ob der Umstand, dass eine strafrechtliche Verurteilung auf die Aussage eines einzelnen Zeugen gestützt wird, mit dem Gleichheitsgrundsatz und der Unschuldsvermutung vereinbar ist. In diesem Zusammenhang beleuchtet der Beitrag das Erfordernis der „persönlichen Gewissheit“– die von der herrschenden Auffassung einer strafrechtlichen Verurteilung vorausgesetzt wird – und stellt ihr das Erfordernis einer objektiv-rationalen Urteilsgrundlage gegenüber. Ferner wird die Frage behandelt, ob die moderne Experimental-psychologie jenes Begründungsdefizit auszugleichen vermag, das einer Verurteilung auf der Grundlage des bloßen Glaubens an das Wort eines Zeugens anhaftet.

Title: Single witness and reasonable doubt

Titel: Einzige Zeuge und Zweifelssatz

Palabras Clave: testigo único, presunción de inocencia, “convicción subjetiva”, fundamentación objetivamente racional de la sentencia, psicología experimental.

Stichworte: einzige Zeuge, Unschuldsvermutung, „persönlichen Gewissheit“, objektiv-rationalen Urteilsgrundlage, Experimental-psychologie.

Keywords: single witness, presumption of innocence, “subjective certainty”, objectively rational justification, experimental psychology.

* Versión original española del texto traducido al alemán («Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifels-prinzip») por Thomas Wostry (Düsseldorf), publ. en FREUND / MURMANN / BLOY / PERRON: *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems – Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 1233/1253. El autor agradece la valiosa colaboración de sus asistentes María de las Mercedes Galli y José Béguelin, en la corrección y crítica del manuscrito, así como también los aportes a la discusión del propio traductor (T. W.).

Sumario

1. Planteamiento del problema
 2. Prohibición del testigo único en la tradición judeo-cristiana
 3. Prohibición del testigo único en la Ilustración
 4. "Certeza personal" versus "fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia"
 5. ¿Puede aportar la psicología experimental una regla distinta a la de la prohibición del testigo único?
 6. La previsión de contra-argumentos
- Bibliografía

1. Planteamiento del problema

En una importante toma de posición de Wolfgang FRISCH en favor de una concepción amplia de la revisión de sentencias del juez del hecho se lee el siguiente veredicto: “Anular sentencias con déficit considerables en el ámbito de la base fáctica de la sentencia (ya por errores materiales), toma en cuenta *ineludibles necesidades de justicia*”¹. Por otro lado, en su temprana contribución sobre el principio *in dubio pro reo*² él asume el valor consustancial a la tradición humanista, según la cual la condena de un inocente constituye una injusticia mucho mayor que la absolución de un culpable³. FRISCH no especifica cuál sería la medida razonable en *cantidad* de culpables absueltos –o ni siquiera perseguidos– que la eficiencia del sistema de administración de justicia estaría dispuesta a tolerar con tal de que *no sea condenado un inocente*. En ese sentido, su pronunciamiento no se diferencia de la llamada Máxima de Trajano⁴. Mas: ¿implica ello que también sería preferible la impunidad de dos culpables antes que penar a un inocente?; acaso sí. Pero ¿sería incluso preferible la impunidad de *diez* o la de *cien* culpables?

Tales preguntas se emparentan con la preocupación por la “liberación del justo”, que probablemente aparezca por primera vez en nuestra cultura en la conmovedora “Intercesión de Abraham” ante Yahvéh-Dios⁵, cuando –en el ámbito de una “responsabilidad colectiva”– éste tiene en miras destruir a los habitantes de Sodoma: “¿De verdad vas a aniquilar al justo con el malvado?”⁶. Abraham comienza su petición de perdón para el caso de que hubiere de haber en la ciudad 50 justos; pero allí él entra en un clemente regateo “progresivo” hasta llegar al número de 10.

Tanto en una responsabilidad *colectiva* como en una *individual*, es posible hacer *diversos* cálculos acerca de *hasta dónde* se estaría dispuesto a perder en eficiencia de un sistema punitivo, en aras de no dañar a inocentes. Pues, según se sabe, ningún sistema judicial podría ser tan eficiente como para dictar condenas *sólo respecto de personas realmente culpables*, es decir, sin que, a la vez, algunos inocentes también sean condenados con relativa frecuencia. Dicho de otro modo: la cantidad de culpables que el sistema estaría dispuesto a dejar impunes ha de tener un *límite*.

En la famosa sentencia *Coffin v. United States*⁷, en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos sentó la máxima de la presunción de inocencia como un valor fundamental para el

¹ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, edición de hojas intercambiables, 37.^a entrega, n.º m. 119.

² FRISCH, «Zum wesen des Grundsatzes in dubio pro reo», en AAVV, *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 273 ss.

³ FRISCH, en AAVV, *FS-Henkel*, 1974, pp. 284 s.

⁴ ULPiano, *Digesto*: 48, 19, 5: „*Satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”; véase SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison – Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, 2000, p. 433, nota 155.

⁵ Gn 18, 23-32.

⁶ Gn 18, 23.

⁷ 156 U. S. 432 (1895), n.º 741.

common law –que en verdad ya regía desde precedentes más antiguos, pero que aparecía fundada ahora en fuentes del Derecho Romano–, se hacen citas de diversos autores anglosajones que *sí especifican cuántas personas culpables* sería preferible que quedaran exentas de pena con tal de que no sea penado un inocente: 20 (FORTESCUE⁸), 10 (BLACKSTONE⁹), 5 (Lord HALE¹⁰). Existen otras formulaciones de la “proporción” o “*ratio*” más conveniente, concepto denominado por HOYER: “tipo de cambio”¹¹. Se presupone que cuantos más culpables se esté dispuesto a dejar impunes con tal de que no responda un inocente, mayor será la exigencia de un estándar probatorio *objetivamente elevado*, para habilitar una condena. Según HOYER, el “tipo de cambio” 1 a 20, por el que bregaba Friedrich II, equivaldría a un estándar que exigiese un grado de probabilidad de acierto de la acusación del 95,24%¹². Entonces, si el “tipo de cambio” válido fuera de 1 a 10, la proporción sería del 90,9%; si lo fuese de 1 a 5, del 83,33%; si fuera de 1 a 2, del 66,66%, etcétera¹³.

⁸ Sir John FORTESCUE, *De Laudibus Legum Angliae* (ca. 1470).

⁹ La así llamada “*ratio de Blackstone*”. Véase William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1753-1765, com. 27, 358, *ad finem*.

¹⁰ Sir Matthew HALE, *Pleas of the Crown; A Methodical Summary*, 1678, p. 290.

¹¹ HOYER, «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo“» *ZStW* (105), 1993, pp. 523 ss. (538).

¹² HOYER, *ZStW* (105), 1993, pp. 539 ss. Si bien HOYER llega a otro número: 95,74% (pp. 540 s.), que redondea, a partir de aquí, en 96%, obtiene ese resultado a partir de una fórmula que deriva de contraponer el *status negativus* al *status positivus*, comparando el máximo de tiempo que habría que estar en prisión para obtener la libertad condicional en caso de condena por asesinato (§§ 211, 220a, ant. red., StGB), con el máximo de tiempo correspondiente, para el caso de una pena máxima por mera omisión de auxilio (§ 323c, StGB). De este modo, HOYER sostiene que la fórmula de Friedrich II “se puede hacer plausible... por completo también desde el punto de vista del derecho positivo” (p. 539). Respecto de esa fundamentación, caben dos reparos. En primer lugar, parece “contra-intuitivo” que el alcance del principio *in dubio pro reo* dependa del máximo de la pena que el legislador *decida* para la omisión de auxilio: ¿se modificaría el “tipo de cambio” –y, con ello, el estándar probatorio objetivamente exigible–, si el legislador decidiera reforzar el principio de solidaridad mínima protegido en el § 323c, StGB, llevando el máximo de la pena a dos años de prisión (= 91,83%) o a una pena aun *mayor*? Es evidente que la posibilidad de reducir el estándar probatorio debería tener un límite, mientras que el máximo de pena de la omisión de auxilio podría ser aumentado a discreción. Comoquiera que fuese, la segunda objeción sería más difícil de superar: y es que mientras que el asesinato tiene una pena *absoluta*, la omisión de auxilio puede ser penada a una pena *menor* a la de un año de prisión o aun a mera pena de multa, con lo cual, en un caso concreto, la relación *real* debería indicar un estándar probatorio mucho más exigente, acaso del 99%. La fórmula de HOYER pierde así un punto de apoyo fijo satisfactorio.

