



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Coloma Correa, Rodrigo; Pino Yancovic, Mauricio; Montecinos Sanhueza, Carmen
Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de
testigos en materia procesal penal
Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIII, 2009, pp. 303-344
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173613294008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
XXXIII (Valparaíso, Chile, 2^{do} Semestre de 2009)
[pp. 303 - 344]

FUNDAMENTACIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES Y ATRIBUCIÓN DE CALIDAD EPISTÉMICA A LAS DECLARACIONES DE TESTIGOS EN MATERIA PROCESAL PENAL*

[“Basis of the Legal Rulings and Attribution as Epistemic Nature of the
Statements of Witnesses in Procedural Criminal Matter”]

RODRIGO COLOMA CORREA**

Universidad Católica de Temuco, Chile

MAURICIO PINO YANCOVIC***

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

CARMEN MONTECINOS SANHUEZA****

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN¹

La presente investigación explora un conjunto de criterios que son considerados por los jueces para atribuir calidad

ABSTRACT

The current study explores the set of criteria that judges take into account to discern the epistemic quality

* Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico N° 11075085: “Criterios para la selección y justificación de los hechos en las sentencias judiciales”, cuyo investigador responsable es Rodrigo Coloma Correa.

** Profesor adjunto de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Doctor en Derecho en la Universidad Carlos III. Dirección postal: Cienfuegos 41, Santiago, Chile. Dirección electrónica: rcoloma@uahurtado.cl

*** Profesor de la Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Casilla 4059, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: mauro.pino.y@gmail.com

**** Profesora Titular de la Escuela de Psicología de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, PhD en Psicología Educacional, Investigadora Principal del Centro de Estudios Avanzados en Educación (PBCT-CONICYT, Project CIE-05). Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Casilla 4059, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: carmen.montecinos@ucv.cl

¹ Quisiéramos expresar nuestro profundo agradecimiento a los jueces, fiscales y defensores que participaron en las entrevistas aquí realizadas. Sus opiniones han constituido el insumo clave de este artículo. Asimismo, agradecemos los valiosos comentarios que nos hicieron Claudio Agüero San Juan, Flavia Carbonell Bellolio y Julián López Masle, los cuales nos han permitido eliminar varias de las obscuridades que afectaban al borrador de este artículo.

epistémica a las declaraciones de testigos. El análisis de entrevistas aplicadas a tres jueces, arroja diferencias entre los *tipos de verdad* que aquéllos esperan construir en sus sentencias, como también, diversidad en los criterios utilizados para atribuir méritos epistémicos a la prueba. Esta falta de consenso entre los jueces impactaría en el sistema de adjudicación de derechos.

PALABRAS CLAVE: Atribución de credibilidad – Testigos – Calidad epistémica de testimonios – Prueba de los hechos.

of statements provided by witnesses. A content analysis of data produced through interviews with three judges, reveals differences in terms of the types of truth they expect to construct in their sentences as well as in the criteria considered to attribute epistemic merits to these statements. The lack of agreement among judges may have an impact on the system for adjudicating rights.

KEYWORDS: Attribution of credibility – Witness statements – Epistemic quality of evidence – Proof of the facts.

I. INTRODUCCIÓN²

En los tribunales penales –casi a diario– se condenan y absuelven personas a las que se les ha imputado haber participado en la ejecución de un delito. De dicha decisión judicial dependerá que los individuos juzgados deban permanecer (o no) encarcelados durante un determinado número de años, o bien, sean privados de otros bienes especialmente apreciados. Dado el alto impacto que aquello representa para los planes de vida de los sujetos involucrados, se espera que los jueces construyan sus sentencias justificando adecuadamente la imposición de esa clase de cargas.

Para que la imposición de una pena resulte justificada se precisa que los jueces demuestren que han aplicado el derecho. Dicha exigencia, además de implicar un ejercicio interpretativo sofisticado y, a la vez, de determinación de validez de enunciados normativos, trae aparejada la realización de un análisis exhaustivo de la información que ha sido generada en el respectivo proceso judicial. Como se sabe, la información disponible en los procesos judiciales es generada recurriendo a diversos mecanismos, sin perjuicio de lo cual, las declaraciones formuladas por testigos se encuentran entre las que suelen ejercer mayor influencia en los jueces para efectos de elegir un

² A modo de epígrafe, presentamos el siguiente texto de DRUON, Maurice, *Los reyes malditos* (Barcelona, Javier Vergara Editor, 2003), VI, p. 61-62: “Roberto [de Artois] se preguntaba si no había obrado ligeramente al conceder crédito a las palabras de aquella mujer, y si los documentos, el cofre de Hesdin y la confesión del obispo eran algo más que pura imaginación [...] –¡Decid la verdad mujer! ¡Jamás habéis visto esas cartas! –¡Sí, mi señor! –exclamó la Divion, apretándose con ambas manos los prominentes pómulos–. Fue en el castillo de Hirson [...]. ¡Y se enredaba, encima! Debía decir la verdad. No se inventa de manera tan torpe cuando se quiere engañar a alguien. Roberto la hubiera estrangulado de buena gana si eso hubiera servido para algo”.

determinado curso de acción en los litigios que deben resolver. Los datos que surgen de las declaraciones de testigos requieren ser evaluados cuidadosamente por los jueces, antes de su incorporación como fundamentación de las sentencias definitivas.

Al igual que el resto de las pruebas disponibles, la evaluación de los testimonios se hará –en sede judicial– a base de tres criterios distintos, esto es, admisibilidad, relevancia y calidad epistémica³. En términos generales, los problemas de admisibilidad serán resueltos por la aplicación de reglas más bien precisas que definen cuándo cierta información puede ser presentada en juicio y cuándo debe ser excluida de éste. Los problemas de relevancia y de calidad epistémica de los datos, en cambio, no cuentan –por regla general– con un trato de esa naturaleza, ya que el legislador rara vez establece restricciones fuertes al adjudicador, en la determinación de cuándo se estima que la información disponible ha superado (y cuándo no), las expectativas de relevancia y de calidad epistémica. En otras palabras, ante la disyuntiva de si conceder o no el estatus de fundamentación de la sentencia a aquello que ha sido dicho por ciertos testigos, los sistemas procesales contemporáneos suelen evitar la formulación de reglas que fuercen a preferir determinadas declaraciones por sobre otras que pudieren haber sido planteadas. Esta decisión legislativa de desregulación –que pudiere ser interpretada como un gran avance desde la perspectiva epistémica al liberar a los tribunales de la apreciación *a priori* en cuanto a quiénes deberán creer y a quiénes no–, impone sobre los jueces la responsabilidad de tomar cuidadosamente decisiones para no incurrir en arbitrariedades⁴.

³ Hemos preferido utilizar el concepto de calidad epistémica antes que el de confiabilidad, ya que lo que en rigor se busca establecer es si lo que el testigo dice cuenta o no con el mérito suficiente como para servir de fundamento a una representación del mundo que pudiere llegar a ser compartida en el contexto de un proceso judicial. A diferencia de ello, cuando se habla de confiabilidad suele requerirse un compromiso a nivel de subjetividad del agente que está recibiendo el mensaje (él se forma una creencia), sin mayores consideraciones al ámbito en que el discurso ha sido formulado.

⁴ Esto supone, entonces, el otorgamiento de un espacio de discrecionalidad, matizado –de manera débil– por la obligación de justificar sus decisiones. Como se sabe, la obligación de motivar las sentencias implica un control social respecto de lo que hagan los jueces. Un papel protagónico, por cierto, corresponderá a quienes dominan un lenguaje común con los jueces, esto es, los abogados, lo que inhibirá a los adjudicadores de llegar a construir sus sentencias de una manera que se aleje de lo que es aceptable para dicha comunidad. Sin embargo, como resulta obvio, el control que es posible por esta vía –que supone el uso de reglas de racionalidad, a veces, bastante difusas–, será más débil que el que sería posible si además se contase con normas jurídicas que estipularen directrices precisas acerca de qué se puede y qué no se puede hacer.

La presente investigación utiliza una metodología de estudio de casos para efectos de explorar los criterios que utilizan los jueces en la evaluación de la calidad epistémica de las declaraciones de los testigos. Según resulta evidente, la forma en que esto sea resuelto por los jueces, impactará en la legitimidad de la imposición de penas (o absoluciones) sobre las personas que han sido acusadas de haber cometido un delito. Más que la sugerencia de mecanismos que favorezcan la toma de buenas decisiones —en razón de su corrección epistémica o axiológica, las pretensiones de este artículo se mantendrán, en gran medida, en un plano eminentemente descriptivo, es decir, escudriñaremos e intentaremos construir una visión aproximativa sobre la manera en que de hecho jueces bien calificados atribuyen fuerza probatoria a las declaraciones de testigos⁵.

La expresión calidad epistémica la entenderemos como una propiedad atribuible a ciertos datos y que habilita a un sujeto para generar, a partir de éstos, conocimientos válidos en un determinado contexto.⁶ El elemento contextual es importante ya que aquello que se reconozca como calidad epistémica de un enunciado en un determinado espacio, no será necesariamente transferible a otro. Se trata de una propiedad que admite gradación, esto es, podrá atribuírsele mayor o menor fuerza para los fines expresados. Al hablar de calidad epistémica se tendrá en consideración el contexto propio de los procesos judiciales.

En lo que sigue, se harán algunas consideraciones teóricas acerca de los mecanismos previstos en los sistemas jurídicos para la generación de la base empírica de los fallos judiciales. Luego, se detallará la metodología que ha sido utilizada en esta investigación para efectos de poder conocer cómo los jueces determinan la calidad epistémica de las declaraciones de testigos. Los resultados del análisis de los datos se organizarán en torno a los siguientes ejes temáticos: i) Clase de conocimiento que se pretende construir a partir de las declaraciones de los testigos; ii) Implicaciones derivadas de la posibilidad de percibir, recordar y comunicar fielmente un evento por parte de los testigos; iii) Evaluación de la calidad epistémica de la declaración de los testigos fundada en el contenido de la declaración; iv) Evaluación de la prueba a partir de la actitud del testigo; y v) Certezas judiciales en las atribuciones de calidad epistémica.

Para finalizar, los resultados se discuten en términos de las implicacio-

⁵ Una síntesis de distintos argumentos que permitirían justificar el uso de testimonios como fundamento de creencias en distintos campos del conocimiento puede verse en GOLDMAN, Alvin, *Knowledge in a Social World* (Oxford - New York, Oxford University Press, 1999), pp. 126-130.

⁶ En lo que sigue utilizaremos, de manera indistinta, la expresión “méritos epistémicos”.

nes que las diferencias advertidas entre los distintos jueces provocan en el sistema de adjudicación de derechos.

II. LA GENERACIÓN DE UNA BASE EMPÍRICA QUE SUSTENTE LAS DECISIONES DE CONDENA O DE ABSOLUCIÓN

A propósito de las dificultades para diferenciar el conocimiento científico de otros saberes que no alcanzan dicho estatus, escribía Karl Popper en la primera mitad del siglo XX: “[L]a ciencia no está cimentada sobre roca: por el contrario, podríamos decir que la atrevida estructura de sus teorías se eleva sobre un terreno pantanoso, es como un edificio levantado sobre pilotes. Estos se introducen desde arriba en la ciénaga, pero en modo alguno hasta alcanzar ningún basamento natural o “dado”: cuando interrumpimos nuestro intento de introducirlos hasta un estrato más profundo, ello no se debe a que hayamos topado con terreno firme: paramos simplemente porque nos basta con que tengan firmeza suficiente para soportar la estructura, al menos, por el momento”⁷.

Este breve y, a la vez, sugerente fragmento presentado por el padre del “falsacionismo” resultará de bastante utilidad para efectos de clarificar las exigencias que, en cuanto a calidad epistémica, recaerían sobre la prueba de testigo que sea presentada en cualquier juicio. De la mano de las apreciaciones de Popper, se puede señalar que la calidad epistémica esperada de las declaraciones testificales, es determinable mediante el cruce de dos variables: por una parte, se deberá tener en cuenta las funciones que se espera sean satisfechas por la actividad probatoria llevada a cabo en los juicios y, por la otra, se precisará identificar las creencias de un auditorio privilegiado respecto de las propiedades que inciden en la atribución de méritos epistémicos a las declaraciones de testigos.

Si nos situamos en el contexto nacional —que probablemente no escapa de manera significativa al resto de los países latinoamericanos, ni tampoco a la mayoría de los europeos—, la función esperada de la actividad probatoria sería asegurar que las penas distribuidas por los jueces recaigan sobre aquellas personas que pudieren ser vinculadas de manera fuerte con un tipo penal⁸. Por cierto, una afirmación como la que acaba de ser hecha

⁷ POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica* (reimpresión de la 1ª edición, Madrid, Tecnos, 1967), p. 106.

⁸ Sobre esto puede verse DAMAŠKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 33-84. Por cierto, hay otras funciones que podrían ser asociadas a la actividad probatoria y a la construcción de los hechos, las cuales no serán analizadas en lo que sigue.

deja abiertas muchas interrogantes, ya que tal forma de vinculación entre lo que constituye el tipo penal y lo que será reconocido como el discurso de los hechos en un caso, podría llevarse a cabo de múltiples formas. La versión más extrema de esa relación, apuntaría a que las penas sólo podrían ser impuestas sobre quienes hayan incurrido en la realidad en ciertas conductas que se puedan hacer calzar con aquéllas identificadas abstractamente por los tipos penales. Ahora bien, tal punto de vista difícilmente llegará a ser defendido a ultranza, salvo que se estuviere dispuesto a incurrir en ingenuidades epistémicas⁹ y, a la vez, se desconociere la dimensión esencialmente práctica asociada a los sistemas de enjuiciamiento (la que lleva a que en éstos se evite que los problemas permanezcan abiertos, ya sea mediante la instauración de plazos o bien, a través de la definición de estándares de prueba).

