



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

Trabajo de investigación

LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL PROCESO PENAL PERUANO

Autores:

Neyra Flores, José Antonio

Paúcar Chapa, Marcial

Almanza Altamirano, Frank

LIMA-PERÚ

2020

CONTENIDO

Presentación.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I

La acreditación de la declaración del testigo y sus principales problemas desde la Psicología del Testimonio

José Antonio Neyra Flores

1.1. Prueba testimonial.....	8
1.2. Valoración de la prueba testimonial.....	15
1.2.1. Criterios adoptados por la jurisprudencia nacional.....	19
1.2.2. Principales problemas.....	31
1.3. La Psicología del Testimonio	34
1.3.1. Aspectos generales	35
1.3.2. El aporte de la Psicología del Testimonio para el Derecho probatorio	35
1.3.3. La Psicología del Testimonio y la Memoria	38
1.3.3.1. ¿Qué debemos entender por memoria?	38
1.3.3.2. Clases de memoria.....	40
1.3.3.3. Fases del Proceso de Memorización	44
1.3.4. La Psicología del Testimonio, el contenido del Testimonio y la fiabilidad de este	54
1.3.4.1. Contenido del testimonio	54
1.3.4.2. El testimonio detallado	54
1.3.4.3. Objetivo del testimonio	55
1.3.5. La información engañosa y las sugerencias.....	56
1.3.5.1. Información proporcionada post-suceso.....	56

1.3.5.2. Impacto información post-suceso.....	56
1.3.5.3. Influencia en la declaración del testigo por parte de la autoridad.....	58
1.3.5.4. Las preguntas capciosas.....	59
1.3.5.5. Información engañosa en el recuerdo.....	60
1.3.6. El recuerdo y el olvido.....	61
1.3.6.1. ¿Qué involucra recordar?.....	61
1.3.6.2. Factores relacionados con la recuperación.....	61
1.3.6.3. Factores del testigo relacionados con el recuerdo.....	63
1.3.6.4. Distorsiones sin sugerencias.....	72
1.3.6.5. La modificación del relato modifica a futuro los recuerdos.....	73
1.3.6.6. Los recuerdos recobrados.....	73
1.3.7. La memoria de los niños.....	75
1.3.7.1. Cuestiones generales.....	75
1.3.7.2. Amnesia infantil.....	76
1.3.7.3. Los niños al expresar sus recuerdos a través del dibujo.....	76
1.3.7.4. Las percepciones sobre la honradez del niño.....	77
1.3.7.5. La capacidad del niño.....	78
1.3.7.5. Los niños y la mentira.....	79
1.3.7.6. Los niños y las sugerencias.....	82
1.3.7.7. Duración de las memorias reales e implantadas en los niños.....	84
1.3.7.8. Efectos de los mecanismos de sugestión en los niños.....	85
1.3.7.9. Consejos para las declaraciones de los niños.....	90
1.3.7.10. El Protocolo de Cámara Gesell.....	91
1.3.8. La retractación y la autoinculpación.....	92
1.3.8.1. Motivos de la retractación.....	92

1.3.8.2. La autoinculpación	92
1.3.8.3. ¿Falsa confesión o auténtica retractación?.....	94
1.4. Los criterios de la jurisprudencia desde la perspectiva de la Psicología del Testimonio	101
Recomendaciones	103
Referencias	104

CAPÍTULO II

La valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual desde la perspectiva de género

Marcial Eloy Páucar Chappa

2.1. Los alcances del Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116.....	109
2.1.1. La resistencia de la víctima.....	110
2.1.2. La retractación de la víctima.....	110
2.1.3. La corroboración objetiva de la prueba	112
2.1.4. Evitación de una victimización secundaria.....	113
2.2. La conciliación.....	113
2.3. Las medidas de protección	113
2.4. Las pericias psicológicas y psiquiátricas.....	115
2.5. Testigo de primera revelación	116
2.6. El certificado médico legista	117
2.7. El examen de ADN	118
2.8. La entrevista única de Cámara Gesell.....	119
Bibliografía.....	120