¹³ La cuestión de si tales estándares realmente demostrarían que por cada inocente condenado quedarían, respectivamente, *x* cantidad de culpables o bien absueltos o bien excluidos del sistema punitivo ya en la etapa de investigación preliminar puede quedar aquí abierta; por la respuesta negativa se inclina el epistemólogo americano Larry LAUDAN, «El contrato social y las reglas del juicio», en LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, traducción a partir del manuscrito en inglés de Béguelin, pp. 199-309, esp. p. 242 (el manuscrito en inglés titulado: *The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules*, que figura como “Working Draft – Not for Quotation”, puede hallarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1075403> o bien en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1075403>). En verdad, ya por definición, el sistema *no tiene métodos fiables para constatar cuántas personas inocentes son condenadas*, ni (mucho menos) *cuántos culpables son absueltos o sobreseídos en la etapa instructoria*, por más que la cuestión del “error judicial” haya concitado la atención de la doctrina alemana muchas veces; véase HIRSCHBERG, *Das Fehlurteil im Strafprozess: Zur Pathologie der Rechtsprechung*, 1960; PETERS, «Freie Beweiswürdigung und

Tales interrogantes motivan a preguntarnos por temas eternos de *la prueba* de un hecho punible, es decir, de aquello que puede *terminar con la honra y reputación de una persona*, lo cual, con frecuencia, puede ser lo único que le quede en su haber¹⁴.

La pregunta principal de este trabajo atañe a la cuestión de si es compatible con el *principio de igualdad* (art. 3, Ley Fundamental) y con *la presunción de inocencia* (art. 6, CEDH), el que una sentencia sea basada en los dichos de un solo testigo, a los que se contrapone de modo férreo la negativa del acusado. Para simplificar el objeto de la discusión, se habrá de partir de la base de que se trata de la imputación de un hecho que *sólo* se pretende “tener por probado” por la palabra de quien *se presenta* como “víctima”, respecto de un hecho supuestamente ocurrido varios años antes, y del que no queda ningún rastro *objetivo*, ni *indicios externos corroborantes*. Es decir, que todos los eslabones de la “cadena de imputación” se fundan en la palabra de la persona que incrimina al acusado, la cual, a su vez, sería la principal interesada en que su palabra fuera creída. En casi todos los países occidentales se dictan desde hace tiempo numerosas sentencias condenatorias sobre esa *única base*. En particular, esto ocurre con frecuencia respecto de imputaciones por abuso sexual, y por doquier se hallan entradas en *Internet* que comparan esta “fiebre punitiva” con los procesos por brujería de la Edad Media. Si en 1964 PETERS pudo decir: “Tengo... la impresión de que hoy –especialmente en los delitos contra la honestidad– se acusa y condena en casos en los cuales anteriormente – pienso en los tiempos anteriores a 1933– en absoluto se habría llegado siquiera a una acusación”¹⁵, casi cincuenta años después se

Justizirrtum», en AAVV, *FS Olivecrona*, 1964, pp. 532-551.

¹⁴ LAUDAN, «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en LAUDAN, *Legal Theory*, t. 9, 2003, pp. 295-331, sugiere sobre el final de su investigación que la alta exigencia que representó históricamente la “convicción más allá de toda duda razonable” se justificaba en tiempos en que casi todos los crímenes (*felonies*) tenían prevista *pena capital*, pero que, habiéndose suavizado las penas con el devenir de los tiempos, podría bastar un estándar probatorio menos exigente (cito mediante la versión española de Béguelin: *¿Es razonable la duda razonable?*, publ. en LAUDAN, «El contrato social y las reglas del juicio», en LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011, pp. 119-195). Esta “relativización” de la gravedad del veredicto condenatorio pasa por alto que ciertos reproches de culpabilidad pueden ser, para un hombre noble, *peor que la muerte*. ¿Qué le quedaría por “disfrutar de la vida” a un hombre de conducta irreprochable a quien se lo hubiera penado erróneamente como autor de abuso sexual de un hijo propio? ¿No le habría resultado preferible a ese tal hombre, que su muerte lo encontrase “naturalmente” un poco antes de la génesis de la declaración inculpativa? Laudan toma en cuenta también los costos que tiene para el Estado organizar un juicio con todas las garantías para un delito poco grave (*less serious felonies*), y cuya pena eventual fuese leve o deviniese en una mera *probation*, lo que debería habilitar, según él, un estándar probatorio más bajo en estos casos. Pero esto pasa por alto que, a la vez que disminuye la reacción penal, también se reduce proporcionalmente *el interés del Estado en aplicar esa reacción*, dado que el hecho no es especialmente conmovedor para la desestabilización de las normas de conducta fundamentales. ¿Por qué debería relajarse entonces el “estándar probatorio” y, con ello, el valor de la presunción de inocencia? Cuando Laudan señala que el derecho procesal civil americano se conforma con una mera “probabilidad preponderante”, siendo que una indemnización civil puede ser mucho más onerosa que ciertas penas, pasa por alto que las condenas a indemnizar un daño raramente afectan la honra y reputación de una persona, precisamente porque se sabe, por un lado, que el estándar probatorio es objetivamente más bajo, y, por otro, que la indemnización civil puede deberse a razones que no impliquen una reprobación moral.

¹⁵ PETERS, en AAVV, *FS Olivecrona*, 1964, pp. 538 s.

puede asegurar que la situación *se ha agravado mucho más aun* para el acusado potencialmente inocente.

Estas reflexiones conducen a las siguientes preguntas: ¿puede ser la palabra de un *solo testigo*, sin ninguna otra prueba adicional, una base suficiente para alcanzar la “*convicción subjetiva*”, con la que parece conformarse la ley procesal y una parte de la doctrina, o, en cambio, la exigencia de una fundamentación *objetivamente racional* de la sentencia hace *imposible* fundar una condena sobre la base de la mera “*creencia en la palabra del testigo*”, así fuese que ésta contase con el “*aval*” de un dictamen de “*psicología de la declaración*”? Alcanzar una “*certeza personal*” sobre la base de ese solo elemento ¿no implica ya atacar las “*máximas de la experiencia*” que también FRISCH¹⁶, recogiendo una antigua tradición¹⁷, reconoce como vinculantes?

2. La prohibición del testigo único en la tradición judeo-cristiana

Una extensa tradición habla en contra de que una sentencia penal condenatoria pueda ser fundada únicamente en los dichos de una sola persona. Por lo pronto, es patrimonio común de la cultura judeo-cristiana la prohibición de imponer una condena sobre la base de un testimonio único: *Testimonium unius non valet*, más conocido por la formulación: *Unus testis nullus testis*¹⁸.

En principio, el rechazo a una acusación basada exclusivamente en los dichos de un solo testigo, se halla ya en el libro de los *Números*, aunque aquí limitadamente al caso de

¹⁶ Respecto de esta exigencia y la de las “*leyes del pensamiento*”, véase FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 118-120, con primeras referencias ya a la jurisprudencia del RG; cf. también n.º m. 137 ss.

¹⁷ Véase VON SAVIGNY, «Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse», *GA*, t. 6, 1858, pp. 469 ss. (484).