Versiones más moderadas acerca de la función de conexión entre penas y sujetos que la soportan, se conformarían con que éstas recaigan sobre quienes sean reconocidos por la opinión pública o por el ciudadano medio como posibles autores de actos ilícitos¹⁰; o bien, con el hecho de que el adjudicador actúe de manera coherente con su convicción (a nivel subjetivo) de que quien esté siendo procesado es (o no) culpable de la conducta que se le está atribuyendo¹¹; o incluso, con que se elija la mejor de las explicaciones disponibles aplicando métodos reconocidos para la producción de conocimiento y se gestionen los posibles errores bajo los parámetros instaurados por el legislador o por la cultura jurídica imperante¹².

De lo expresado, y considerando las repercusiones que provocan las sentencias judiciales en los sujetos, pareciera haber buenas razones *prima facie*, para que aquéllas cuenten con un fundamento fáctico –al menos– medianamente sofisticado. Así, por ejemplo, se esperaría que la base empírica de los fallos de los tribunales de justicia sea –tanto cuantitativa como cualitativamente– superior a la que ordinariamente se exige para nuestra toma de decisiones en asuntos cotidianos. A la vez, y en razón de la inconveniencia de dejar los problemas abiertos o sin un plazo definido

⁹ El conocimiento nunca es totalmente seguro. Sobre distinciones entre dogmatismo, falibilismo y escepticismo; véase: NIINILUOTO, Ilkka, *Escepticismo, falibilismo y verosimilitud*, en MARTÍNEZ-FREIRE, Pascual (editor), *Filosofía actual de la Ciencia. Suplemento* N° 3 (1998) de *Contrastes* (Málaga, 1998) p. 202 y ss.

¹⁰ A esto podrían aproximarse sistemas de enjuiciamiento que consideren la participación de jurados.

¹¹ Esto sería propio de procedimientos en que los jueces para dar por probados los hechos discutidos debe actuar según su íntima convicción.

¹² Esto podría ser próximo a sistemas en que operen reglas sobre la llamada *sana crítica*.

para su solución, las expectativas sobre la calidad de la información en sede judicial serían inferiores a las que usualmente prevalecen en el ámbito, por ejemplo, de la confirmación de nuevas teorías científicas¹³. Así, la base empírica producida en sede judicial debiera ser –prima facie– lo suficientemente compleja como para que no se incurra en errores gruesos en la construcción de las historias¹⁴ de las que se hace depender, en gran medida, la decisión de asignar cargas o beneficios sobre sujetos que han sido acusados o demandados ante los tribunales de justicia. Esto, sin embargo, no implica erradicar toda duda en lo que respecta a la calidad epistémica de lo que haya sido declarado como fundamento de la sentencia, pues la eliminación de (casi) cualquier riesgo de equivocación, implicaría dilatar o encarecer excesivamente los procesos judiciales.

En los sistemas jurídicos la importancia relativa que le será asignada a la cantidad y a la calidad de la información disponible, dependerá en forma importante de los estándares de prueba que en ellos hayan sido estipulados¹⁵. La definición de los estándares de prueba juega, así, un papel muy importante al momento de atribuir credibilidad a las piezas de información. Un estándar de prueba exigente incidirá en que las precauciones que se adopten para efectos de *dar por buena* cierta pieza de información, serán mucho mayores que las que resultan aplicables en procesos en los cuales el estándar de prueba sea más bajo¹⁶. En este escenario, las variables a considerar para la definición de la calidad epistémica no serán las mismas para las distintas familias de procesos judiciales¹⁷.

¹³ Cfr. PARDO, Michael - ALLEN, Ronald, *Juridical Proof and the Best Explanation*, en *Law and Philosophy* 27 (2008), p. 223

¹⁴ Utilizamos el término historia de manera bastante neutral. Con dicha palabra queremos aludir a una explicación construida por las partes o por los jueces, en cuanto a que a cierta persona podría atribuirse la realización de determinada conducta que podría calzar con la condición de aplicación de una norma jurídica. No se deben extraer conclusiones en cuanto al mayor o menor contenido de ficcionalidad que sería admisible para esta construcción lingüística.

¹⁵ Los estándares de prueba son diferentes según sea el asunto que esté siendo juzgado. Como se sabe, en el ámbito de los asuntos penales el estándar de prueba que suele exigirse es el del “más allá de toda duda razonable” que constituye una opción del legislador, en cuanto a que es preferible errar absolviendo a un culpable y no condenando a un inocente.

¹⁶ En una línea similar de pensamiento, aunque en un contexto distinto, BRONCANO, Fernando, *Epistemología social y consenso en la ciencia*, en *Revista Hispanoamericana de Filosofía* 31 (agosto de 1999) 92, p. 11, sostiene: “La mayor calidad epistémica está profundamente relacionada con [la] utilidad potencial de nuestro conocimiento. Los controles de calidad son, en cierto modo, garantías que nos damos a nosotros mismos para que en los momentos adecuados nuestro conocimiento sea útil”.

¹⁷ Incluso dentro de un mismo proceso podrán operar diferentes criterios para

Siguiendo la línea de pensamiento esbozada, es fácil advertir que los datos que llegarán a ser producidos en una audiencia de prueba —y que servirán a los jueces para levantar una historia de condena o de absolución en un caso concreto—, por regla general, se verán afectados por problemas que pueden dificultar su utilización como fundamento de decisiones relativas a la imposición de penas a los acusados. Así, la prueba disponible puede llegar a ser escasa, irrelevante, contradictoria, divergente, poco creíble, de escasa confiabilidad o incluso, de dudosa legitimidad. El escenario señalado impone sobre los jueces la tarea de filtrar la información que en definitiva será utilizada y, en el caso que dicho test sea superado, de atribuir un determinado valor probatorio a la masa de datos que ha logrado permanecer en pie.

En cuanto al impacto de la escasez de datos, por ejemplo, debe señalarse que generalmente obligará a los jueces a operar bajo el influjo de la inercia; en otras palabras, los jueces actuarán como si nada hubiese sucedido pues el material disponible no les permite hacer las inferencias necesarias para dar por probados aquellos hechos por los cuales está siendo acusado un sujeto¹⁸. Podría decirse que en un caso así habría lagunas de información que imposibilitan dar por probada la realización de la conducta tipificada o bien la participación en ella del acusado. Una situación equivalente es la que puede llegar a producirse respecto de las consecuencias que podrían extraerse a partir de piezas de información irrelevantes¹⁹. La información irrelevante no contribuye ni a dar mayor fuerza, ni a debilitar las representaciones de la realidad que están siendo debatidas en el juicio²⁰, por

atribuir credibilidad. Así, por ejemplo, en el antiguo procedimiento penal se aceptaba en el art. 146 inciso 2° que el dominio de las especies sustraídas ilegítimamente se podía probar mediante declaraciones juradas, lo que, obviamente, habría sido un medio extremadamente precario para comprobar la comisión de un delito o la participación del acusado. Actualmente, ello se regula en el artículo 189 del *Código Procesal Penal* que otorga flexibilidad en cuanto a medios de prueba a utilizar.

¹⁸ Por cierto, esto tiene que ver con una decisión del legislador acerca de cómo distribuir entre las partes los posibles errores en los que se pudiere incurrir, básicamente a través de la determinación de un estándar de prueba y la instauración de la carga de la prueba sobre una de ellas.

¹⁹ La información a la que se le reconoce fuerza probatoria escasa, aun cuando podría resultar relevante, no es suficiente para llegar a servir como fundamento de una historia o de un fragmento de la historia. El problema que le afecta tiene que ver con que su existencia si bien es cierto podría ser señal de que lo afirmado ocurrió, dejaría abierto otros posibles cursos de acción. En el caso que no sea complementada con otra información convergente o corroborativa podrá ser dejada de lado.

²⁰ Así, en la regla 401 de las *Federal Rules of Evidence* se señala: “*Relevant evidence*’ means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence”

cuanto existiría una escasa conexión entre el enunciado que pretende ser demostrado y el dato disponible²¹. La prueba irrelevante no permite construir inferencias que interesen al asunto que está siendo debatido y, por tanto, no es infrecuente que para evitar la pérdida de tiempo que significa su producción y análisis, los tribunales puedan ordenar que sea excluida de la audiencia de prueba. Si la (aparente) prueba ya fue rendida, los jueces deberán hacer caso omiso de ella, por cuanto sencillamente resultará inútil para la construcción de una sentencia fundada²².

En los juicios se cuenta, además, con mecanismos para qué piezas de información epistémicamente valiosas, pero que han sido obtenidas de manera ilegítima, sean excluidas del proceso de toma de decisión y, consecuentemente, de la construcción del discurso justificante. Esto ocurre, por ejemplo, cuando en la fase de producción de cierta información se han violado derechos fundamentales del acusado. En términos técnicos, estos datos no superarían el juicio de admisibilidad que debe ser realizado, lo que, generalmente, traerá consigo, por ejemplo, que testigos o peritos no puedan siquiera declarar, o bien que ciertos documentos no puedan ser exhibidos en la audiencia de prueba respectiva²³.

Los problemas asociados a la prueba contradictoria, divergente, poco creíble o de escasa confiabilidad entran ya de lleno en lo que es el juicio acerca de la calidad epistémica. Este análisis será realizado sobre los datos disponibles que hayan sido considerados como admisibles y como relevantes. Se trata de una evaluación que parte de la sospecha de que aquello que ha sido declarado por testigos podría no resultar apto como para servir de fundamento de la historia que deberá ser construida por los jueces. No basta, entonces, que algo haya sido dicho (y que sea relevante y admisible) para que pueda ser utilizado exitosamente en la sentencia de un caso. Parafraseando a Popper, el basamento último de la historia no sería propiamente el relato de los testigos, sino que tendrá que ver con

²¹ En estricto rigor, una pieza de información que resulte irrelevante para el caso en el que está siendo presentada, no es una prueba propiamente tal.

²² Por cierto, la calificación de relevancia admite diversos grados, yendo desde lo absolutamente relevante hasta lo irrelevante, y pasando, por varios niveles intermedios como sería el caso de bastante relevante, medianamente relevante, escasamente relevante, etc. En los juicios, la declaración de irrelevancia por parte de los tribunales de justicia, generalmente, absorberá consigo también a la prueba que en realidad resulta poco relevante. Cfr. WILSON, Deirdre - SPERBER, Dan, *Truthfulness and Relevance*, en *Mind* 111 (julio 2002), pp. 602-605.

²³ LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006), p. 117 ss., ha realizado un interesante análisis acerca de cómo ciertas reglas de admisibilidad resultan opuestas a las finalidades propiamente epistémicas asociadas a la dimensión probatoria de los juicios.

factores que determinan los méritos epistémicos atribuidos a aquello que ha sido dicho.

La determinación de qué es lo que hace que una determinada declaración cuente o no con méritos suficientes para soportar una historia no constituye un asunto exento de polémica, enfatizándose en algunos de ellos su carácter constitutivo de la realidad y, en otros, su carácter descriptivo. El asunto es ampliamente discutido en el ámbito de la filosofía a propósito de la búsqueda de lo que constituiría el fundamento último del conocimiento humano²⁴. En el ámbito del derecho, por cierto, aquello no constituye una problemática sobre la que no se discuta: una de las manifestaciones en que claramente se ve expresado es en las discusiones acerca de la prevalencia de la verdad formal o de la verdad material²⁵. De acuerdo a la primera de dichas concepciones, la representación que se lleve a cabo en un juicio, adquirirá cierta independencia del juicio de realidad que se lleve a cabo en otros contextos²⁶; en cambio, conforme a la segunda los criterios de representación de la realidad en un proceso no serían propios del mundo jurídico, sino que dependerían de cómo puede llegar a apprehenderse lo que efectivamente sucede en el mundo, éste ampliamente considerado²⁷.

De manera consistente con lo recién expresado, podría sostenerse que las creencias que pudieren construirse en el seno de un auditorio privilegiado —en cuanto a la calidad epistémica que sería esperable alcanzaren las pruebas disponibles en un caso concreto— implican, a lo menos, dos perspectivas: la primera, supone que el proceso constituye un mecanismo que posibilita el conocimiento de una realidad externa, esto es, que permitiría identificar a quien *en realidad* ha cometido un delito y lo que efectivamente ocurrió en el contexto de la comisión de ese delito. La segunda, en cambio, espera que el procedimiento utilizado posibilite la construcción de un discurso

²⁴ Un panorama general de la discusión puede verse en GOLDMAN, Alvin, *Knowledge in a Social World* (Oxford - New York, Oxford University Press, 1999), pp. 3-40. Respecto de las diferencias entre distintas teorías acerca de la relación entre el conocimiento que producimos y la realidad, véase: HAACK, Susan, *Evidencia e investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología* (Madrid, Editorial Tecnos, 1997), pp. 30 ss.