CAPÍTULO III

La valoración de la declaración del colaborador, testigo y coimputado dentro del Proceso Penal

Frank Almanza Altamirano

3.1. La valoración de la prueba en el Nuevo Proceso Penal	121
3.2. Noción de “prueba”.....	122
3.3. Finalidad de la actividad probatoria.....	123
3.4. Valoración de la prueba.....	124
3.4.1. La sana crítica	124
3.4.2. El sistema de la prueba legal o tasada	125
3.4.3. Reglas de la lógica.....	126
3.4.4. Principio de identidad.....	126
3.4.5. Principio de no contradicción	126
3.4.4. Conocimientos científicos.....	126
3.4.5. Máximas de la experiencia	127
3.5. La valoración respecto de la declaración del colaborador (Acuerdo Plenario 2-2017-SPN).....	131
3.6. La valoración de la declaración del colaborador eficaz (Recurso de Nulidad 99-2017- NACIONAL).....	133
3.7. La corroboración del testimonio del colaborador (Casación 292-2019- LAMBAYEQUE – Caso Edwin Oviedo Pichotitto)	134
3.8. Declaración de colaboradores.....	134
3.9. Según la sensopercepción del testigo sobre los hechos.....	136
3.10. Según la posición del testigo en la exposición de la Teoría del Caso.....	136

3.11. Según el testimonio	137
Conclusiones.....	139
Bibliografía.....	141

Presentación

El Centro de Estudios de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres presenta el trabajo de investigación denominado La Prueba Testimonial en el Proceso Penal Peruano, que comprende la valoración de las declaraciones personales sean de la víctima, imputado o testigos en el Proceso Penal, tomando en cuenta la Ley, Doctrina o Jurisprudencia reciente, con la intención que sea un trabajo científico que aporte en su valoración racional conforme al sistema de sana crítica.

Ha sido desarrollado por 3 profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

El profesor José Antonio Neyra Flores desarrolla en el capítulo I La acreditación de la declaración del testigo y sus principales problemas desde la Psicología del Testimonio.

El profesor Marcial Eloy Páucar Chappa lo hace en el capítulo II referido a la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual desde la perspectiva de género.

Finalmente, el profesor Frank Almanza Altamirano desarrolla en el capítulo III La valoración de la declaración del colaborador, testigo y coimputado.

Dr. José Antonio Neyra Flores

CAPÍTULO I

La acreditación de la declaración del testigo y sus principales problemas desde la Psicología del Testimonio

José Antonio Neyra Flores¹

I. Prueba testimonial

Para la acreditación de la comisión de hechos delictivos, cumple una función esencial la información vertida al proceso a través de personas que tuvieron conocimiento de los hechos pasados no solo mediante su percepción directa, sino también a través de lo que otros le cuentan. Estas personas son comúnmente llamadas testigos. Obtienen información de la realidad no solo a través de su visión, sino también por medios de sus demás sentidos. Por ejemplo, piénsese en el caso de un sujeto que huele el hedor de un cuerpo putrefacto abandonado en la orilla de un río, o la sensación que produce en la piel el tacto áspero y calloso de un violador que tiene maniatada y vendada a su víctima.

“También se conoce como prueba testimonial a la declaración de conocimiento efectuada por personas físicas que, sin participar en el hecho relevante penalmente, conocen de la comisión de este, bien directamente [testigos directos] o por referencias [testigos indirectos]” (Gimeno, 2012, pg. 735). Lo cual permite inferir que no pueden declarar como testigos las personas jurídicas, lo que no impide que sus representantes legales puedan apersonarse al proceso penal para transmitir su voluntad e información.