¹⁸ Véase LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter – Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs*, 5.ª ed., 1991, letra U, n.º 28 (p. 215): “*Unus testis nullus testis. Testigo único, testigo nulo. El testimonio de uno solo no basta para hacer convicto a alguien de un hecho punible. V. Cód. Just., 4, 20, 9, fr. 2 y 3 (Constantino) Véase ya 5.º Moisés (Deuteronomio), 19, 15; y Evangelio de San Mateo, 18, 16; rigió hasta aproximadamente 1800*”. Respecto de esta formulación, véase también SCHOTT, «Ein Zeuge, kein Zeuge. Zu Entstehung und Inhalt eines Rechtssprichworts», en CARLEN/EBEL (eds.), *Festschrift für Elsener*, 1977, pp. 222 ss. En el trabajo de SCHOTT se pueden consultar también numerosos refranes y aforismos en lengua alemana y en latín, con citas de innumerables fuentes. SCHOTT agrupa las frases en alemán, según que pongan el acento en que **son** necesarios dos o tres testigos, o en que lo pongan en que un único testigo es insuficiente. En el primer grupo, cuentan: Dos hombres son testigos de un hombre. En dos o tres testigos reside toda la verdad. En dos o tres bocas que saben está toda la pura verdad. De dos o de tres es de creer una verdad. En la boca de tres personas reside toda la verdad. Dos son mejor que uno. Dos ven más que uno. En el segundo: Un testigo vale como ninguno; dos, como diez. Un testigo solo no es ningún testigo. Un hombre solo no es ningún hombre. El testimonio de un hombre no es idóneo, y así fuera obispo. Una voz cuenta como ninguna, y así fuera juez. Un testigo es un solo ojo. La palabra de un hombre es de nula dignidad. La palabra de un hombre no es de ningún valor. La palabra de un hombre es media palabra. Entre las frases en latín: *Vox unius vox nullius. Unus vir nullus vir. Unus testis nullus testis. In ore duorum vel trium testium stet omne verbum. Plus vident oculi quam oculus.*

homicidio, y presuponiendo también un principio de justicia retributiva, de carácter aún *taliónico*¹⁹. Con formulación similar, la regla aparece en el *Deuteronomio*, primero referida nuevamente al delito conminado con pena capital²⁰; pero muy pronto la disposición aparece *generalizada a cualquier clase de delito*²¹.

El reconocimiento de la necesidad de pluralidad de testigos se mantiene –a la inversa de lo que ocurre con la Ley del Talión²²– en la tradición del Nuevo Testamento. La regla, en efecto, aparece reiterada por la palabra de Cristo, en el *Evangelio según San Mateo*, en el contexto de la “corrección fraterna”²³. Asimismo, surge también en el *Evangelio según San Juan*²⁴. Posteriormente, reaparece en la Segunda Carta a los Corintios²⁵, en la Primera Carta a Timoteo²⁶ y en la Epístola a los Hebreos²⁷.

Estas máximas se trasladan al derecho romano-canónico²⁸, de lo que da cuenta una abundante bibliografía de los siglos XII y XIII, en las que se hallan tanto citas del Derecho Civil romano, como de las compilaciones de la Iglesia²⁹.

Por cierto, la regla no sólo tuvo acogida en los códigos románicos, sino que también fue asumida por Santo Tomás de Aquino, en la “*Summa Theologiae*”³⁰. Ya en el Derecho eclesiástico antiguo se pone énfasis en que el testigo único no es suficiente ni según el

¹⁹ Nm 35, 30.

²⁰ Dt 17, 6.

²¹ Dt 19, 15: *Los testigos*. ¹⁵Un solo testigo no es suficiente para convencer a un hombre de cualquier falta o delito; sea cual fuere el delito que haya cometido, sólo por declaración de dos o tres testigos será firme la causa.

²² Mt 5, 38-41.

²³ Mt 18, 15-16: *Corrección fraterna*. ¹⁵Si tu hermano llega a pecar, vete y repréndele, a solas tú con él. Si te escucha, habrás ganado a tu hermano. ¹⁶Si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que *todo asunto quede zanjado por la palabra de dos o tres testigos*.

²⁴ Jn 8, 17-18: ¹⁷Y en vuestra Ley está escrito que el testimonio de dos personas es válido. ¹⁸Yo soy el que doy testimonio de mí mismo y el que me ha enviado, el Padre, da testimonio de mí.

²⁵ 2.^a Co 13, 1: Por tercera vez voy a vosotros. Por la palabra de dos o tres testigos se zanjará todo asunto.

²⁶ 1.^a Ti 13, 19: No admitas ninguna acusación contra un presbítero si no viene *con el testimonio de dos o tres*.

²⁷ Hb 10, 28: Si alguno viola la Ley de Moisés es condenado a muerte sin compasión, por la declaración de dos o tres testigos.

²⁸ Por decreto del año 382, se lee ya como recomendación para los acusadores: *Codex Iustinianus* 4.19.25: *Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quae munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita*. (Todos los acusadores deben saber que sólo se abrirá una investigación pública de una causa probada de modo indubitable por medio de testigos idóneos, documentos inequívocos o indicios que arrojen claridad como la luz del día.) Véase SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison – Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, 2000, p. 194, nota 42.

²⁹ Véase las referencias de SCHOTT, en CARLEN/EBEL (eds.), *FS- Elsener*, 1977, p. 227, con reproducción de la *Summa de ordine iudicari*, 1196, de Riccardus Anglicus, según la obra *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, comp. por Ludwig Wahrmund, 1906-1931, reimpresión de la edición de 1913, de 1962, t. II, 3, pp. 43, 46.

³⁰ Tomás de AQUINO (1224-1274), *Suma Teológica*, II-II, 70, 2.

Derecho divino ni el humano, como, p. ej., en *Gratian*, C. 33, 2, 8: *Nec evangelium, nec ulla divina humana que lex unius testimonio etiam idoneo quempiam condemnat vel iustificat*. (Porque ni el Evangelio ni ninguna ley divina o humana condenan o justifican a nadie en razón de un testimonio único, por más que éste sea idóneo).

Este legado del *Antiguo Testamento*, subsiste hoy en la *tradición talmúdica*³¹. Y en lo que respecta al *Código de Derecho Canónico*, la prohibición del testimonio único se mantiene al menos como regla general, aun-que admitiéndose excepciones³².

3. La prohibición del testigo único en la Ilustración

Debería ser sorprendente que reglas morales que cubren las religiones de un muy amplio espectro cultural pudieran ser dejadas de lado por el mero tránsito de “las pruebas legales” a la “libre valoración judicial de la prueba”, acompañado de observaciones tales como la de que los testigos no se *cuentan*, sino que se *pesan*³³. ¿No habría primero que constatar una *pluralidad* de declaraciones, para que cada una pueda apoyarse en los *detalles concordantes de las otras*, de modo que los matices “encastran” respectivamente en los de los demás relatos, *antes* de que pueda analizarse su respectivo *peso*?

Incluso un declarado defensor actual de que el sistema punitivo debería *aumentar en eficiencia* para que una de las obligaciones del Estado asumidas en el “contrato social”: *proteger al ciudadano inocente de condenas injustas*, no vaya en detrimento de la obligación correspondiente de *protegerlo de ser víctima de hechos violentos* –la que se cumpliría con mayor eficiencia si se aumentase el número de condenados por tales hechos–, como LAUDAN³⁴, de todos modos aboga también por reverdecir las enseñanzas de los filósofos WILKINS, BOYLE (siglo XVII) y WHEWELL (siglo XIX), según las cuales “se alcanza de manera apropiada una conclusión moralmente certera si y sólo si uno tiene varias líneas independientes de prueba, ninguna de las cuales determina esa conclusión con certeza, pero cada una de ellas apunta con probabilidad en la misma dirección”; “tanto la independencia como la multiplicidad de líneas de prueba eran requeridas para poder

³¹ Al respecto véase *Talmud de Babilonia*, Sotah, 2a, y 2b, hallable en inglés en http://halakhah.com/sotah/sotah_2.html#chapter_i; en particular, ver el comienzo de 2b, donde se establece como regla de interpretación, que siempre que se indique el término “testigos”, y no se especifique cantidad, se alude a *más de uno*; ver también *Talmud de Babilonia*, Makkoth 5b, donde se analiza la frase de Dt XVII, 6.

³² Canon 1573.

³³ “*Testes non numerantur, sed ponderantur*. Los testigos no se cuentan, sino que se pesan. La cuestión de si un hecho debe ser considerado como probado se rige no por el número de los testigos que lo confirman, sino por el peso de sus declaraciones. Véase hoy § 286, ZPO, citado según LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter – Zusammenge stellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs*, 5.^a ed., 1991, letra T, n.º 16 (p. 208).

³⁴ Larry LAUDAN, «El contrato social y las reglas del juicio», en LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, 2011.

afirmar que una creencia era moralmente certera”; “un testigo de un crimen no sería suficiente para condenar... etc.”³⁵.