²⁵ Véase, a modo de ejemplo: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2ª edición, Valladolid, Editorial Trotta, 1997), p. 45.

²⁶ Para CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil* (Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955), p. 21, por ejemplo, la verdad formal sería una verdad convencional, esto es, “(el producto de) la fijación o determinación de los hechos (sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica), que pueden coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos.”

²⁷ FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2002), p. 69, por ejemplo, habla de verdad material como “verdad *tout court*, sin más calificativo”.

internamente coherente que permita justificar decisiones, sin apelar necesariamente a referentes propios de una realidad externa. Para la primera postura la actividad probatoria y motivación de las sentencias tendría un valor eminentemente instrumental (para fines de descubrir lo que sucedió); para la segunda, en cambio, aquéllas tendrían un valor intrínseco (por el sólo hecho de seguir las reglas se puede disponer de una historia que legitima la aplicación de una pena). Por supuesto, la conformación de estos auditorios relevantes resulta un asunto que podría ser discutible: en lo que sigue pondremos la atención en cómo se resuelven estos temas en la comunidad de los jueces y de los abogados.

III. METODOLOGÍA

La presente investigación utilizó una metodología de estudio de casos²⁸ que permite generar un acercamiento a los criterios a los que recurren los jueces para efectos de evaluar la calidad epistémica que merece atribuirse a las declaraciones de testigos. Esto implicó realizar entrevistas individuales a jueces, fiscales y defensores. Todos ellos, a la época de realización del estudio, cumplían funciones en el sistema de enjuiciamiento penal chileno²⁹.

1. *Participantes.*

La muestra incluyó a ocho personas, tres de las cuales eran jueces de tribunal de juicio oral, dos se desempeñaban como fiscales del Ministerio Público, dos eran defensores públicos y uno abogado particular que se desempeñaba, indistintamente, como querellante o defensor en casos penales³⁰. Todos los participantes ejercían sus funciones en la Región Metropolitana.

Las edades de los participantes, al momento de ser entrevistados, fluctuaban entre 29 y 45 años (cuatro de ellos, estaban situados en el tramo que va entre los 41 y los 45 años). No se advirtió una gran concentración en las instituciones en las cuales los entrevistados habían realizado sus estudios de Derecho (había una distribución en seis diferentes facultades de Ciencias Jurídicas). Cuatro de las universidades en las que, a lo menos,

²⁸ Véase, por ejemplo: YIN, R. K., *Case Study Research: Design and Methods* (3ª edición, Thousand Oaks, Ca, Sage, 2003).

²⁹ Para más explicación sobre la metodología de entrevistas, véase: MELLA, Orlando, *Metodología cualitativa en Ciencias sociales y educación: orientaciones teórico-metodológicas y técnicas de investigación* (Santiago, Editorial Primus, 2003).

³⁰ En lo que sigue, el abogado particular es identificado como uno de los defensores,

un participante realizó sus estudios superiores, se encuentran ubicadas en la Región Metropolitana; y dos, fuera de ella. Tres de ellas son instituciones privadas (una pertenece al Consejo de Rectores) y tres, son públicas. Tres de los entrevistados habían obtenido, además, un post grado (uno en Chile y dos en el extranjero). El tiempo transcurrido desde su titulación como abogados hasta el momento de la realización de la entrevista fluctuó entre 5 y 15 años. Sólo en un caso, la entrevistada era mujer, desempeñándose como defensora pública.

En el caso de los jueces, todos ellos se desempeñaban en tribunales de juicio oral desde el año 2005 y habían tenido experiencia previa en el ejercicio de funciones jurisdiccionales. En el caso de los fiscales, ambos eran fiscales adjuntos jefes y, previamente, se habían desempeñado como fiscales adjuntos.

Se privilegió contar con actores del proceso penal reconocidos por sus pares como buenos jueces o como buenos abogados. Tal decisión obedeció a la convicción de que resultaba especialmente interesante llegar a conocer la manera en que ciertas personas –a quienes se les reconocía que cumplían bien con las tareas que les eran encomendadas–, reflexionaban sobre sus propias prácticas. De esta manera, sus opiniones podrían representar una buena combinación entre lo deseable y lo posible.

Para la selección de los participantes, se realizó una consulta por vía e-mail a más de 15 personas (académicos, jueces, fiscales, defensores y, en general, abogados que tenían un profundo conocimiento o activa participación en juicios penales)³¹. Ellos sugirieron libremente a las personas que consideraban como especialmente competentes en la realización de sus funciones, siendo seleccionados quienes obtuvieron la más alta votación.

2. *Instrumentos*³².

Se elaboró un protocolo para la realización de entrevistas semi estructuradas, el cual fue sometido a evaluación previa con una defensora penal pública, lo que permitió modificar sus debilidades oportunamente³³. Los principales temas que se abordaron en las entrevistas fueron: Expectativas sobre la función desempeñada por los jueces, dificultades específicas en la prueba disponible en ciertos delitos, motivación de las sentencias y auditorio al cual va dirigida, criterios para la atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos y peritos, como también, dificultades e in-

³¹ Fueron contactados por el primero de los autores mencionados en esta investigación.

³² Los instrumentos aplicados fueron diferenciados, por una parte, para los jueces y, por la otra, para fiscales, defensores y abogado particular. Véase el anexo.

³³ Agradecemos la colaboración prestada por esta abogada.

certidumbre en el ejercicio de la tarea de atribución de méritos epistémicos a la prueba disponible³⁴.

En un segundo momento se presentó un caso, el cual los participantes debían analizar respondiendo a un conjunto de preguntas preestablecidas. El caso fue construido a partir de un juicio real realizado en Inglaterra y que planteó –entre otras cosas– un problema complejo de atribución de calidad epistémica en la declaración de uno de los testigos. El enfrentamiento a un caso hipotético, facilitó tener más claridad respecto de las prácticas sobre las cuales ya se había reflexionado en las entrevistas semi estructuradas, así como otras que no habían sido explicitadas.

3. *Procedimientos.*

Los participantes fueron contactados por el primer autor e invitados a participar por vía telefónica y correo electrónico. Una vez que se les informaron los objetivos generales de la investigación y las condiciones de confidencialidad de su participación, todos accedieron a ser entrevistados³⁵. Las entrevistas, que duraron entre 60 y 90 minutos, se realizaron durante el mes de junio del año 2008 por el segundo autor. En todos los casos, menos uno, se llevaron a cabo en las oficinas de los entrevistados.

Luego de que se les explicó la naturaleza del estudio y las consecuencias de su participación, los participantes firmaron un documento de consentimiento informado³⁶. En este documento se explican sus derechos y las responsabilidades de los investigadores, entre las cuales destaca mantener la confidencialidad³⁷ que exigen las normas éticas que rigen la investigación con personas³⁸. En vista de ello, al atribuir las citas textuales solo se

³⁴ Para este artículo solo se analizan aquellas opiniones expresadas en las entrevistas que apuntaban al tema que se aborda en este artículo.

³⁵ Sin embargo, en un caso en que había igualdad de puntaje entre dos candidatos, se optó por quien contestó primero la invitación.

³⁶ En el acta de consentimiento se señalaba: “[...] Los datos que proporcione podrán ser utilizados [...], velándose que en su uso no sea identificable la persona que haya expresado una determinada opinión. Para cautelar la privacidad de su identidad, la entrevista será realizada por el psicólogo Mauricio Pino Yancovic quien las grabará y las transcribirá. En el documento resultante que se entregará al investigador responsable, se borrará el nombre y todo vestigio que pudiera ser indicativo de la identidad del entrevistado. Asimismo, en los artículos a publicar se omitirán los nombres de los participantes indicándose únicamente su función genérica dentro del proceso penal (juez, fiscal, defensor, abogado litigante, profesor universitario). Su participación es voluntaria y puede retirarse en cualquier momento de la entrevista [...]”

³⁷ La confidencialidad de quien está siendo entrevistado favorece una alta sinceridad del entrevistado, pues sabe que no será apremiado por el hecho de plantear una opinión que pudiera ser polémica al interior de la comunidad a la que pertenece.

³⁸ Véanse: LIRA, Elizabeth. *Notas sobre ética, investigación social y derechos huma-*

podrá hacer referencia al cargo por el cual fue invitado a participar en la investigación.

4. *Análisis de los datos.*

Cada entrevista fue grabada y luego transcrita para realizar un análisis de contenido basado en los principios de la “Grounded Theory”³⁹. La transcripción fue segmentada por párrafos que resultaran relevantes dados los objetivos de la investigación y cada segmento se constituyó en la unidad de análisis⁴⁰. El procedimiento utilizado fue el siguiente: se leyeron todas las transcripciones, se identificaron los segmentos y luego se establecieron reglas y códigos de clasificación. Esto permitió etiquetar las unidades de análisis con el fin de reducir la cantidad de información para su posterior articulación en patrones⁴¹. A continuación, se instalaron categorías provisionales (conformadas por un conjunto de códigos) que fueron aplicadas sobre el material recabado en todas las entrevistas. Posteriormente fueron

nos, en LIRA, Elizabeth (editora), *Bioética en investigación en Ciencias sociales* (Santiago, Conicyt, 2008), p. 35-45 [vista el 2 de agosto de 2009 en http://www.fondecyt.cl/578/articles-31344_libro_3.pdf].

³⁹ La “Grounded Theory” surge como un método sistemático para recolectar y producir conceptos, categorías y hasta teorías, a partir de datos cualitativos en el campo de las ciencias sociales. Fue elaborada por dos Sociólogos Barney Glaser y Anselm Strauss quienes en 1967 publicaron el método de la “Grounded Theory” o “teoría fundada. En esta investigación no hemos seguido exhaustivamente cada uno de los pasos propuestos por los autores, por cuanto su elevada sofisticación excede a las pretensiones de este artículo; más bien utilizamos sus propuestas metodológicas, en cuanto a utilizar los datos como fuente de información primaria para la construcción de categorías a base de un proceso inductivo y, posteriormente, deductivo. La “Grounded Theory” se puede definir como “un método para construir teorías, conceptos, hipótesis y proposiciones partiendo directamente de los datos y no de supuestos a priori, de otras investigaciones o de marcos teóricos”, según: INIGUEZ, Lupicinio - MUÑOZ, Juan, *Introducción a la Grounded Theory*, en *Análisis cualitativo de textos: curso avanzado teórico/práctico* (Santiago de Chile, s.e., 2004), p. 1. véase también: GLASER, Barney - STRAUSS, Anselm, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research* (Chicago, Aldine, 1967).

⁴⁰ Para más detalle sobre unidad de análisis, véase: PORTA, Luis - SILVA, Miriam, *La investigación cualitativa: El análisis de contenido en la investigación educativa*, en *Investigación para una mejor educación* (Mar del Plata, Grade, 2003).

⁴¹ CÁCERES, Pablo, *Análisis Cualitativo de Contenido: Una Alternativa Metodológica Alcanzable*, en *Revista Psicoperspectivas 2* (Valparaíso, Escuela de Psicología, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2003), p. 56, define este tipo de análisis como “una aproximación empírica, de análisis metodológicamente controlado de textos al interior de sus contextos de comunicación, siguiendo reglas analíticas de contenido y modelos paso a paso, sin cuantificación de por medio”.

refinadas, a partir de la revisión de la literatura, hasta tomar la forma en de las temáticas que son presentadas en este artículo.

Este análisis de contenido de las entrevistas permite detectar las prácticas que los jueces reportan realizar habitualmente para determinar la calidad epistémica a las declaraciones de testigos, y las creencias en que se sustentan tales prácticas. En tal sentido, las conclusiones a las que se puede llegar no apuntan tanto a lo que los jueces efectivamente hacen, sino a lo que ellos entienden que llevan a cabo.

En el caso de fiscales, defensores y abogado particular, se seleccionaron los fragmentos que revelaban creencias acerca de cuáles serían los factores claves para atribuir o no calidad epistémica a lo que es declarado por los testigos. Su opinión resultaba relevante por cuanto estas creencias guían la toma de una serie de decisiones en cuanto a qué testigos serán presentados, como también el tipo de preguntas que les serán formuladas. Los fragmentos o citas tomadas de las entrevistas han sido, en la medida de lo posible, transcritos literalmente para ilustrar las interpretaciones producto del análisis⁴².

IV. RESULTADOS

1. Clase de conocimientos que pretenden construirse a partir de las declaraciones de los testigos

Acorde a lo que ya ha sido planteado en el marco teórico de esta investigación—, no bastaría con que cierta información haya sido producida válidamente en una audiencia de prueba, ni que aquella sea relevante para el caso concreto, para efectos de que pueda ser utilizada de manera justificada como fundamento de una sentencia. La información disponible deberá ser de una calidad tal como para llegar a provocar creencias justificadas en el receptor del mensaje, lo que dependerá de que los datos generados superen el análisis de calidad epistémica a cargo de los jueces. Las inferencias (extraídas de las piezas de información que permanezcan en pie) podrán, en principio, ser *ancladas* en la realidad y, a partir de ello, el discurso o texto que sea generado podrá llegar a calificarse como justificado. En este sentido, uno de los jueces entrevistados señala que a un testigo cuya declaración pareciera estar siendo hecha de manera poco prolija, le llamaría la atención, más o menos, en la forma que sigue:

“[...] usted está aquí (en el tribunal) porque es una carga pública

⁴² En algunas ocasiones se ha editado el texto modificando palabras muy coloquiales o eliminando reiteraciones que afectan la comprensión y la fluidez del discurso.