Es que no se trata tan sólo de un legado propio “de las religiones”, sino que la prohibición del testigo único fue también patrimonio común de la *Ilustración*, es decir, de un movimiento que en cierto modo pretendía fundar un Estado “no dependiente de la idea de Dios” o que pudiera ser aceptado también por el no creyente. Así lo muestran los pronunciamientos de Beccaria³⁶, de Montesquieu³⁷ y de Filangieri³⁸.

Estos autores abogaban por la adopción de la institución del jurado, entendida al estilo anglosajón; predominaba, pues, la “*conviction intime*”, aunque en Filangieri –el más preclaro autor italiano de la *Ilustración*– eso se relativizaba por la idea de que, a la “certeza moral”, había que añadirle el cumplimiento de cánones sobre la prueba, como pruebas legales *negativas*³⁹, pues de otro modo, “una buena o mala digestión del juez puede hacer a un hombre más o menos crédulo”⁴⁰.

Como se sabe, ese no fue el criterio que prevaleció en la cultura del siglo XIX, pues se confió demasiado en que la “libre valoración de la prueba”, la “convicción subjetiva”, pudiera conducir en forma natural a una decisión *justa*. Pero casi doscientos años después los medios de comunicación, que por un lado engrandecen sus arcas con la proliferación de causas por abuso sexual basadas en los dichos de una sola persona, por otro lado se escandalizan por el hecho de que, para un mismo caso, un tribunal crea que el hecho ocurrió y que el acusado es culpable y otro tribunal diga que la imputación *fue inventada de principio a fin*: “Es el proceso penal, entonces, un juego de azar? ¿Depende sólo de cómo siente su estómago el juez?”⁴¹

³⁵ LAUDAN, «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en LAUDAN, *Legal Theory*, t. 9, 2003, p. 178.

³⁶ Véase BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1945, de la famosa obra publicada por vez primera en forma anónima en Livorno, durante el verano de 1764. § VIII. *Dei testimoni*, pp. 198 y 200.

³⁷ Véase MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 1821, t. I, p. 292.

³⁸ Véase FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, con anotaciones de B. Constant, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada en París por la Librería Española de Lecointe (1836 [la primera edición data de 1780]), t. 5, p. 171: “Cánon 3.º: Jamás bastará un solo testigo para formar por sí solo prueba legal”. Para FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, 1836, no podía ser testigo una persona que *tuviera interés en la causa*, según su Cánon 1.º: “Todo hombre que no sea estúpido ni loco... puede ser testigo idóneo, *con tal que no tenga interés en alterar la verdad o en faltar a ella*”, de modo que “la víctima” quedaba excluida de la calidad de testigo.

³⁹ FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, 1836, pp. 154 ss. En la actualidad, aboga por un sistema de “pruebas legales negativas” el autor italiano Luigi FERRAJOLI, *Derecho y razón – Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros (de la edición italiana, de 1989), 1995, p. 147.

⁴⁰ FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, 1836, p. 155.

⁴¹ Gisela FRIEDRICHSEN, «Strafjustiz: “Von vorn bis hinten erfunden”», en *Der Spiegel*, 33/2011, pp. 56 ss. (57).

4. “Certeza personal” versus “fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia”

1. Según el § 261 StPO, sobre el resultado de la recepción de la prueba resuelve el tribunal según su libre convicción, formada de la totalidad del debate; y, según el § 337, StPO, la revisión de una sentencia sólo puede hallar fundamento en que ésta haya sido basada en una infracción a la ley. Pero, por otro lado, el § 267, StPO, obliga al tribunal a dar una fundamentación de la sentencia, de la que surjan las razones por las que se han tenido por probados los hechos de los que derivan los elementos legales del hecho punible.

FRISCH explica con claridad en qué medida la concepción originaria del legislador, según la cual estaba interdicta la revisión de la base fáctica del caso hecha por el juez del hecho, fue derivando hacia una concepción cada vez más amplia del recurso de casación⁴². Él aprueba que el BGH y los tribunales superiores estaduales revisen no sólo si la sentencia contiene constataciones de los hechos en sí cerradas, comprensibles, exentas de contradicciones y en consonancia con las leyes del pensamiento y el conocimiento de la experiencia, sino que “también la *valoración de la prueba* (...) esté sujeta a la revisión y sea censurada, cuando ella sea os-cura, en sí contradictoria o incompleta, es decir, cuando no contenga fundamentaciones sobre cuestiones que requieren una explicación, cuando ella no sea compatible con las leyes del pensamiento o el conocimiento de la experiencia o cuando el juez del hecho haya desconocido las exigencias hechas para la convicción que se espera de él para una condena”⁴³. Estos así llamados casos de “error por la presentación”, han llegado a tener tanto peso que, “en la praxis jurídica, los errores que motivan al tribunal de casación a hacer revisiones en este ámbito son al menos tan numerosos como los errores de derecho”⁴⁴.

Si bien estas constataciones iniciales parecen muy “alentadoras” respecto de la posibilidad de hallar límites referidos directamente a nuestro problema, una vez que uno estudia más a fondo la opinión de FRISCH acerca del conflicto posible entre la libre convicción (subjetiva) y la fundamentación objetivo-racionalista de la sentencia, da la impresión de que la certeza personal, la convicción subjetiva, “llevara las de ganar”.

Por un lado, en los casos de “declaración contra declaración”, FRISCH parece conformarse con la *tibia* jurisprudencia del BGH, que exige una “valoración de la prueba especialmente profunda, sobre todo respecto de la credibilidad, cuando las sentencias se basan, en lo esencial, en una única declaración testimonial”⁴⁵. Es verdad que sobre la base de estas sabias palabras el BGH ha revocado numerosas sentencias condenatorias; pero también lo es que “una valoración especialmente profunda” es una obligación del juez del hecho en *cualquier* juicio, y respecto de *cualquier clase de prueba*. No es que, por contraposición, en los casos en que haya varias declaraciones testimoniales, peritaciones y diversos elementos

⁴² FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 118.

⁴³ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 118.

⁴⁴ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 118.

⁴⁵ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 130, con numerosas referencias jurisprudenciales.

objetivos, el tribunal de juicio no necesite hacer una “valoración especialmente profunda”. Detrás de la mención a una “valoración especialmente profunda” en los casos de “declaración contra declaración” sólo se quiere dar a entender que el mero hecho de que haya “una declaración única incriminante” contra la oposición del acusado *no es una razón suficiente para decir que una condena no esté fundamentada*, en tanto, a la vez, se haya alcanzado la “certeza personal”. Es decir, que lo que se presenta como si fuera una jurisprudencia “garantista” es más bien una doctrina que debería infundirle temor a cualquier ciudadano inocente, a quien se le advierte desde ya que su palabra puede no valer nada.

También es cierto que, a su vez, el BGH ha exigido que, cuando el acusado se defiende con afirmaciones de hecho propias, el tribunal de juicio, si es que no sigue los dichos del acusado, *tiene que ofrecer aquellas constataciones de los hechos y hacer aquellas ponderaciones que refuten las afirmaciones del acusado*; que, asimismo, el BGH exige una fundamentación particular cuando el tribunal ha seguido a uno de los diversos dictámenes contradictorios o cuando el acusado ha invocado determinados hechos contra la credibilidad del testigo o cuando el tribunal a un mismo testigo sólo le cree en parte⁴⁶. Pero con esas “exigencias reforzadas” sólo se le impone al tribunal de juicio la carga de “redactar bien” *por qué vía* ha llegado a creer en la palabra del testimonio único hasta alcanzar la “certeza personal”. En tanto esto “luzca convincente”, la sentencia será inatacable.

Por cierto, en la vida cotidiana, toda persona mayor de cierta edad ha experimentado innumerables veces la sensación de que la palabra de tal o cual persona respecto de la proposición *p* le resulta “completamente convincente” o, en menor número de casos, “absolutamente inverosímil”. Pero eso no es una razón suficiente como para que *los demás* tengan que considerar que esa “convicción personal” tiene un fundamento crítico-racionalista, oponible a *terceros*: “No hay mejor sinónimo para ‘racional’ que el de ‘crítico’”. (Una convicción, una creencia, naturalmente, nunca es racional: antes bien, lo racional es dejar *suspendida* la convicción)⁴⁷.