(declarar en juicio). Usted tiene que decirnos la verdad, [...] ¡haga un esfuerzo de memoria de recordar los hechos y díganos aquello que realmente recuerda, y si no lo recuerda, díganos que no lo recuerda! (Juez 1)⁴³.

El juez habla de la verdad y, aparentemente, lo hace en una versión “fuerte” de verdad, esto es, como correspondencia con la realidad. Sin embargo, este enfoque no es compartido por todos ya que, aparentemente, para otro juez el anclaje en la realidad puede no obedecer estrictamente a una correspondencia acerca de cómo ha sido el mundo. El anclaje esperado sería, más bien, sobre mundos posibles, lo que llevaría a que el valor de la actividad probatoria pierda gran parte de lo que se señaló como su valor instrumental, esto es, como mecanismo para descubrir qué es lo que ocurrió independientemente de lo que haya sido el ritual del proceso. El siguiente diálogo se produjo con uno de los jueces entrevistados, al momento de ser enfrentado al caso respecto del cual se le solicitaba que se pronunciara, ya sea por la condena o por la absolución de la acusada:

E: ¿Le cree a Edith cuando explica su intervención en la noche en que murió Percy?

J: No es mi problema.

E: No es su problema, pero ¿le cree independiente de si es o no es su problema? [...]

J: Es que no tengo que creerle o no, o sea, o es consistente con la prueba o es inconsistente. La versión que ella da es razonable; ¡puede haber pasado así! No te voy a decir ¡está mintiendo! [...] (Juez 3).

Las implicaciones asociadas a las concepciones de la verdad que se encuentran implícitas en los fragmentos recién reproducidos, podrían resultar –en principio– de bastante relevancia. Dependiendo de la concepción de verdad que sea asumida podrían respaldarse diferentes historias que serán incorporadas en las sentencias⁴⁴, lo que impactaría de lleno en lo que serían las funciones de adjudicación a cargo de los jueces, como también, en las funciones asociadas al sistema jurídico en su conjunto, como motivador

⁴³ Esto es percibido de manera similar por un sector de los abogados que interactúan con los jueces. Así, uno de los fiscales señala que para convencer a los jueces se precisa demostrar que la historia es verdadera y esto se logra cuando tiene “correspondencia con la realidad, correspondencia con lo que pasó” (Fiscal 1).

⁴⁴ Habría una competición entre narraciones probables y narraciones con sentido para cierto auditorio. Por supuesto, que hay muchas situaciones en que son coincidentes; sin embargo, podrá, en ciertos casos, producirse un divorcio entre ambas.

de conductas⁴⁵. Sin embargo, la dimensión práctica que podría asociarse a la concepción de verdad sostenida, tal vez, sería algo más débil de lo que, en principio, podría pensarse; ello en vista de que no contamos con mecanismos de producción de conocimientos que nos aseguren la correspondencia de nuestros discursos con la realidad. Así, sería posible especular que en auditorios que compartan las virtudes necesarias para un diálogo racional, los procedimientos epistémicos utilizados por quienes persiguen aprehender la realidad no varían de manera radical con aquéllos utilizados por quienes entienden que, a fin de cuentas, lo único que podemos llegar a representar son mundos posibles⁴⁶. De hecho, ante la misma pregunta acerca de si le creen a Edith, los restantes jueces señalan:

“Sí, le puedo [creer], es que, bueno, la intermediación, el contexto, tendría que haber estado en el juicio. Pero con lo que hay, le creo” (Juez 1).

“Sí le creo, le creo porque... no hay ninguna prueba suficiente que me permita a mí razonar de una manera distinta frente a un eventual concierto entre ellos para cometer este supuesto delito; en segundo lugar es una versión coherente con la también declaración del imputado [...]; también le creo porque nunca niega conocer a Freddy [...]" (Juez 2).

2. Implicaciones dependientes de la posibilidad de percibir, recordar y comunicar fielmente un evento por parte de los testigos.

Se observó que los jueces recurren a un conjunto de factores cognitivos que modulan la fuerza del relato de un testigo⁴⁷. Muy resumidamente se consideran las siguientes limitaciones de las capacidades que tenemos las personas para procesar y comunicar información:

a) Problemas de percepción. Esta categoría de problemas refiere

⁴⁵ En comunidades en que el conocimiento está razonablemente distribuido entre sus distintos miembros, tal circunstancia podrían matizar la toma de posición ante esta disyuntiva, por parte de los jueces que enfrentan casos concretos.

⁴⁶ Hay abundantes escritos que tratan del tema. Sólo como, como ejemplo, véanse: BRUNER, Jerome, *Realidad mental y mundos posibles* (6ª reimpresión, Barcelona, Gedisa, 2001; traducción de LÓPEZ, Beatriz, a *Actual Minds* (Harvard University Press, 1986); TARUFFO, Michele, *Narrativas judiciales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 20 (julio 2007) 1; TWINING, William, *Some Scepticism about some Skepticisms*, en EL MISMO, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Evanston, Illinois, Northwestern University Press, 1994), pp. 92-152.

⁴⁷ Para estructurar lo que viene inmediatamente a continuación seguimos fundamentalmente a: KAPLAN, J, *Decision Theory And the Factfinding Process*, en *Stanford Law Review* 20 (1968), p. 1.088.

a que sería dudoso que el testigo haya podido percibir aquello que dijo que vio, escuchó, tocó, gustó u olfateó. Los reparos que podrían hacerse tendrían que ver con los límites que afectan a los órganos sensoriales del sujeto como con las condiciones ambientales que habrían rodeado al acto de percepción. Así, por ejemplo, uno de los jueces indica:

“Siempre, existe la posibilidad de que el testigo se haya confundido, que las condiciones de visibilidad o del medio ambiente no hayan sido las apropiadas, y el testigo, pueda estar declarando algo que realmente no es lo que percibió” (Juez 1).

No se advierten, en cambio, referencias de los jueces en cuanto a que podría haber problemas, por ejemplo, asociados a la influencia que ejercen las expectativas observacionales en los testigos. Como se sabe, las expectativas de que algo llegará a ser observado puede condicionar la interpretación del agente acerca de qué fue lo que efectivamente percibió⁴⁸.

b) Problemas de recuperación del recuerdo⁴⁹. Se puede objetar una declaración en consideración a que una enorme cantidad de los episodios que hemos vivido, son eliminados de nuestra memoria. A eso debe añadirse que cierta información recibida con posterioridad al episodio que intentamos recuperar, puede llegar a alterar nuestros recuerdos iniciales. Un juez se aproxima a esto al comentar:

“[...] porque tampoco le creo mucho a ese testigo que lo sabe todo, porque me huele a demasiado preparación, te fijas, a ese testigo que tiene respuesta para todo” (Juez 1).

c) Problemas de objetividad o sinceridad del testigo. Este, sin duda, sería el problema que en sede judicial se reconocería que afecta, en mayor medida, la fuerza de las declaraciones testificales. Si, por ejemplo, existe un interés en que cierta parte resulte vencedora en el litigio, es probable que testigos pueden narrar historias como ciertas, aun cuando ellos sepan que se están alejando de la realidad, cuestión que se refleja

⁴⁸ La literatura al respecto es abundante. HANSON, Norwood Russel, *Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia* (Madrid, Alianza, 1977), p. 99, acuño el término de carga teórica de la observación para aludir a este fenómeno. Véase también: BRUNER, Jerome - POSTMAN, Leo, *On the Perception of Incongruity: A Paradigm*, en *Journal of Personality* 18 (1949), pp. 206-223.

⁴⁹ Uno de los estudios más completos que se han realizados acerca de los problemas que afectan la fiabilidad de las declaraciones de testigos es el de LOFTUS, Elizabeth, *Eye-witness Testimony* (Cambridge, Harvard University Press, 1979).

especialmente cuando un testigo realiza una declaración que presenta contradicciones:

“Cuando un testigo se contradice constantemente hay dos posibilidades: una que esté mintiendo y la otra es que esté distraído, o sea, displicente, o sea, en esos casos en las preguntas aclaratorias yo siempre les pregunto y les recuerdo que están bajo juramento” (Juez 1).

c) Otros problemas no considerados. Es útil tener en cuenta la omisión de los entrevistados respecto de dos familias de problemas que suelen ser entendidos como relevantes para efectos de atribución de fuerza probatoria a las declaraciones de testigos. Nos referimos a los problemas en la construcción y de comprensión del discurso testifical. Por cierto, el silencio no puede ser interpretado como señal de que se trataría de factores irrelevantes para la atribución de calidad epistémica, sino a lo más, que al no ser nombrados en las entrevistas, no constituirían factores que podrían considerarse como claves para los efectos señalados.

En cuanto a los problemas en la construcción del discurso, es importante precisar que la manera en que nosotros narremos nuestras experiencias, puede no resultar apta para comunicar aquello que sería lo más relevante de un episodio, desde la perspectiva del auditorio al cual nos dirigimos. Ello, puede ser la resultante de una mala identificación del significado atribuible a ciertas conductas por parte del emisor, del deficiente dominio del agente de las reglas del lenguaje, o incluso, de problemas que afectan al lenguaje mismo, como lo es su ambigüedad y vaguedad.

En lo que respecta a las dificultades en la comprensión del discurso formulado por el testigo, se debe tener presente que un deficiente procesamiento de la información, por parte del receptor del mensaje, incidirá en la escasa calidad epistémica de la declaración realizada (el receptor entiende que en la audiencia de prueba se dijo algo que en realidad no fue dicho). En estricto rigor, el problema aquí aludido refiere a que –ya sea por una interpretación desafortunada o por una errónea recepción del mensaje– la prueba que fue rendida no calza con los enunciados que los jueces señalan como la prueba disponible.

Es sabido que la detección de las distintas clases de problemas señalados no constituye una tarea sencilla, ya que parte importante de ellos permanece a nivel de la subjetividad del testigo y su detección sólo es posible a través de vestigios indirectos. La regla general es que para advertir que cierta pieza de información es deficiente epistémicamente, tenemos que llevar a cabo un análisis del significado del mensaje y contrastarlo con nuestro *background* genérico de conocimientos, o bien, con saberes específicos respecto de lo

que sería esperable del sujeto que ha provisto la información. Así, también, la observación del comportamiento del emisor mientras está declarando podría otorgarnos señales útiles para la atribución de credibilidad.

3. Evaluación de la calidad epistémica de la declaración de los testigos, a partir del contenido de la declaración.

Según se ha dicho, la información producida por los testigos puede tener méritos epistémicos variables y su utilización como fundamento de la decisión dependerá de la clase de conocimientos que se espera sirvan de base a la sentencia. A continuación, nos abocaremos la descripción de ciertas prácticas declaradas por los jueces para efectos de reconocer calidad epistémica a un testimonio, tomando en consideración el significado atribuible al discurso pronunciado.

Asumiendo que el significado del mensaje será sometido a escrutinio judicial, es interesante advertir que el punto de partida de los jueces pareciera ser una disposición inicial a reconocer los méritos epistémicos de aquello que ha sido declarado por los testigos, siempre que éstos sean capaces de justificar lo que dicen. Un juez indica que para atribuir credibilidad a un testigo considera clave que haya dado razón de sus dichos, no se contradiga, y no tenga un móvil para perjudicar a alguien, agregando lo siguiente:

“¿Por qué una persona va a ir a un juicio oral?, ¿Por qué una persona se va a tomar [...] la licencia de perder tiempo de imputarle a alguien un delito, un juicio oral, de tener que pasar todo un día en un juicio oral, esperando a declarar, someterse al examen directo de un fiscal, de un defensor, para ir a mentir? Eso es presumir la mala fe, yo tengo que presumir la buena fe” (Juez 1).

Otro juez indica:

“Para mí todos los testigos entran al juicio oral con el mismo grado de credibilidad teórica frente a lo que van a declarar, salvo que posteriormente se demuestre o se presente prueba que acredite que no son creíbles por tal o cual razón, pero en un primer término todos los testigos entran en igualdad de condiciones al juicio, antes de que declaren. Una vez que declaren, yo asumo la posición o le doy mayor valor a la declaración de uno u otro en atención –como te decía– a las razones que ellos tengan para justificar lo que declaran en el juicio; finalmente, que den razón de sus dichos, como habla la ley” (Juez 2).

Cuando se habla de que hay una disposición a conceder méritos epis-

témicos, *prima facie*, a todo discurso en el que se den razones de lo que se dice, podríamos entender que se está haciendo referencia a testigos respecto de los cuales resulta posible concebir, al menos, que han observado lo que dicen haber percibido, que no ha habido obstáculos para recordar el episodio que han referido, que no se adviertan razones para no haber sido sinceros, que utilicen un lenguaje comprensible para los jueces y que no se adviertan razones para dudar de las competencias del emisor para hacer las inferencias que hubiere expresado.