Contra ello se podría objetar que, si es que uno no pretende anular en absoluto la prueba testimonial, a un juez no le quedaría otro camino que juzgar si “le cree” al testigo o no. Sin embargo, para que una condena se basase solamente en el relato de *una* persona, el juez debería dar *razones* de por qué los tales dichos *no pudieran ser falsos*. Como luego se verá, la psicología experimental no ha hallado hasta hoy ningún criterio para establecer con un grado de probabilidad suficientemente alto si los dichos de un declarante son veraces. En todo caso, en favor del acusado, sí se podría admitir que la creencia subjetiva del tribunal en la veracidad de su palabra o en la de los dichos de testigos de descargo pueda ser una razón suficiente para la absolución, en la medida en que eso le impida al juez alcanzar una “certeza personal” de culpabilidad.

⁴⁶ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 130.

⁴⁷ POPPER, *Ausgangspunkte. Meine intellektuelle Entwicklung*, 1979, p. 119.

2. Es relativamente fácil de constatar que FRISCH le da “un voto de confianza” a la “certeza personal”, como si ésta pudiera aportar *un plus* de fundamentación a una decisión que, por lo demás, tenga una base *objetiva inferior* a tal grado de convicción subjetiva.

A primera vista eso no es así, pues en la parte aún inicial de su comentario al § 337, StPO, FRISCH señala que uno “no podría dejar que fuesen suficientes cualquier representación o convicción del tribunal respecto de la existencia del objeto descrito temáticamente en la norma”⁴⁸. Esa toma de posición y otras inmediatamente siguientes hacen pensar, primeramente, en que FRISCH exigiese la demostración de que haya sido cumplido un *estándar objetivo probatorio* a partir del cual pudiera surgir la “certeza personal”, sin que la convicción a obtener pueda estar *por encima* de ese parámetro. Pero esta apariencia engaña.

FRISCH exige una determinada evaluación del juez del hecho, especialmente en caso de condena. El juez del hecho “tiene que estar convencido”. De este modo, FRISCH se pliega a la opinión dominante que exige una “certeza personal”, que no requiere una “seguridad matemática”, ni se contrapone a la existencia de dudas concebibles en abstracto, teóricas, que derivan de la insuficiencia de la capacidad del conocimiento humano⁴⁹. Pero la sentencia sería jurídicamente defectuosa si el juez le ha puesto a su convicción exigencias demasiado pequeñas. Se daría este caso, por ej., cuando el juez se hubiera basado “solamente” en la *alta probabilidad* de comisión del hecho y no hubiera ninguna constatación (adicional) de la convicción subjetiva de la culpabilidad⁵⁰. La expresión clave es allí “alta probabilidad”. Se podría pensar que ésta es una expresión algo vaga. Pero ¿qué ocurriría si el juez estableciera, mediante procedimientos crítico-racionalistas, que la alta probabilidad llega más allá del 90% ó 95%? ¿Haría falta, de todos modos, que a esa constatación se le añadiera la “certeza personal”? ¿Cómo podría ocurrir, si no por una vía racionalmente *infundamentable*, que el juez logre más convicción que el alto grado de probabilidad objetivamente constatado?

Un Estado de Derecho también tiene que velar por la eficiencia del sistema judicial penal y, en esa medida, no tiene por qué importarle cuál sea el “estado mental” del juez respecto de la prueba producida, sino el hecho de que éste constate que la acusación ha logrado la demostración de su acierto con un grado de probabilidad *muy alto*. Como dice LAUDAN, para que una sentencia tenga fundamento lo que importa no es “el estado mental del juez *per se*, sino *cómo llega a ese tal estado*; uno no se hace científico aprendiendo cómo es el estado mental en que se debería estar para aceptar una teoría, sino aprendiendo cómo evaluar la evidencia y su relación con esa teoría”⁵¹. Lo determinante es la “robustez de la prueba” y no el estado subjetivo del que la evalúa.

Que en FRISCH siempre “lleva las de ganar” la convicción subjetiva –aun *en contra del acusado*– lo demuestra el hecho de que él, siguiendo a la jurisprudencia, sostenga que no

⁴⁸ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, § 337, n.º m. 120.

⁴⁹ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 125.

⁵⁰ FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 125.

⁵¹ LAUDAN, «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en LAUDAN, *Legal Theory*, t. 9, 2003, pp. 166 s.

hay una lesión al principio *in dubio pro reo*, “cuando el juez del hecho está convencido personalmente de la autoría y sólo el recurrente es de la concepción de que el juez, en vista de las circunstancias del caso, tendría que haber tenido dudas y no podría haber estado convencido”⁵². Esta posición se corresponde a la visión del Tribunal Constitucional Federal⁵³. HOYER ha criticado esta posición de manera concluyente⁵⁴. Dicho de modo resumido: con ese criterio, el juez tiene la facultad de transformar una situación probatoria *objetivamente dudosa*, en una “certeza personal, libre de dudas”.

3. Helmut FRISTER, siguiendo los puntos de partida de GRÜNWARD, ha hecho una férrea defensa del requisito de la “certeza personal (subjetiva)”, en razón de que el hecho a investigarse en el proceso penal nunca puede probarse “con la firmeza propia de la lógica o las matemáticas”, ni “tampoco con la relativa seguridad que se conoce en la ciencias naturales”⁵⁵. La formación de la convicción judicial estaría cargada de inseguridades en todos los casos, ya por la propia propensión natural a cometer errores, presente en todo conocimiento humano; ya en razón de la falta de máximas empíricas concluyentes para valorar el contenido de verdad de lo que in-forman otras personas, toda cadena de prueba contiene “eslabones cuyas conexiones con los demás sólo consisten en un juicio de probabilidad”, es decir, que en todos los casos existiría la posibilidad de explicar el hecho de otra manera⁵⁶. FRISTER discute así el acierto de la extendida opinión según la cual una condena “no puede resultar sólo de una valoración personal, sino que también presupone un determinado resultado de prueba ‘objetivo’ que la mayoría de las veces es definido como ‘alta probabilidad’, y en parte también como ‘probabilidad lindante con la seguridad’ respecto de la culpabilidad del acusado”⁵⁷.

Contra ello, él aboga en favor de que la “certeza personal” sea una condición *necesaria y suficiente*. El primer argumento aducido por él se refiere a que la “certeza personal” sigue siendo el medio “más apropiado para garantizar que la constatación de los hechos en el proceso penal sea correcta, y, de ese modo, *evitar condenas de inocentes*”⁵⁸. Mas esto sólo podría ser cierto si la “certeza personal” fuera en todo caso una condición *necesaria*, pero *no suficiente* de la condena penal. La idea de que la “certeza personal” pudiera “garantizar” que la constatación de los hechos sea correcta sólo podría tener sustento si hubiera una forma estadística o de otra naturaleza que indicase que *generalmente* una “convicción subjetiva” es acertada *también objetivamente*, y, a la vez, no hubiera forma de establecer “el acierto objetivo” en el caso particular. Pues si hubiera una forma de establecer el acierto objetivo –al menos con determinada probabilidad–, ¿para qué haría falta anexarle una “certeza personal”?

⁵² FRISCH, «§ 337», en WOLTER (ed.), *SK-StPO*, n.º m. 125.

⁵³ BVerfG MDR 1975, 468 (469); véase también BGH, *NJW*, 1988, p. 477.

⁵⁴ HOYER, *ZStW* (105), 1993, pp. 523 ss.

⁵⁵ FRISTER, «Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß», en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, p. 169, con cita de GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, 1993, pp. 85 ss. (89).

⁵⁶ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 169 s.

⁵⁷ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 170 s., con diversas referencias en notas 9 y 10.

⁵⁸ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 173 (la bastardilla no es del original).

FRISTER apoya la importancia de la “certeza personal” en que una parte del conocimiento de los hechos es “intuitiva”, en el sentido del que el sujeto cognoscente “no está en condiciones de fundamentar (conceptual-mente) su conocimiento”⁵⁹. En apoyo de esta concepción, FRISTER cita el ejemplo de SCHOPENHAUER del jugador de billar que “prevé el curso de la bola sin haber escuchado nunca de las leyes del impulso de los cuerpos elásticos”, a lo que FRISTER agrega el ejemplo más ilustrativo de la evaluación del arquero de fútbol “experimentado”, que calcula la trayectoria de la pelota cuando se lanza un centro⁶⁰. Con prescindencia de que esa argumentación no toma en cuenta que tales prácticas generalmente se aprenden y ejercitan por “acierto y error” de la mano de un maestro que puede formular los principios en los que se basan esas “meras intuiciones”, tales ejemplos pasan por alto que tanto el jugador de billar como el arquero de fútbol quedan expuestos a los resultados de un método de contrastación objetivo de su “conocimiento intuitivo”. Así, si el arquero de fútbol, al salir a cortar un centro, es “sobrado” por la pelota y el *centroforward* rival conecta el balón de cabeza marcando un tanto, el arquero no podría seguir afirmando que, según su “convicción subjetiva”, él logró efectivamente atrapar la pelota con sus manos. Si todo acusado tuviera de su lado tales métodos de *falsación* respecto de la “convicción subjetiva” del juez, ningún acusado inocente tendría la menor preocupación por el resultado del juicio.

Respecto de la valoración de declaraciones testimoniales en particular, FRISTER afirma que “todo lego –y con mayor razón un juez experimentado– ya tiene una opinión sobre el contenido de verdad de las declaraciones de los testigos, antes de hacer una reflexión conceptual sobre su credibilidad”⁶¹. Puede ser verdad que ello sea así, pero justamente eso es lo que encierra el riesgo de una decisión *arbitraria*, pues el juez que se siente “experimentado” sólo acumula en su haber una cantidad de prejuicios sobre los significados del comportamiento *no verbal* que de ningún modo resisten un análisis científico en torno a si tales significados son realmente captables por él sin un grado de falibilidad muy alto⁶². Especialmente la gran “cantidad de expresiones no verbales” (“expresiones del rostro y de gestos”) ⁶³, que de hecho influyen en la valoración judicial de los testimonios, son componentes en gran parte *ambivalentes*, imposibles de superar un control experimental, y que en todo caso, si pueden aportar información, ésta es sólo captable por expertos en la materia, y tomando un conjunto suficientemente amplio de

⁵⁹ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 176, 175.

⁶⁰ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, p. 177.

⁶¹ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, p. 177.

⁶² Escéptico respecto de la posibilidad de que la verdad o falsedad de una declaración sea detectada a partir del comportamiento no verbal se manifiesta VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, Cap. 3: *Nonverbal Behaviour and Deception*, pp. 37 ss. “Conclusión: ¿Cómo se comportan las personas cuando mienten? Desafortunadamente, no es posible dar una respuesta sencilla a esta pregunta. No existe un tipo de comportamiento no verbal que esté relacionado de manera única con la mendacidad, ni tampoco una explicación teórica de por qué podrían existir signos similares a la nariz de Pinocho” (pp. 88 s.).

⁶³ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, p. 178 s.

comportamientos no verbales, que precisamente fueran previamente *identificados* y luego *analizados* con métodos *racionales*⁶⁴.

FRISTER ataca también la concepción de que la valoración judicial de la prueba pudiera traducirse en una cuantificación *numérica*, ya en razón de que la valoración intuitiva de la prueba no lo permitiría⁶⁵. Pero incluso si se concediera que no fuese exigible que el juez del hecho establezca una pro-porción exacta del grado de probabilidad con que considerase comprobada la acusación, de todos modos sí tendría que haber un acuerdo en que en los casos en que objetivamente fuese comprobable una *inseguridad probatoria objetiva* de cierta proporción (por ej., de un 30%), esa “laguna de conocimiento objetivo” no podría ser superada con la “garrocha” de la “certeza personal” o del “conocimiento intuitivo”. Pero hete aquí que la psicología de la declaración, incluso en el caso de que un testimonio fuera sometido, del modo más riguroso posible, al llamado sistema “*Statement Validity Assessment*” (SVA)⁶⁶, no podría aportar más que una evaluación probabilística de la veracidad de una declaración, que deja un margen de inseguridad demasiado amplio. Con prescindencia de que puede ponerse en duda el carácter “científico” de tales peritaciones⁶⁷, sería ilusorio pensar que la intuición personal de un lego o de un juez “experimentado” llegaría a estar en mejores condiciones que la evaluación *probabilística* de la psicología de la declaración.

Tales reflexiones deben llevar necesariamente a la conclusión de que una condena basada en un testimonio único –y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso– nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una “certeza personal”, que no sea por vía de un “pálpito” o “corazonada”. Carecería de sentido la exigencia de un tribunal imparcial, si éste pudiera basar su sentencia condenatoria, exclusivamente, en los dichos de un testigo absolutamente parcial.

⁶⁴ Véase VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, pp. 66 s. Pero poco después (p. 73) acota sobre los “Patrones idiosincráticos”: “(...) Tal vez esas caracterizaciones son todavía demasiado amplias para revelar ese tipo de signos, y tal vez solo surgen signos de mendacidad cuando se los examina a nivel individual. Esto es, tal vez esos signos son idiosincráticos, y tal vez cada individuo tiene su propio y único conjunto de signos que traicionan sus mentiras”.

⁶⁵ FRISTER, en AAVV, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 180 s., nota 45.

⁶⁶ Véase VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, Cap. 8, pp. 201-260; existen otros sistemas de evaluación, también expuestos por VRIJ; véase, asimismo, MASIP/ GARRIDO, *La evaluación del abuso sexual infantil – Análisis de la validez de las declaraciones del niño*, 2007, pp. 110 ss. El autor ha tenido a la vista dos peritaciones de psicólogos realizadas en casos reales en dos tribunales diferentes de Alemania; en ninguno de estos casos se siguió el listado de los 19 criterios “CBCA”, aunque sí, a grandes rasgos, las “hipótesis Undeutsch”. En ambos dictámenes se diagnosticaba una declaración “referida a una vivencia”, es decir, en principio, “veraz”; en uno de ellos se asentaba, sin embargo, que no se podía descartar con la seguridad necesaria una hipótesis de engaño.

⁶⁷ Así, según los estándares de la Corte Suprema de los Estados Unidos; véase *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993); véase asimismo VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, pp. 251 ss.

5. *¿Puede aportar la psicología experimental una regla distinta a la de la prohibición del testigo único?*

Uno podría dejar de lado una máxima milenaria, que sobrevivió a muy diversas culturas, inspiradas en preocupaciones humanistas, si la psicología experimental moderna estuviera en condiciones de demostrar qué persona miente y quién dice la verdad.

Sin embargo, los expertos en estudios sobre detección de mentiras afirman que la mayoría de los mentirosos pueden engañar a sus interlocutores con éxito la mayor parte de las veces, así como también que los niños pueden mentir desde edad muy temprana⁶⁸.

El sistema de evaluación que goza de mayor prestigio entre los psicólogos europeos y en parte también en los Estados Unidos al menos para el procedimiento de investigación preliminar⁶⁹ es el ya mencionado SVA, que se conforma de cuatro etapas, dentro de las cuales la más importante es la tercera: aplicación *a la clave verbal* de la entrevista (no a la visual) del llamado "Criteria-Based Content Analysis" (CBCA), el que se agrupa en categorías que reúnen 19 criterios en total, cuya idoneidad para discriminar entre relatos verdaderos o falsos está, además, respecto de algunos de esos criterios, discutida por los expertos.

STELLER y KÖHNKEN⁷⁰ han hecho una defensa del "Análisis de declaraciones basado en criterios". La idea central, en la que se basan las llamadas "Hipótesis Undeutsch", consiste en que los relatos ciertos, "referidos a una vivencia", difieren en calidad y cantidad de matices en comparación con las narraciones inventadas. STELLER y KÖHNKEN informan que Undeutsch llevó a cabo "unos 1.500 análisis de declaraciones, la mayoría en casos de ofensas sexuales con niños o mujeres jóvenes; el 90% de las declaraciones fueron diagnosticadas como sinceras, y en el 95% de estos casos el acusado fue condenado por el tribunal"⁷¹. Aquí no se aclara si cada una de esas declaraciones era la única base de la sentencia condenatoria, pero es de presumir que una importante proporción de esos casos tenían efectivamente esa única base como "prueba de la culpabilidad". ¿Con qué "tipo de cambio" se habrá operado allí *en la realidad*? ¿No habrá habido una "inversión": diez inocentes condenados por cada condenado culpable?