Es importante tener en consideración que las declaraciones de los testigos en las cuales estamos volcando nuestra atención, son formuladas en audiencias de prueba que presentan un elevado nivel de ritualidad⁵⁰. En las audiencias de prueba en las que aquéllas se efectúan, están presentes los jueces que dictarán la sentencia, las partes involucradas junto a sus abogados y, según el impacto del caso, la prensa o público, en general. La aproximación de las partes al proceso de construcción de información en el curso de las audiencias dista mucho de la asepsia que, por ejemplo, podría esperarse de parte de quienes están intentando validar una teoría científica o, en menor medida, de parte de quienes pretenden construir un diagnóstico médico. En los procesos judiciales se asume que los abogados de las partes están comprometidos con una aproximación sesgada de la realidad y, acorde a esa visión parcializada, intentan que ciertas piezas de información que les favorecen sean las que se impongan como fundamento del discurso fáctico de los jueces en la sentencia. Aquello se refleja, por ejemplo, en el esfuerzo desplegado a través de la selección de testigos afines a su punto de vista, como también, en la formulación de preguntas tendenciosas que se espera conduzcan a que las historias narradas por testigos sean aquéllas que posibiliten —en la mayor medida de lo posible— la aceptación de sus pretensiones⁵¹.

Como contrapeso a los sesgos de la información que pudiere irse produciendo, los testigos deberán prestar juramento de decir la verdad; lo mismo que a las partes se les concede el derecho a contrainterrogar a las personas

⁵⁰ La simbología que está presente en las declaraciones de testigos y de peritos puede, incluso, ser parangonable a la que resulta propia de una representación teatral. Cfr. BRUNER, Jerome, *La fábrica de historias* (1ª ed. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2002), pp. 62 ss.; BERGER, Peter - LUCKMAN, Thomas. *La construcción social de la realidad* (26ª reimpresión. Buenos Aires - Madrid, Amorrortu, 2006), p. 41.

⁵¹ Véase: COLOMA, Rodrigo. *Vamos a contar mentiras, tramará..., o de límites a los dichos de abogados*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 19 (diciembre de 2006) 2, pp. 41-50 [también disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/revder/v19n2/art02.pdf>].

que la rival haya presentado como fuente de información. Una vez que se ha producido la información, los jueces tienen un plazo generalmente breve para pronunciarse a favor o en contra de la historia del Ministerio Público o del querellante que permitiría justificar la aplicación de una pena en contra del acusado, no siendo admisible que ante la incertidumbre el problema permanezca abierto.

Considerando el contexto señalado, se pudieron identificar, básicamente, dos escenarios en que resultaría posible atribuir o negar calidad epistémica en cuanto al contenido del discurso, y que tienen que ver con un análisis a nivel de coherencia y de la plausibilidad de lo que ha sido declarado.

a) El análisis de la coherencia. En términos sencillos, se reconocerán, *prima facie*, méritos epistémicos a aquellas declaraciones que sean calificadas como coherentes y, al contrario, se negará *prima facie* calidad epistémica a declaraciones en las cuales se incurra en contradicciones⁵². El análisis de coherencia es un análisis de compatibilidad, esto es, acerca de si resultan simultáneamente posibles dos o más hechos de los que darían cuenta los testigos. De esta manera, si dos enunciados son incoherentes a lo menos uno de ellos sería falso:

“A mí un testigo no me puede decir que el vehículo iba a cincuenta kilómetros por hora y dos minutos después decirme que iba a ochenta kilómetros por hora, o sea, o va a cincuenta o va a ochenta” (Juez 1).

“Creo que lo importante es tratar de determinar en cuanto a su calidad, si por ejemplo si esta declaración es coherente a través del tiempo, si es uniforme, no es contraria a la lógica” (Juez 2).

Las posibilidades de incoherencia pueden darse a distintos niveles. Así, podrá haber incoherencia entre las distintas partes de una misma declaración o entre dos o más medios de prueba que han sido generados en el mismo juicio. En relación a la consistencia de la declaración con otros medios de prueba, un juez lo ejemplifica a través del caso de un delito sexual, donde se deben corroborar lo dicho por una niña con pruebas médicas para que sus declaraciones adquieran valor:

“Se trata en el fondo de darle peso a los dichos de la niña, corroborar que está diciendo la verdad [...] Por ejemplo, ella dice ‘él se desnudo

⁵² Hemos tenido la precaución de indicar que la atribución de calidad epistémica es *prima facie*, por razones que parecen evidentes, esto es, que en un discurso coherente una o más de sus partes podrá ser falsa y, a la vez, el sólo análisis que revele incoherencia no nos permite identificar cuál de los datos propuestos sería falso.

delante mío y tiene un lunar con forma de estrella debajo del pecho’, y resulta que el Instituto Médico Legal dice que lo tiene” (Juez 3).

La coherencia de un testigo también se podría evaluar a partir de una contrastación con declaraciones extrajudiciales, rendidas, por ejemplo, ante la policía:

“(A)nte la policía dijo que estaba parado en la calle y vio pasar un auto blanco, entonces yo pienso, bueno, ahora dice rojo y antes dijo blanco, entonces, eso le hace perder un poco el valor al testigo” (Juez 3).

Según puede ser observado de los fragmentos recién reproducidos, no se aludió directamente—de parte de los jueces— a mecanismos para la evaluación de la calidad epistémica que impliquen un análisis de coherencia sobre conjuntos de información, compuestos por declaraciones de distintos testigos u otras pruebas disponibles. Sí, en cambio, pareció ser un factor a considerar al momento de resolver el caso que les fue planteado⁵³.

b) El análisis de la plausibilidad de que lo que ha sido dicho haya efectivamente ocurrido. El filtro de la coherencia de los discursos sirve para eliminar cierta clase de datos. Sin embargo, dentro del significado de coherencia no hemos considerado las tensiones que podrían producirse entre la declaración de un testigo y el “background” de conocimientos reconocido como válido para extraer inferencias en el seno de una determinada cultura⁵⁴. Esta forma de análisis sería de plausibilidad y posibilita el fortalecimiento o debilitamiento de las declaraciones de los

⁵³ A modo de ejemplo, revítese la afirmación del juez 3 ya reproducida más arriba, quien enfrentado a la disyuntiva de si creer o no lo que ha dicho Edith, señala “o es consistente con la prueba o es inconsistente”, con lo que deja entrever la relevancia de la prueba, como un todo. Por cierto, el análisis de la masa de evidencia constituye un mecanismo muy útil para la evaluación de la calidad epistémica y que estaba normativamente establecido en el antiguo código de procedimiento penal chileno. En el antiguo código de procedimiento penal —que progresivamente ha dejado de aplicarse desde el año 2000—, se consideraba un sistema de valoración de la prueba altamente reglado. Una de sus normas, el artículo 459 (487, indicaba lo siguiente: “*La declaración de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, podrá ser estimada por los tribunales como demostración suficiente de que ha existido el hecho, siempre que dicha declaración se haya prestado bajo juramento, que el hecho haya podido caer directamente bajo la acción de los sentidos del testigo que declara y que éste dé razón suficiente, expresando por qué y de qué manera sabe lo que ha aseverado*”.

⁵⁴ En el inciso 1º del artículo 297 del *Código Procesal Penal* chileno se indica: “*Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados*”.

testigos a la luz de sus méritos epistémicos. Uno de los jueces, a propósito de los límites a la atribución de credibilidad señala como ejemplo:

“Era imposible que hubiese estado en el lugar de los hechos, a la hora, en el lugar, en la condiciones en que ocurrieron los hechos y, sin embargo, él dice que lo vio [...] Tú percibes que en el fondo es un testigo falso.” [...]. Ese testigo que tiene respuesta para todo, generalmente, está preparado para mentir y eso uno lo ve” (Juez 1).

El análisis de plausibilidad admite gradación. En ese sentido, habrá fragmentos de discursos que son eliminados no por la imposibilidad de que algo haya sucedido, sino más bien por la escasa probabilidad, o irracionalidad de que una persona a la que refiera la declaración hubiere actuado como se dijo que actuó. Ahora bien, en ocasiones el criterio de la plausibilidad puede ser aplicado de manera bastante elástica, sobre todo si se le combina con un estándar de prueba en el que para derrotar una explicación basta sembrar dudas razonables. Esto conduce a privar de méritos epistémicos a piezas de información que podrían perfectamente haber servido para la construcción de conocimiento en otros contextos:

“Hace un tiempo atrás, me acuerdo un caso de una chica que acusó de abuso sexual a un guardia en el parque [...] y la fiscalía solamente llevó (como prueba) los dichos de la niña. La niña habría sido objeto del delito a las doce del día y lo denunció a las ocho de la noche. El hecho fue un beso con lengua y un manoseo superficial con ropa. La defensa llevó un perito, que demostraba que el imputado [...] no tenía ningún tipo de psicopatía y no tenía ningún problema de sexualidad, que tenía pareja, que tenía hijos y, por lo tanto, me creó la duda razonable. Yo tengo que partir de la base que una persona no va a estar arriesgando su libertad, su familia por un beso con lengua y un manoseo superficial [...]. La niña pudo haber fantaseado, o pudo haber mal interpretado el hecho⁵⁵ (Juez 1).

“Me tocó [el caso] de una niñita chiquitita [...] que acusaba a un sujeto. Había una duda razonable porque el tipo lo que decía era que le había puesto una mantita encima, porque la niña tenía frío y la niña decía que cuando le puso la mantita le pasó a llevarle, le tocó la vagina.

⁵⁵ En este caso, también podría haber existido un reparo ético del juez en cuanto a la falta de proporcionalidad de la pena que habría correspondido. Señala él: “¡Además, condenar a una persona a tres años y un día, por un beso con lengua y un manoseo superficial! [...]. ¡No, prefiero absolver!”

Entonces, nosotros pensamos que había una duda razonable en el sentido de que el tipo al ponerle la manta pudo haberle de alguna manera pasado a llevar la vagina, sin ningún ánimo lascivo” (Juez 3).

La evaluación de plausibilidad es tomada, también, en consideración por los abogados para la toma de decisiones.

Un fiscal grafica este punto señalando cómo se comportan normalmente las personas frente a un crimen que haya sido cometido a un integrante de la familia: de ellos, se esperaría una reacción rápida, de lo contrario pierde credibilidad. Esta situación la ejemplifica presentando el caso de una madre que tarda muchos meses en denunciar un abuso sexual de su pareja contra uno de sus hijos.

“la madre que quiere a su hijo, y que su hijo es lo más importante, y descubre que su pareja está abusando sexualmente de él, lo normal, lo lógico, como ocurren normalmente las cosas, es que lo denuncien inmediatamente, por lo tanto, si no hizo eso, es probable que esa historia no sea lo más creíble” [explica que el ejemplo es válido en la medida que no existan razones que justifiquen esta demora, como una amenaza u otro] (Fiscal 2).

La plausibilidad es uno de los factores claves que consideran tanto fiscales como defensores para estructurar sus historias al momento de presentarlas durante una audiencia, pues brindaría mayor fuerza probatoria a las declaraciones de los testigos. Se busca que los testimonios sigan un patrón lógico y se vinculen al sentido común “de cómo debiesen ocurrir los hechos”, situación que se espera generar antes de presentar cualquier prueba.

“Yo creo que la manera de persuadir a un juez de que acepte una versión de hechos es, primero, encontrando una versión de hechos que sea lo más cercana posible a las valoraciones que el juez tiene acerca de la forma en que funciona el mundo. Es decir, creo que lo primero que uno tiene que hacer es tratar de aproximarse a la experiencia personal del juez de manera que la versión de hechos que uno le presente sea considerada por el juez como plausible, que sea una forma que el juez entienda que es una forma en la que normalmente ocurren los hechos en el mundo que él habita [...]” (Defensor 2).

“Tiene que ser una historia razonable y plausible, en la medida que los tribunales han incorporado, muy fuerte, esto de las limitaciones al

razonamiento judicial, esto que no pueden ir más allá de la regla de la lógica de los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia, y por lo tanto, los jueces quieren escuchar historias que le sean fáciles de aprehender a priori, sin prueba, o sea, que la sola estructura de la historia la haga razonable” (Defensor 3).

Esta situación también se vincula con circunstancias que son demasiado estresantes como para que pudieran haber sido observadas con detalle⁵⁶. Aquello podría resultar creíble si se demostrasen ciertas características profesionales o personales de quien declara:

“Probablemente si entra un tipo disparando con una ametralladora uno se tiraría al suelo, con suerte [se le puede ver] las zapatillas y el pantalón. Entonces, si aparece una persona que te lo empieza a describir con lujo de detalles, lo más probable es que tú digas esto está bien porque permite describirlo enteramente. Pero no es un testimonio lógico, no es coherente frente a la situación que enfrentó, salvo que de nuevo te demuestre que el sujeto es una excepción a la regla, si es ‘Rambo’, el tipo puede haber visto todo lo que está señalando” (Defensor 3).

4. Evaluación de la prueba a partir de la actitud del testigo.

La atribución de méritos epistémicos de una declaración de testigos podría no estar asociada al significado de lo que haya sido dicho, sino que podría ser la resultante de ciertas inferencias realizadas a partir de factores tales como la conducta previa del emisor o la manera en que se presenta su declaración. Lo que aquí se lleva a cabo es fundamentalmente un juicio acerca de ciertas características del emisor del mensaje, las cuales impactarían en la atribución de credibilidad de lo que se dice y, consecuentemente, en los méritos epistémicos a aquello que ha sido declarado. Esta forma de evaluación podría operar en distintos niveles. El primero que plantearemos tiene que ver con ciertas actitudes concretas del individuo en la audiencia de prueba que lleva a los jueces a realizar ciertas inferencias acerca de la credibilidad del individuo. El segundo, en cambio, se ve influido por la pertenencia del testigo a cierta categoría de personas respecto de las cuales parece esperable que ciertos comportamientos se presenten con mayor frecuencia.

a) El lenguaje no verbal del testigo. Uno de los jueces entrevistados refiriéndose a cierta clase de testigos respondió a la pregunta acerca

⁵⁶ Cfr. LOFTUS, Elizabeth, *Eyewitness Testimony* (Cambridge, Harvard University Press, 1979), p. 33.

de cómo detectaba que ellos no estaban diciendo la verdad aludiendo a: “Las facciones que ponen, la forma como contestan, la forma como se expresan”⁵⁷. Con ello se estaría atribuyendo importancia al lenguaje no verbal para la atribución de credibilidad y, consecuentemente, se privaría a las declaraciones de méritos epistémicos.