⁶⁸ Véase EKMAN, *Cómo detectar mentiras* (trad. al español de Wolfson), 3.^a reimpresión, 2010, p. 167. Véase también p. 205: "Todo sería mucho más simple si hubiera algún signo específico del mentir que no pudiera corresponder a ninguna otra cosa; pero no lo hay".

⁶⁹ Pues como prueba del debate se discute si estos métodos no son una intromisión en la función del jurado. Respecto de una visión similar en Alemania, sobre la función específica del juez, véase también FISCHER, *NStZ*, 1994, pp. 1 ss.

⁷⁰ STELLER / KÖHNKEN, «Criteria-Based Content Analysis», en RASKIN (comp.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence*, 1989, pp. 217-245. Cito a través de la versión española de Gorbeña Etxebarria, en Raskin (comp.), *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, Bilbao 1994, pp. 189-211.

⁷¹ STELLER / KÖHNKEN en RASKIN (comp.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence*, 1989, p. 203.

STELLER y KÖHNKEN dicen expresamente que “una evaluación general sobre el grado en que los criterios de contenido aparecen en una declaración lleva a una estimación de la calidad de la declaración. Esto ofrece una evaluación del grado de veracidad de la declaración, en otras palabras, una *evaluación probabilística* de si el testigo realmente experimentó el suceso alegado”⁷². Pero ellos no hacen una estimación de cuál sería el “grado de probabilidad” y “el grado de error” que podrían arriesgar tales peritaciones. El esclarecimiento de cuál es el *margen de error* de una prueba pericial es uno de los cinco criterios exigidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar que una determinada peritación puede ser admitida en juicio como *prueba científica*.

Si bien algunos expertos afirman que, hoy por hoy, el SVA es *lo mejor de que se dispone*⁷³, eso no demuestra más que se está ante una “inferencia por la mejor explicación” (“*inference to the best explanation*”). Pero, tal como lo demuestra la historia de las revoluciones científicas, “la mejor explicación” al alcance de la mano puede ser “muy mala”. Por serio que sea ese procedimiento, no ha tenido resultados satisfactorios en lo que se refiere a *controles de falibilidad*; el procedimiento sí elevaría, al parecer, la capacidad de discriminar entre testimonios verdaderos y falsos, en comparación con la capacidad que tiene un lego (y un juez “experimentado”) para hacer tal diferenciación, la que apenas excede del 50% respecto de la detección de testimonios verdaderos, pero que ni siquiera alcanza el 50%, para detectar declaraciones mendaces⁷⁴. Aun así, la falibilidad del procedimiento SVA rondaría, según VRIJ, en el 30%⁷⁵, de modo tal que, de cada 10 condenados sobre la base del procedimiento SVA, podría haber 3 sujetos inocentes.

Un procedimiento de ese grado de falibilidad sólo podría conducir a reverdecir la máxima de prohibición del testimonio único, pues no se podría tomar en serio que una falibilidad del casi 30% de los casos descarte “toda duda razonable”⁷⁶ y tal laguna de conocimiento objetivo no podría ser sorteada apelando a la “convicción subjetiva”. La “máxima de experiencia” indica: *objetivamente existe aquí una “duda razonable”*.

La obra de VRIJ, posiblemente la más moderna que se conoce sobre *detección de mentiras y engaño*, pasa revista a todos los procedimientos conocidos y concluye, en su epílogo, de este modo:

“En este libro he relatado cómo numerosos investigadores sostienen que han logrado desarrollar técnicas que permiten distinguir declaraciones veraces y mendaces con un nivel muy elevado de precisión. Mi consejo a ellos es que mantengan los pies firmemente en la tierra. En mi opinión, no existe ninguna herramienta infalible, y todas las herramientas que se han desarrollado tienen

⁷² STELLER / KÖHNKEN en RASKIN (comp.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence*, 1989, pp. 199 s. (subrayado por mí).

⁷³ MASIP/ GARRIDO, *La evaluación del abuso sexual infantil – Análisis de la validez de las declaraciones del niño*, 2007, pp. 127 ss.

⁷⁴ VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, pp. 148 s.; esto podría explicarse en que los “observadores tienen una tendencia a dar por fiable el mensaje” (p. 149).

⁷⁵ VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, pp. 252 s.

⁷⁶ VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, pp. 253, 262.

problemas y limitaciones considerables (...) Esto no significa que no sea posible distinguir entre la verdad y la mentira”⁷⁷

Esto tiene que servir para tomar consciencia de que, por un lado, sin duda le asistía razón a PETERS cuando planteaba la pregunta de “si la aplicación de las antiguas reglas de la prueba no habría preservado de algunas condenas, de cuya corrección hay motivos para dudar”⁷⁸, y asimismo a FREUND, cuando dice que en caso de que haya “dos testigos cobra injerencia el deber de verdad asegurado jurídico-penalmente como garantía normativa, de modo tal que el riesgo residual aparezca como tolerable”⁷⁹. También puede ser clasificada en esta línea de pensamiento restrictiva la admonición de DECKERS, la cual, especialmente para el caso del abuso sexual, fija la atención en las condiciones de evaluación de hipótesis: “En resumen, por tanto, se puede asegurar ante todo, en principio, que en caso de sospecha de abuso sexual las legalidades de *testeos* sociales de hipótesis se enfrentan a condiciones que sobre-exigen la confirmación de la sospecha”⁸⁰.

6. La previsión de contra-argumentos

Contra la posición aquí defendida se suele dar dos argumentos diferentes. Por un lado, que la pluralidad de testimonios no daría tampoco ninguna “seguridad”, pues también dos o más testigos pueden ser falsos. Por otro, el regreso a la “prueba legal negativa”, al menos en el caso del testimonio único, valdría tanto como dejar impunes todos los casos en que sólo autor y víctima se hallen frente a frente y el hecho no dejase ningún rastro objetivo.

1. Respecto de lo primero, es cierto que también dos o más testigos pueden ser *tan falsos como uno solo*, especialmente cuando no provienen de fuentes *independientes*. Ya en el Libro Primero de los Reyes⁸¹ se narra la seducción de Jezabel a su marido Ajab, cuando había ocurrido que Nabot de Yizreel se negase a venderle su viña. Jezabel urdió que Nabot fuera acusado por dos malvados de haber maldecido contra Dios y el rey. Así fue que, en efecto, Nabot fue ejecutado sobre la base de dos testimonios *falsos*.

Pero la pluralidad de testigos independientes, examinados que sean mediante un exhaustivo y hábil ejercicio de *cross examination*, permite correlacionar si las circunstancias acompañantes relatadas por cada uno se acoplan adecuadamente al relato de los demás. Esa posibilidad es la que salva a Susana, en el relato del Libro de Daniel⁸², de la acusación

⁷⁷ VRIJ, *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2ª ed., 2008, p. 419 (Epílogo).

⁷⁸ PETERS, en AAVV, *FS Olivecrona*, 1964, p. 542.

⁷⁹ FREUND, «Die Tatfrage als Rechtsfrage - „Persönliche Gewißheit“, „objektive Schuldwahrscheinlichkeit“ und rechtsgenügender Beweis», en ESER (ed.), *FS Meyer-Gofßner*, 2001, p. 406 (409).

⁸⁰ DECKERS, «Fehlerquellen in Sexualstrafsverfahren», en AAVV, *FS Eisenberg*, 2009, p. 473 (477); acerca de posiciones similares, véase también ESCHELBACH, en GRAF (comp.), *BeckOK-StPO*, estado al 1/6/2012, § 261, n.º m. 55.2; GEIPEL, *StV*, 2008, p. 271.

⁸¹ 1 R 21, 1-26.

⁸² Dn 13, 15-64.

de adulterio hecha por dos ancianos que habían querido poseerla, siendo que ella se había rehusado a quebrantar su deber de fidelidad⁸³. Cuando estaba pronta a ser ejecutada por los dichos falsos de aquéllos, Daniel exige examinar separadamente a cada “testigo”⁸⁴, siendo que éstos no pueden acertar en la respuesta a la pregunta de bajo qué árbol había ocurrido el adulterio, pues mientras que uno responde “bajo una acacia”, el otro dice “bajo una encina”. Ciertamente es que un juez “muy seguro de sus intuiciones” podría hacer caso omiso de tales divergencias y clasificarlas como “meras circunstancias colaterales”, no relevantes. Pero ello no haría más que probar que la *convicción subjetiva* “lo puede todo”.

Por encima de ello, importa lo siguiente. Primero, suponiendo que dos testigos fueran idóneos y provenientes de fuentes independientes; segundo, partiendo de la base de que un ejercicio de *cross examination* pudiera tener una eficiencia similar a la de un peritaje de la psicología de la declaración –con un margen de error del 30%–; y, tercero, siendo que ambos testimonios coincidieran en la descripción de los hechos y en la culpabilidad del acusado, la probabilidad de que *ambos fuesen falsos* se reduciría al 9% ($0,3 \times 0,3 = 0,09$); y si se tratara de tres testigos idóneos, directos y convergentes, la probabilidad de que todas las imputaciones fueran falsas se reduciría al 2,7% ($0,3 \times 0,3 \times 0,3 = 0,027$). Esto demuestra que la pluralidad de testigos no significa la “repetición de un mismo fenómeno” que no aporte más información que el primero. El margen de error se reduciría en todo caso a límites tolerables para un Estado de Derecho. Y, con ello, la expresión bíblica de “*en la boca de dos o de tres...*” cobra pleno sentido.

2. El segundo argumento a rebatir no hace más que recordar las violaciones a las reglas del procedimiento que se daban antiguamente en los llamados *delicta excepta*, y, con ello, la máxima: “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*”, contra la cual lanzó su severa crítica BECCARIA⁸⁵. Pues el argumento vale tanto como decir que en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado “ninguna prueba”, la *menor conjetura* basta para penar al acusado. De hecho, pues, esto conduce a anular la presunción de inocencia como tal. Así, en el ya citado caso *Coffin v. United States*⁸⁶, se narra la anécdota relatada por *Ammianus Marcellinus*, que ilustra la fuerza del principio de la duda en el Derecho romano⁸⁷. Cuando el acusador *Delphidius* previó el posible rechazo de la acusación, se dirigió a Juliano diciendo: “Oh, ilustre César, si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?”, a lo que Juliano habría respondido: “Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?”

⁸³ Dn 13, 22: Susana gimió: “¡Ay, qué aprieto me estrecha por todas partes! Si hago esto, es la muerte para mí; si no lo hago, no escaparé de vosotros. Pero es mejor para mí caer en vuestras manos sin haberlo hecho que pecar delante del Señor”.

⁸⁴ Dn, 13, 51-59.

⁸⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1945, de la famosa obra publicada por vez primera en forma anónima en Livorno, durante el verano de 1764. § VIII, *Dei Testimoni*, p. 199, nota 1.

⁸⁶ 156 U. S. 432 (1895), n.º 741.

⁸⁷ Dig., 50.17.192.1: *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius*. (En caso de duda, seguir la interpretación más benigna es tan justo como seguro.)

Es que el argumento de que en caso contrario quedarían numerosos hechos impunes permite que baste con construir una imputación en la que se presuponga que el autor no haya dejado ningún rastro, para que el sujeto pierda, ya con ello, el valor de su propia palabra; entonces sólo vale la palabra del acusador. Esto implica un adiós al principio de igualdad, como guardián de la presunción de inocencia.

* * *

Es de suponer que nuestro homenajeado de hoy no coincidiría con la posición defendida en este trabajo. Pero esta modesta contribución se ha inspirado en gran medida en el “equilibrio reflexivo” que las clases magistrales de Wolfgang FRISCH destilaban en las aulas: la consideración de los pros y los contras de cada punto de vista y el no temer a las consecuencias de un pensamiento liberal, orientado a las garantías del acusado y al sentimiento de justicia.

Bibliografía

Tomás de AQUINO (1224-1274), *Suma Teológica*, II-II.

Cesare BECCARIA (1764), *Dei delitti e delle pene*, a cargo de Piero Calamandrei, Firenze.

William BLACKSTONE (1753), *Commentaries on the Laws of England*, 1753-1765, com. 27, p. 358, *ad finem*.

Rüdiger DECKERS (2009), «Fehlerquellen in Sexualstrafverfahren», en AAVV, *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, München.

Paul EKMAN (2010), *Cómo detectar mentiras* (trad. al español de Wolfson), 3ª reimpresión, Buenos Aires.

Ralf ESCHELBACH (2012), en GRAF (comp.), *BeckOK-stopp*. (C.H. Beck Online)

Luigi FERRAJOLI (1995), *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros (de la edición italiana, de 1989), Madrid.

Gaetano FILANGIERI (1836), *Ciencia de la Legislación*, con anotaciones de B. Constant, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada en París por la Librería Española de Lecointe (1836 [la primera edición data de 1780]), t. 5.

Sir John FORTESCUE (ca. 1470), *De Laudibus Legum Angliae*.

Gisela FRIEDRICHSEN (2011), «Strafjustiz: "Von vorn bis hinten erfunden"», en *Der Spiegel*, 33/2011.

Georg FREUND (2001), «Die Tatfrage als Rechtsfrage - „Persönliche Gewißheit“, „objektive Schuldwahrscheinlichkeit“ und rechtsgenügender Beweis», en Albin VON ESER (ed.), *Festschrift für Meyer-Gößner*, München.

Wolfgang FRISCH (1974), «§ 337», en Jürgen WOLTER (ed.), *SK-StPO*, edición de hojas intercambiables, 37ª entrega, Carl Heymanns.

-EL MISMO (1974), «Zum wesen des Grundsatzes in dubio pro reo», en AAVV, *Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlin.

Helmut FRISTER (1999), «Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß», en AAVV, *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden.

Sir Matthew HALE (1678), *Pleas of the Crown; A Methodical Summary*.

Max HIRSCHBERG (1960), *Das Fehlurteil im Strafprozeß: Zur Pathologie der Rechtsprechung*, W. Kohlhammer, Stuttgart.

Andreas HOYER (1993), «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo“», *Aufsatz in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 105, pp. 523-556.

Larry LAUDAN (2011), «El contrato social y las reglas del juicio», en Larry LAUDAN, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, traducción a partir del manuscrito en inglés de Béguelin, pp. 199-309, esp. p. 242 (el manuscrito en inglés titulado: *The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules*, que figura como “Working Draft – Not for Quotation”, puede hallarse en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1075403> o bien en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1075403>).

-EL MISMO (2003), «Is Reasonable Doubt Reasonable?», en Larry LAUDAN, *Legal Theory*, t. 9, pp. 295-331

Detlef LIEBS (1991), *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter – Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs*, 5.^a ed., letra U, C.H. Beck, München.

Jaume MASIP/Eugenio GARRIDO (2007), *La evaluación del abuso sexual infantil – Análisis de la validez de las declaraciones del niño*, Ed. Mad, Sevilla.

MONTESQUIEU (1821), *Del espíritu de las leyes*, trad. esp. de M. V. M., Imprenta de Demonville, Madrid.

Karl PETERS (1964), «Freie Beweiswürdigung und Justizirrtum», en AAVV, *FS für Karl Olivecrona*, Stockholm, pp. 532-551.

Karl POPPER (1979), *Ausgangspunkte. Meine intellektuelle Entwicklung*, Hoffmann und Campe, Hamburg.

Friedrich Carl VON SAVIGNY (1858), «Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozesse», *GA*, t. 6, pp. 469 ss.

SCHMOECKEL (2000), *Humanität und Staatsraison – Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln y otras.

Claus Dieter SCHOTT (1977), «Ein Zeuge, kein Zeuge. Zu Entstehung und Inhalt eines Rechtssprichworts», en Louis CARLEN/ Friedrich EBEL (eds.), *Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag*, Sigmaringen.

M. STELLER / G. KÖHNKEN G (1989), «Criteria-Based Content Analysis», en D. C RASKIN (comp.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence*, New York.

Aldert VRIJ (2008), *Detecting Lies and Deceit – Pitfalls and Opportunities*, 2.^a ed., Chichester.