Al respecto Paul Watzlawick⁵⁸ sugiere que la comunicación trasciende el proceso de transmisión de información (emisor, mensaje y receptor⁵⁹) y, en sí mismo, se constituye en un generador de significados para interpretar el mundo, lo que hace que el contexto donde se producen los actos del habla cobren particular relevancia. De ello se desprenden varios axiomas de la comunicación: el primero describe la imposibilidad de no comunicar, ya que todo comportamiento comunica independiente de sus intenciones. Uno de los abogados menciona como indicador de que un testigo no está diciendo la verdad, su actitud mientras declara:

“A veces, nosotros tratamos de mirarlos directamente y lo que hacen es mirar al fiscal, ¡te fijas! O nosotros, a veces, nos paramos y ellos lo que hacen es evadir la vista y mirar al tribunal” (Defensor 1).

Otro axioma señala que toda comunicación contiene un nivel de contenido y un nivel analógico. El nivel de contenido –que también se denomina “digital”– se relaciona con el significado de las palabras que han sido transmitidas. El nivel analógico incluye, en cambio, las expresiones fuera de la comunicación verbal, es decir, la postura, los gestos, los movimientos, la expresión facial, la cualidad de la voz (tono, timbre, volumen, ritmo, articulación, etc.) y las expresiones corporales (ritmo respiratorio, coloración de la piel, temperatura del cuerpo, etc.). La comunicación digital puede estar sujeta –según hemos visto–, al filtro lógico de la no contradicción o a la aplicación de un escrutinio de carácter semántico, mientras que el nivel analógico puede alterar esas reglas. El nivel analógico de la comunicación, en el ámbito del proceso penal, ha recibido recientemente un importante espaldarazo como indicador de credibilidad e indirectamente de calidad epistémica; ello como consecuencia de la instauración de la intermediación⁶⁰

⁵⁷ Esto fue señalado por el Juez 1.

⁵⁸ Véase: WATZLAWICK, Paul - BAVELAS, Janet - JACKSON, Don, *Teoría de la comunicación humana: interacciones patológicas y paradojas* (Barcelona, Heider, 2002).

⁵⁹ Para BERLO, David, *El proceso de la comunicación* (México, El Ateneo, 1996), la comunicación implica tres elementos: Emisor/Mensaje/Receptor. Su intención es elaborar un modelo que haga de la comunicación un proceso efectivo, es decir, que el Receptor reciba correctamente el mensaje que envía el Receptor.

⁶⁰ Resulta indudable que la eliminación de la mediación de los actuarios en la

que posibilita la observación directa del juez sobre el testigo. Por cierto, utilizar lo analógico como criterio relevante para la atribución de calidad epistémica, pareciera resultar riesgoso. Si consideramos las características propias de un juicio, las cuales son potencialmente estresantes para quienes participan en ellas y no están acostumbrados (como sí lo están las partes y el tribunal) aumenta la probabilidad de que las conductas de testigos, imputados y víctimas dependan de su acervo cultural y de sus habilidades personales para manejar la situación, y no tanto de su “sinceridad”. Una persona muy sincera puede tartamudear por su nerviosismo, así como una persona poco sincera puede mostrarse muy segura y confiable. La equivocidad que puede producir la interpretación de gestos y otras conductas que se dan a nivel analógico es advertida por algunos de los jueces:

“¿A cuál prueba le creo más? ¿A qué testigo le creo más? Esa es una cuestión meramente, podríamos decir, de intermediación, vuelven de nuevo, los mismos factores que te dije, quién se mantuvo en sus dichos, quién no titubeó, quién fue empático, quién no sudó. Comparo uno con otro [...], uno con otro” (Juez 1).

El mismo juez precisa que las sospechas sobre los comportamientos no siempre implican una creencia de intencionalidad de engañar por parte de quienes declaran, sino que también pueden vincularse a otros factores:

“O no lo quiere decir, porque está amenazado, tiene miedo, entonces uno le dice: -A ver, mire usted está acá por esta razón, usted tiene que

recepción de la prueba ha significado un enorme avance para la racionalidad del proceso penal, pues su presencia implicaba agregar un eslabón innecesario entre la información que sirve de base a la decisión y la conclusión a la que se llegaba. De esta manera, el juez se encuentra en una posición privilegiada que lo lleva a no tener que justificar la base empírica de la historia que ha dado por probada (por ejemplo, el testigo dijo: “al departamento de la víctima ingresaron tres sujetos con el rostro cubierto”, como también, el testigo sudaba y tartamudeaba cada vez que se le preguntaba sobre la desaparición del dinero). Ahora bien, para llegar a ciertas conclusiones a partir de lo observado tendrá que dar razones para ello (por ejemplo, “el testigo no es creíble”, por cuanto se puso nervioso y “es altamente probable que quienes se pongan nerviosos cuando son preguntados acerca de un hecho que puede traerle consecuencias desagradables, presumiblemente mentirán en sus respuestas”), lo que implica que la intermediación no exonera a los jueces del deber de justificar sus inferencias bajo la excusa de que observó directamente al testigo. Cfr. IGARTUA, Juan *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1995), p. 185.

contribuir con la acción de la justicia, mírenos a nosotros, no mire al imputado, no mire al público, mírenos a nosotros”

Otro de los jueces reconoce que la convicción o los gestos del testigo pueden influir en la atribución de credibilidad, pero que ambos constituirían insumos muy problemáticos:

“No puedo dejar de reconocer que en por lo menos, en una oportunidad, fue fuerte para mí el hecho de que la convicción del testigo fuera tan grande que me hizo dudar de mi convicción anterior; de que yo tenía que ser lo más objetivo posible y no dejarme llevar por lo que el testigo proyectara porque podía ser un artista” (Juez 3).

Agrega él mismo otra experiencia:

“Entonces, desde ese día, yo aprendí que lo que me entraba por los sentidos podría ser equívoco, me entiendes, entonces le quito el valor [...] Entonces si yo me enfrento a un testigo [...] y como te dije, emocionalmente le creo, y yo digo esta señora, efectivamente, me está diciendo lo que dijo, yo me acuerdo siempre del bizco [El bizco era un imputado que un momento le pareció que mentía porque se cubría el ojo. Sólo una vez que hubo dictado la sentencia tuvo conocimiento de que era bizco]” (Juez 3).

Tales dudas son confirmadas por uno de los defensores:

“Yo me convenzo que un testigo está mintiendo cuando su versión de los hechos no tiene ninguna relación o no logra ser explicada o es inconsistente con los demás hechos cuya existencia yo conozco indubitadamente. No tengo la impresión que uno pueda descubrir intuitivamente, viendo la manera en cómo lo cuenta de que esté mintiendo o no esté mintiendo. Creo que hay elementos, pero no es la manera en la que yo me convenzo que está mintiendo” (Defensor 2).

Para algunos miembros de la comunidad de los jueces la evaluación realizada exclusivamente a este nivel sería bastante desaconsejable. La interpretación podría resultar bastante ambigua, sobre todo, para quienes no cuentan con conocimientos altamente especializados. Así, uno de los jueces señala:

“Yo trato de abstraerme de eso [observaciones sobre el compor-

tamiento] porque creo que, desde el punto de vista argumentativo, resultan ser poco fiables y uno puede llegar a caer en falacias [...]. Los jueces no somos psicólogos, tampoco tenemos una bola de cristal y la percepción que tú puedas tener es muy distinta a la mía [...]. Creo que son argumentos poco científicos por así decirlo, yo no los utilizo en las deliberaciones [...]. Me niego a que me persuadan con esos argumentos, no los tomo en cuenta... no los tomo en cuenta” (Juez 2).

A pesar de que sólo uno de los tres jueces señala que este tipo de observaciones puede llegar a ser relevante para efectos de atribución de calidad epistémica a aquello que es expresado, fiscales y defensores piensan que sí influye de manera importante en el proceso mediante el cual los jueces llegan a construir las historias en las sentencias. Preguntado por factores que incidirían en la credibilidad que atribuyen los jueces a las pruebas presentadas, un fiscal indica que sería relevante de parte del testigo “un compromiso no solo intelectual, sino que emocional con los relatos”; por su parte, un defensor aconseja estimular, durante el juicio, todos los sentidos del receptor del mensaje. Esto lo ejemplifican:

“La mujer del difunto que es fría como un pescado y hay un seguro por cien millones de pesos de por medio, [ella] pesa distinto que en otro escenario, [en] que [hay] una mujer muy comprometida emocionalmente con la causa” (Fiscal 1)

“Uno siempre lo dice en las clases de litigación, tú no presentas información de manera aséptica, el juicio no es una clínica, en el juicio uno tiene que generar convicción y una herramienta para generar convicción es persuadir y cuándo uno quiere persuadir, lo que te dicen todos los textos, es que tú tienes que utilizar todos tus sentidos. Y tienes que tratar de provocar también todos los sentidos del que escucha y por lo tanto apelar a las emociones del tribunal es una herramienta que también es válida [...]. Hay que tener en consideración cuestiones como la vestimenta de tu testigo, de tu imputado, de tu víctima, la forma en que hablen, a veces cuando tú vas a [...] un tribunal feminista, con mujeres y tú tienes un imputado acusado de algún delito sexual, aunque tú estés convencido de que es inocente, si el tipo derrocha feromonas y su manera de expresarse es despectiva hacia las mujeres, probablemente, la mejor decisión estratégica es que no declare” (Defensor 3).

b) Estereotipos y prejuicios. El valor epistémico de las declaraciones de los testigos también se ve influido por la calificación de éstos dentro

de ciertas categorías a las cuales se asocian ciertas formas recurrentes de comportamientos. Esta situación se relaciona con lo que en psicología social se denominan estereotipos sociales, los que operan a partir de categorías que las personas realizan para organizar e interpretar la realidad. Se pueden conformar a través de diversos procesos, experiencia personal, procesos de socialización, aprendizaje institucional, etc. Según los autores más clásicos, los estereotipos sociales permiten procesar rápidamente la información⁶¹. Así, por ejemplo, si uno ya tiene conocimiento sobre las personas que se visten de terno y corbata, a las cuales se atribuye la posesión de un bagaje cultural más elevado que la media, no existe entonces la necesidad de pensar en cómo comportarse frente a estas personas, ya que inmediatamente se tenderá a utilizar un lenguaje formal que sea consecuente al estereotipo conformado de quienes utilizan esta vestimenta⁶².

Los estereotipos, por cierto, son susceptibles de rigidizarse transformándose en la base de prejuicios, cuya utilización puede conducir a la toma de decisiones de alto impacto sin que se cuente con suficiente control racional. Retomando el ejemplo anterior, si estoy convencido que las personas de terno y corbata tienen un alto acervo cultural y veo a una persona vestida de este modo comportándose vulgarmente, posiblemente justifique dicho comportamiento o veré a esa persona como una excepción a mi forma de pensamiento. Esta situación lleva a que tendamos a comportarnos acorde a nuestros prejuicios lo cual generalmente provoca que el otro reaccione frente a estas categorías, o que nosotros interpretemos sus reacciones bajo estas categorías, lo que nuevamente lleva a confirmar nuestros prejuicios, cuestión que ha sido denominada como la *profecía* autocumplida⁶³.

En relación a este punto, Garrath Williams⁶⁴ analiza el proceso de asignación de responsabilidades y de culpabilización en función de los procesos atribucionales descritos por la psicología social. Al respecto, llama la atención de que se puede caer en una demonización de quienes

⁶¹ Sobre la utilidad que pueden prestar ciertas creencias sobre grupos humanos correctamente construidas, véase: SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes* (Cambridge & London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003).

⁶² IBÁÑEZ, Tomás - BOTELLA, Mercè - DOMÈNECH, Miquel - FELIÚ, Joel - MARTÍNEZ, Luz - PALLI, Cristina - PUJAL, Margot - TIRADO, Francisco, *Introducción a la Psicología social* (Barcelona, UOC, 2003).

⁶³ Esta noción ha sido ampliamente estudiada y desarrollada en la psicología social, al respecto revisar CLEMENTE, Miguel, *Psicología social aplicada* (Madrid, Ediciones Pirámide, 1996); TORREGROSA, José Ramón (coordinador), *Psicología social aplicada* (Madrid, McGraw-Hill, 1996).

⁶⁴ WILLIAMS, Garrath, *Blame and Responsibility*, en *Ethical Theory and Moral Practice* 6 (Países Bajos, Kluwer Academic Publishers, 2003), pp. 427-445

se encuentran sometidos a un juicio. La autora destaca el peso que tiene en los procesos judiciales la atribución disposicional (es decir, atribuir los comportamientos de un individuo a sus características personales), por sobre las situacionales (atribuir el comportamiento al contexto), lo que en estos casos, alimentado por los prejuicios, puede llevar a una desvalorización de los argumentos que escuchamos en una audiencia y a un sesgo importante para interpretar la información que está en debate. En este sentido, un juez hace referencia a los testigos de muy alta o baja condición socioeconómica, vinculando este factor a la calidad epistémica, en tanto que se puede entender que con frecuencia la información entregada por ellos se hace de manera irreflexiva, sin seriedad, lo que redundará en que la información sea potencialmente equívoca:

“En general la gente de bajo nivel social, tiene, es como engreída, te fijas, como arrogante y a mí me molesta eso, entonces yo les hago ver, primero, que está en un tribunal, que no está en la población, que no está en la calle, que está en un tribunal y que tiene que comportarse como tal y segundo que se está juzgando a una persona y que su declaración es relevante, de lo contrario ¿para qué está ahí? Ya, y ahora, también me ha pasado que gente de nivel socioeconómico alto también sea displicente, porque, claro, son como los extremos, piensan que por ser personas con mucho poder tienen algún tipo de licencia como para, muchas veces, no decir cien por ciento la verdad” (Juez 1)⁶⁵.

En relación al comportamiento extrajudicial de un testigo, un defensor comenta que los prejuicios sociales pueden restar credibilidad a un testigo. En tal sentido pueden ser utilizados estratégicamente para disminuir la fuerza probatoria de una declaración.

“[...] No tiene trabajo, es ebrio, drogadicto, es prostituta. [...]. Como son la expresión de un prejuicio, que va a ser aceptado –entonces, en la medida que el tribunal comparta tu prejuicio– a mí me parece que son posibles de plantear como elementos de credibilidad del testimonio (Defensor 3).

A ello añade la importancia de tener conocimiento de las creencias personales de los jueces:

⁶⁵ Probablemente se advierte un caso de bajo compromiso con la institucionalidad de parte del testigo: “El sistema me ha excluido, no me beneficia, por tanto yo no me tomo en serio este ritual de construcción de un posible mundo que ocurre en los juicios”.

“un abogado no puede ir a un juicio sin saber cuál es el tribunal que enfrenta y eso significa que tú tienes que saber cómo y quiénes son esos jueces, cuáles son sus creencias, más que políticas, yo te diría religiosas son las que normalmente [...] o su formación valórica, esas sí influyen sustantivamente”.

5. Certezas en las atribuciones que resultan de la evaluación según los criterios reportados y el valor de la colaboración.

A pesar de la fragilidad epistémica que afectaría a las declaraciones de testigos, se observa entre los jueces, en términos generales, un elevado nivel de satisfacción de las decisiones por ellos adoptadas. Así, ante la pregunta acerca de si ellos habían tenido el deseo de cambiar una decisión con posterioridad a que dictaron un fallo, se obtuvieron las siguientes respuestas:

“No [...] Una sola vez, sí, ahora me acuerdo [...] fue mi primer juicio oral y que tengo que reconocer que me dejé llevar también por el parecer de los otros dos jueces y recalificamos un delito [...] y yo me quedé siempre con la duda [...] Después la Corte me dio la razón porque lo anularon” (Juez 1).

“No, no, nunca [...] Claro si yo sintiera arrepentimiento significaría necesariamente que yo no hice este proceso racional de la mejor manera, o de la manera que yo creo... por lo tanto... no, no me ha pasado [...] Si yo dicto una sentencia determinada y esa sentencia, finalmente, un tribunal superior la anula, por ejemplo, en ningún caso me siento arrepentido de la decisión” (Juez 2).

“Sí, no fue un fallo, fue un auto de procesamiento por abuso sexual que dicté cuando estaba [...] recién empezando. Quizás, me dejé llevar por la emoción, entonces, al tipo lo procesé y quedó preso. Quizás no debí haberlo procesado” (Juez 3).

Es interesante observar el distinto peso que se asigna al trabajo colaborativo, propio de participar en un tribunal integrado por tres personas. Dos de los jueces valoran de manera muy positiva el diálogo que se produce entre ellos para efectos de consolidar o modificar sus puntos de vista respecto de lo que ha sido observado en un juicio. Para ellos, un buen debate constituye un mecanismo adecuado para la toma de mejores decisiones.

“La riqueza de un tribunal colegiado es [...] que cada uno de nosotros, a partir de argumentos y, a partir de un proceso racional argumentativo, podamos... en un primer lugar discutir nuestras versiones y, en segundo lugar, si estamos convencidos de que existen buenos

argumentos, persuadir a los otros para los efectos de alcanzar la mejor decisión o la respuesta correcta frente al caso [...]. En muchos casos yo he cambiado mi opinión inicial que tenía frente a buenos argumentos de mis colegas” (Juez 2).

Frente a la pregunta de sí: “Está dispuesto a cambiar su decisión a partir del razonamiento de sus colegas”, otro de los jueces contestó afirmativamente agregando: “Ellos pueden hacer notar algún hecho que yo, por alguna circunstancia no percibí en el juicio, algún detalle en la declaración, qué sé yo, o aclarar algo que entendí mal” (Juez 3).

El restante juez, en cambio, no atribuye relevancia a la discusión entre pares, en términos de que ésta pudiere llevarlo a cambiar su punto de vista inicial. Es posible de que la negativa a dejarse a influenciar por otros, esté fuertemente asociada a que frente al proceso de atribución de calidad epistémica (respecto de las declaraciones de testigos), el mismo juez haya enfatizado el rol clave de la observación de las actitudes del testigo durante la audiencia⁶⁶. Esto podría implicar que la convicción debe ser construida a un nivel muy íntimo del sujeto. Ante la pregunta “¿Nunca se deja influenciar por sus colegas...?”, respondió:

“No, no, no, no, prefiero hacer un voto en contra, prefiero hacer una aprensión, pero mi condición para mí, yo tengo que estar, yo tengo que estar con mi conciencia tranquila, aunque yo esté equivocado, te fijas, pero no me dejo influenciar por mis colegas” (Juez 1).

V. DISCUSIÓN

Los jueces comparten una visión común en cuanto a que es necesario evaluar las declaraciones de testigos a la luz de criterios, tales como, coherencia y plausibilidad, en forma previa a su incorporación como fundamento de las sentencias. El filtro aplicado supone una actitud inicial de credibilidad respecto de lo que digan los testigos, lo que redundaría en una actitud favorable a la atribución de calidad epistémica de la información que aquéllos provean, a menos que se detecten problemas que ameriten ponerla en duda. En algunos casos, además de los criterios indicados, se admite que la observación directa sobre el testigo podría ser útil para efectos

⁶⁶ Es posible también, que la interpretación del juez a la pregunta de si estaba dispuesto a cambiar la decisión, se haya focalizado en problemas de validez normativa o de atribución de significado a los textos. Esto, en todo caso, no resta mucha fuerza al análisis realizado, por cuanto la falta de distinción, ya es señal de que en cuestiones de hechos, habría poco que discutir.

de decidir los méritos epistémicos de lo que haya sido dicho. Se advierte, eso sí, que aquello podría provocar algunos errores, pues las conclusiones a las cuales se podría arribar en tal escenario, difícilmente admitirán un nivel de justificación que haga posible desentenderse de lo que sería calificado como meramente intuitivo. A pesar de ello, los jueces demuestran un alto grado de confianza en las conclusiones que se forman, a partir del análisis de la información disponible, lo que reflejaría que aquello no constituye un problema que afecte el éxito de la función de adjudicación que les es asignada por el sistema jurídico.

En principio, los criterios relevantes utilizados por los jueces para atribuir o negar calidad epistémica a las declaraciones de testigos, no se apartarían mayormente de aquéllos que tendríamos en cuenta en nuestros asuntos personales e importantes, más concretamente, a los propios de situaciones en las que debemos evaluar una masa de información con la expectativa de llegar a saber cómo fueron o cómo serán las cosas. Así, los jueces se conformarían resolviendo problemas de calidad epistémica que afectan a la prueba que analizan, recurriendo a la “expertise” que sería propia de quienes, a lo largo de su ejercicio profesional, han estado permanentemente expuestos a ese tipo de situaciones y han podido aprender de sus aciertos y de sus errores.

Tal vez, aún más interesante que lo anterior es la constatación de que no habría entre los jueces un núcleo de saberes consolidados y de prácticas compartidas, a las cuales pudiera recurrirse para determinar el estatus de la información candidata a servir de base empírica, en los casos que les corresponda conocer. La falta de este consenso epistémico entre los jueces redundaría, probablemente, en un nivel relativamente alto de imprevisibilidad respecto de lo que finalmente será el fundamento empírico que será utilizado en las sentencias. Esto, por cierto, se traducirá en que factores personales de los jueces (historias de vida, capacidad observacional, conocimientos científicos, etc.) adquieran un alto protagonismo en la forma en que se atribuyan méritos epistémicos a las declaraciones de testigos. En un contexto en que la decisión de dar o no por probadas las historias presentadas por las partes, es asumida por jueces profesionales y no por jurados, ésta constatación puede resultar muy problemática. Ello por cuanto queda al descubierto el riesgo de que las sanciones distribuidas por los jueces, no se apliquen a las personas que efectivamente hayan incurrido en las familias de conductas identificadas en la condición de aplicación de las normas jurídicas, sino sobre aquéllas que los jueces dicen que han cometido ciertas conductas. Ahora bien, como ha sido dicho, la falibilidad del conocimiento humano lleva a que este problema no pueda ser extirpado a cabalidad, sin perjuicio de lo cual pudiera ser, al menos

en parte aminorado, si se instalaren prácticas sofisticadas para analizar el conjunto de pruebas disponibles en los juicios⁶⁷.

Volviendo al tema de los consensos que se producen en la manera de generar conocimientos, debe señalarse que éstos suelen ser relativamente frecuentes entre quienes conforman comunidades disciplinarias, redundando en una homologación de los procedimientos productores de saberes y en una mayor previsibilidad en los resultados que arrojan los mecanismos utilizados para tales fines⁶⁸. Tal vez, las diferencias advertidas entre los distintos jueces no sorprendan demasiado, si se tiene en cuenta que en los procesos formales de aprendizaje a los que son sometidos, tanto ellos como el resto de los abogados, no suelen considerarse materias de estudio asociadas a la producción y a la evaluación de las pruebas, ni sobre la clase de conocimiento que pretende construirse a partir de las declaraciones de los testigos. Ello dista bastante de lo que ocurre en otros espacios compartidos por los mismos jueces y, en general, abogados, como es el caso, de la determinación de la validez de enunciados con pretensiones normativas a los que se le confiere el estatus de fuentes del derecho, como también, en la interpretación de textos y prácticas en que se manifiestan tales enunciados. En estos casos se detecta una alta sintonía en la manera de abordarlos, existiendo, por ejemplo, un consenso más bien elevado en asuntos tales como los efectos asociados a la promulgación o a la derogación de normas, o en el significado que debiere ser atribuido a algunos enunciados del código penal. Por supuesto, hay discusiones perennes, por ejemplo, en aspectos relacionados con la pertenencia de ciertas categorías de normas a los sistemas jurídicos o sobre la forma en que ciertos enunciados imprecisos debieran ser interpretados; sin embargo, los abogados son capaces de realizar una serie de distinciones que redundan en que, a nivel de la comunidad disciplinaria, los discursos pueden llegar a tener

⁶⁷ Las personas incurrimos con frecuencia en errores en nuestras inferencias, los que podrían ser aminorados con el adecuado uso de metodologías que disminuyan nuestros sesgos en la evaluación de la información. Véase: TVERSKI, Amos - KAHNEMAN, Daniel, *Judgment under Uncertainty. Heuristic and Biases*, en KAHNEMAN, Daniel - SLOVIC, Paul - TVERSKI, Amos (editores), *Judgment under Uncertainty. Heuristic and Biases* (reimpresión Cambridge, Cambridge University Press, 1991), pp. 3-20.

⁶⁸ Uno de los autores más relevantes que han abordado esta temática fue Thomas Kuhn. Él puso especial atención en la matriz disciplinaria que comparten las comunidades de científicos, la que incidirían en la instalación entre éstos de modelos para la solución de enigmas que asumen creencias y formas de hacer las cosas similares; ello, hasta que los saberes básicos (agrupados en lo que, en un primer momento, llamé paradigmas) no resulten desafiados o derrotados. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas* (1ª edición, 16ª reimpresión, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1994).

un alto grado de sofisticación, posibilitando así que afirmaciones ingenuas o demasiado simples sean fácilmente erradicadas del núcleo de saberes compartidos. Ello, en cambio, no es fácil de advertir en las discusiones que se refieren a problemas de prueba.

Mientras no haya un cierto nivel de especialización en disciplinas que faciliten la solución de la clase de enigmas que se plantean en los juicios respecto de si algo ha o no sucedido y, a la vez, en ausencia de un consenso discursivo entre los jueces, las expectativas sobre éstos en lo que refiere a la construcción de explicaciones que vinculen (o no) al acusado con un tipo penal, se debieran agotar en la aceptación de las historias incorporadas en las sentencias, por parte de la mayoría de una comunidad que comparte saberes similares. Los saberes especializados, como aquellos que son compartidos por la comunidad científica, entonces, sólo influirían en los jueces en la medida que tengan credenciales suficientes, dentro de la comunidad de no especialistas, como para derrotar al sentido común.

VI. CONCLUSIONES

El presente estudio utiliza una metodología de estudio de casos mediante la cual los participantes no fueron seleccionados al azar, razón por la cual los resultados extraídos de las entrevistas no pueden entenderse como representativos de prácticas asentadas en los tribunales de justicia chilenos. Sin perjuicio de ello, esta investigación ha permitido ilustrar el problema de atribución de calidad epistémica a la declaración de testigos y cómo este puede ser abordado por jueces en el proceso de construir la base empírica de las sentencias penales. El que los jueces participantes en esta investigación sean reconocidos por sus pares como profesionales altamente competentes, así como la evidencia corroborativa que entregan los fiscales y defensores entrevistados, en principio, nos podría llevar a pensar que parte importante de las reflexiones sobre sus prácticas están legitimadas por la cultura jurídica interna.

Se advirtieron importantes discrepancias respecto de lo que sería determinante de la calidad epistémica de la información producida en las audiencias de prueba. Por una parte, se espera que la información disponible posibilite una aproximación confiable a la realidad, como sería propio de una concepción del conocimiento que admite que ésta puede llegar a ser captada por los sentidos y comunicada de manera precisa entre un emisor (testigo) y un receptor (juez); y por la otra —sin necesariamente adoptar un enfoque escéptico o falibilista acerca del conocimiento—, se atribuye a la producción y análisis de la prueba una finalidad más propia de la construcción de una representación del mundo que resulte tolerable

para el contexto práctico en la que ésta se realiza, aun cuando pudiera apartarse de lo que efectivamente habría ocurrido. En el primero de los casos el proceso probatorio podría desempeñar un rol instrumental clave para el descubrimiento de la realidad; en cambio, en el segundo, la función sería más bien necesaria para constituir una visión *posible* del mundo que sea útil para llevar a cabo la tarea de adjudicación de los jueces.

Lo expresado apunta a que entre los jueces no existiría, en principio, un consenso fuerte en sus concepciones acerca del tipo de conocimiento necesario para sustentar las sentencias. Asimismo, difieren en algunos aspectos considerados claves para diferenciar discursos dotados de calidad epistémica y discursos que no alcanzan dicho estatus. Aparentemente, la matriz común de saberes y de prácticas podría ser mucho más distinguible en otros ámbitos de su accionar, como es el caso de la determinación del derecho vigente o de los mecanismos de interpretación de enunciados normativos. De esto podrían extraerse algunas implicaciones teóricas y prácticas, a las cuales calificaremos de meramente exploratorias y que, como tales, ameritarían nuevos estudios específicos que les dotasen de mayor fuerza o bien las mostrasen como erróneas:

a) La carencia de un cuerpo de prácticas comunes en relación a cómo debieran interpretarse los comportamientos y actitudes de los testigos, presenta importantes desafíos para asegurar la igualdad entre las personas acusadas en un juicio. Un análisis profundo en los factores que inciden en los posibles sesgos en los que podrían incurrir los órganos de adjudicación, podría facilitar la instalación de prácticas protectoras en el sistema jurídico, que releguen a un nivel de lo excepcional a las sentencias construidas sobre fundamentos de dudosa calidad epistémica. Así, por ejemplo, en asuntos en que la variable género o creencias religiosas resulte relevante para la interpretación de los discursos de los testigos, debiera cautelarse que exista una diversidad en la composición de los tribunales colegiados.

b) La discrepancia en los saberes de los jueces, —en lo que respecta a la construcción del conocimiento que se lleva a cabo desde las declaraciones de los testigos— debiera llevar a analizar la manera en que están concebidos los programas de formación universitarios y de especialización dirigidos a abogados y a jueces. ¿Son estos aptos para promover discursos y prácticas compartidas entre jueces y abogados que hicieren más predecibles y controlables sus decisiones?

c) La evaluación del impacto que representa la ausencia de consenso epistémico entre los jueces, dependerá en una medida importante de las expectativas respecto del tipo de conocimiento que se espera sea generado en el contexto de un proceso judicial. Si esperamos que la producción y el análisis de la prueba lleve a la generación de conocimientos que se

aproximen a lo que es *la realidad* y, por ende, atribuimos al proceso judicial una función eminentemente instrumental, deberemos velar por una mayor sofisticación de la tarea del juez, lo que en ocasiones lo llevaría a apartarse de lo que sería esperable desde el sentido común. En cambio, si lo que se espera de la fase de prueba de los juicios es lisa y llanamente la producción de conocimiento válido en ese contexto –lo que podría ser perfectamente satisfecho por el análisis llevado a cabo por *buenos lectores* de lo que personas razonablemente instruidas e imparciales concluirían–, podremos quedarnos razonablemente tranquilos con la forma en que *se hacen las cosas* por parte de los buenos jueces.

VII. ANEXO

Entrevista aplicada a jueces⁶⁹

1. ¿Qué cree que espera la ciudadanía de la acción de los jueces?
2. ¿Qué tipo de delitos considera que son los más difíciles de demostrar? ¿Por qué?
3. ¿Cuáles son sus expectativas respecto a la prueba que se proveerá en la audiencia respectiva, para efectos de poder tomar una buena decisión? ¿En qué casos la estrategia de la parte acusadora y de quien defiende lo deja frustrado?
4. ¿Cuáles son los factores más importantes que lo inclinan a tomar una decisión u otra en casos donde no existe claridad respecto a lo que habría sucedido?
 - a) ¿Mientras reflexiona va cambiando las intuiciones iniciales?
 - b) ¿Mientras reflexiona va fortaleciendo su punto de vista?
 - c) ¿Cuál es la influencia que ejerce un buen o mal alegato de clausura?
 - d) ¿Está dispuesto a cambiar su decisión cuando otros de los miembros del tribunal dan buenas razones para ello?
 - f) ¿Siente, a veces, discrepancias entre lo que parece evidente conforme a las reglas de la lógica, conocimientos científicamente afianzados, máximas de la experiencia y lo que constituye su convicción íntima (en caso de ocurrirle cómo la resuelve)?

⁶⁹ La entrevista aplicada a los abogados tiene variaciones que se relacionan con la diferencias en las funciones que realizan.

5. ¿Ha tenido el deseo de cambiar una decisión con posterioridad a que ha dictado un fallo?

6. ¿Existen testigos más creíbles que otros? ¿Cuáles son los factores más importantes para determinar estas diferencias? ¿Por qué?

a) ¿Influye la manera en que el testigo se expresa? ¿Que su lenguaje sea culto o más rústico? ¿la coherencia en el relato? ¿La seguridad de los datos que entrega? ¿lo minucioso en los detalles? ¿Su edad? ¿Sus inseguridades? ¿la rapidez de sus respuestas? ¿Su capacidad para dar respuestas directas o evasión de ciertos temas? ¿La manera en que ha enfrentado las preguntas iniciales con miras a fortalecer o debilitar su credibilidad (si no tiene deber de lealtad especial con una de las partes, si tiene un historial que lo muestra como persona seria, etc.)? ¿Qué pasa si da demasiados detalles? ¿Qué pasa si ante el contrainterrogatorio no da ninguna señal de duda respecto de su versión?

b) ¿Qué le pasa cuando el abogado al contrainterrogar corta la declaración del testigo cuando evidentemente quería dar más contexto?

7. ¿Existen factores que le dan más credibilidad a ciertos peritos? ¿Cuáles son estos factores? ¿Por qué?

a) ¿Qué pasa cuando el perito no es capaz de traducir sus tecnicismos a un lenguaje asequible?

b) ¿A qué tipo de especialistas está más dispuesto a creerle (cuáles disciplinas)?

8. ¿Cuáles son los factores de los que hace depender que la motivación de sentencia sea más extensa o más breve?

9. ¿Cómo aborda el tratamiento de la información contradictoria al momento de construir la sentencia?

10. ¿De qué depende que para una sentencia sean escogidos ciertos fragmentos de la declaración de un testigo o de un perito por sobre otros? ¿Cómo los elige? ¿Prefiere citarlos textuales o dar contexto? ¿En casos difíciles revisa los registros de audio?

11. ¿Cuándo redacta una sentencia, quién le preocupa que la lea? ¿A quién siente que le está escribiendo? ¿Cuáles cree que son las expectativas de su auditorio?

12. ¿Cómo entiende la obligación de que para condenar, su convencimiento de la culpabilidad del acusado deba ser más allá de toda duda razonable?

13. ¿Cuál es el tipo de dudas que tienen la fuerza para impulsarlo a

absolver, no obstante existir buena información en el sentido que sería culpable?

[Recibido el 30 de agosto y aceptado el 30 de octubre de 2009].

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, José Luis - GARRIDO, Alicia - TORREGROSA, José Ramón (coordinadores), *Psicología social aplicada* (Madrid, McGraw-Hill, 1996).
- BERLO, David, *El proceso de la comunicación* (México, El Ateneo, 1996).
- BERGER, Peter - LUCKMAN, Thomas. *La construcción social de la realidad* (26ª reimpresión, Buenos Aires, Madrid, Amorrortu, 2006).
- BRONCANO, Fernando, *Epistemología social y consenso en la ciencia*, en *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía* 31 (agosto de 1999) 92.
- BRUNER, Jerome, *Realidad mental y mundos posibles* (1986, Traducción de López, Beatriz de, Barcelona, Gedisa, 2001).
- BRUNER, Jerome - POSTMAN, Leo, *On the Perception and Incongruity: A Paradigm*, en *Journal of Personality* 18 (1949).
- CÁCERES, Pablo, *Análisis cualitativo de contenido: Una alternativa metodológica alcanzable*, en *Revista Psicoperspectivas* 2 (Escuela de Psicología, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2003).
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*. (Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1955).
- COLOMA, Rodrigo, *Vamos a contar mentiras, tramaré..., o de límites a los dichos de abogados*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 19 (diciembre de 2006) 2.
- CLEMENTE, Miguel, *Psicología social aplicada* (Madrid, Ediciones Pirámide, 1996).
- DAMASKA, Mirjan, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- DRUON, Maurice, *Los reyes malditos* (Barcelona, Javier Vergara Editor, 2003), VI.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2ª edición, Valladolid, Editorial Trotta, 1997).
- FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho* (Madrid, Marcial Pons, 2002).
- GOLDMAN, Alvin, *Knowledge in a Social World* (Oxford - New York, Oxford University Press, 1999).
- HAACK, Susan, *Evidencia e investigación. Hacia la reconstrucción en epistemología* (Madrid, Editorial Tecnos, 1997).
- HANSON, Norwood Russel, *Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia* (Madrid, Alianza, 1977).
- IBÁÑEZ, Tomás - BOTELLA, Mercè - DOMÈNECH, Miquel - FELIÚ, Joel - MARTÍNEZ, Luz - PALLI, Cristina - PUJAL, Margot - TIRADO, Francisco, *Introducción a la Psicología social* (Barcelona, UOC, 2003).
- IGARTUA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1995).
- ÍÑIGUEZ, Lupicinio - MUÑOZ, Juan, *Introducción a la "Grounded Theory". Análisis Cualitativo de textos: curso avanzado teórico/práctico* (Santiago de Chile, s.e., 2004) [<http://antalya.uab.es/liniguez/aula/grounded%20theory.pdf>].

- KAPLAN, J., *Decision Theory and the Factfinding Process*, en *Stanford Law Review* 20 (1968).
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas* (1ª edición, 16ª reimpresión, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1994).
- LAUDAN, Larry. *Truth, Error and Criminal Law* (Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006).
- LIRA, Elizabeth. *Notas sobre ética, investigación social y derechos humanos*, en LIRA, Elizabeth (editora). *Bioética en investigación en Ciencias sociales*. (Santiago, Conicyt, 2008) [http://www.fondecyt.cl/578/articles-31344_libro_3.pdf].
- LOFTUS, Elizabeth, *Eyewitness Testimony* (Cambridge, Harvard University Press, 1979).
- MELLA, Orlando, *Metodología cualitativa en Ciencias sociales y educación: orientaciones teórico-metodológicas y técnicas de investigación* (Santiago de Chile, Primus, 2003).
- NIINILUOTO, Ilkka, *Escepticismo, falibilismo y verosimilitud*, en MARTÍNEZ-FREIRE, Pascual (editor) *Filosofía actual de la Ciencia. Suplemento 3º de Contrastes* (Málaga, 1998).
- POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica* (1ª edición de la reimpresión de 1962, Madrid, Tecnos, 1967).
- PORTA, Luis - SILVA, Miriam, *La investigación cualitativa: El análisis de contenido en la investigación educativa*, en *Investigación para una mejor educación* (Mar del Plata, GRADE, 2003).
- SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities and Stereotypes* (Cambridge & London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003).
- TARUFFO, Michele, *Narrativas judiciales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 20 (julio de 2007) 1.
- TWINING, William, *Some Scepticism about some Scepticisms*, en EL MISMO, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (Evanston, Illinois, Northwestern University Press (1994).
- WATZLAWICK, Paul - BAVELAS, Janet - JACKSON, Don, *Teoría de la comunicación humana: interacciones patologías y paradojas* (Barcelona, Heider, 2002).
- WILSON, Deirdre - SPERBER, Dan, *Truthfulness and Relevance*, en *Mind* 111 (julio de 2002).
- YIN, Robert, *Case Study Research Design: Design and Methods*, en *Applied Social Research Methods Series 5* (Beverly Hills, Sage, 1984).