Debe tenerse mucho cuidado al momento de la actuación y valoración de la prueba testimonial, porque es frecuente que los testigos presentados realmente no hayan presenciado los hechos y comparezcan a fin de ayudar a determinada parte procesal a probar su teoría del caso, o sea, tales testigos en realidad fueron aleccionados para declarar en determinado sentido. Cabe concluir pues que una de las pruebas que por su falta de

¹ Doctor en Derecho, Profesor del curso de Derecho Procesal Penal en el Pre y Posgrado de la Universidad San Martín de Porres. Autor de las obras Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I y II, Idemsa, Lima, 2015; y, Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral, Idemsa, Lima, 2010. Juez de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema para Altos Funcionarios.

credibilidad debe ser cuidadosamente valorada es la testimonial, debido a la capacidad del testigo, inteligencia o mejor aleccionamiento que pueda tener, aunque no hayan presenciado los hechos (Barragán, 2009, Pg.504).

Asimismo, Tomás (2005, pg. 289-293) refiere que la forma cómo se obtiene la información por parte de los interrogadores es fundamental, por lo que se plantean algunas recomendaciones en orden a obtener los datos más relevantes para esclarecer las circunstancias que rodean (o propiamente corroboran) al hecho punible:

- a) Precaverse contra la tendencia a formarse prejuicios.
- b) No se puede ser intolerante respecto de la actitud, intereses o problemas del interrogado. Vale decir, la tolerancia está condicionada por la comprensión de las situaciones y los problemas de los demás.
- c) No estar predispuesto (tener inclinación) a favor o en contra de un individuo, grupo o situación determinados.
- d) La paciencia implica que el tiempo no ha de ser un factor imperioso para el interrogador.
- e) Es afortunado el interrogador que siente compasión, la cual emana de la sinceridad, que es la piedra angular para fincar la base de la que depende la obtención de informaciones voluntarias.
- f) El interrogador tiene seguridad propia, la cual surge del crecimiento y sano desarrollo de la personalidad.
- g) Ha de conocerse todos los datos relativos al incidente de relevancia penal, las personas y los objetos involucrados, etc. Dichos datos pueden proporcionar la base para valorar los informes recabados o para el empleo de una técnica que anime al interrogado a ofrecer su cabal cooperación.
- h) Hechos que rodean al incidente, o hechos secundarios que igual son de gran valor: conocimiento de la zona en donde ocurrió el incidente, condiciones climáticas en la fecha del incidente, grado de visibilidad, disturbios que ocurrieron simultáneamente con el incidente, estado emocional, físico y mental de los actores en el incidente, etc.
- i) Utilización de autopreguntas que permitirán determinar si se ha recabado toda la información existente o necesaria, como: ¿se ha efectuado una

búsqueda exhaustiva en procura de pruebas materiales en el lugar de los hechos? ¿se completó la investigación de los antecedentes del sospechoso? ¿se investigaron los movimientos del sospechoso el día del suceso? ¿están fijos, claros e indubitables en la mente del interrogador todos los hechos conocidos y los datos disponibles? ¿demostró compatibilidad entre todos los hechos conocidos y los datos con que se cuenta la reconstrucción de los hechos?

j) Tenerse presente algunas finalidades complementarias del interrogatorio: eliminar sospechosos, determinar los hechos y circunstancias completas del delito, establecer la identidad de los cómplices, localizar escondites, ampliar la información e investigar pistas relativas a otros asuntos que interesen a la policía.

k) Factor tiempo en relación a la extensión o práctica del interrogatorio, y no al transcurrido entre el hecho que lo origina y el interrogatorio entre sí.

En consonancia con lo anterior, se presenta lo que se conoce como el “arte de eludir temas”, el cual versa en que el manejo estratégico del interrogatorio se expresa también en la posibilidad de no ingresar a tratar temas que podrían ser de doble filo, sobre todo si se desprenden de dicha práctica, ante información nueva que ofrece el testigo, mediante ampliaciones o detalles no escuchados, por lo que resultaría que lo ofrecido no estaría calculado. Lo mejor sería ser prudente y no huir escandalosamente de esa situación, porque la contraparte podría sospechar, intuir y decidir ingresar para lograr cosecha en su beneficio. En definitiva, es fundamental desviar la atención del contrario de los temas que no conviene ser tocados (Angulo, 2008, p. 182).

Otro aspecto importante a tocar es lo relacionado a la figura del testigo de referencia o testigo indirecto (art. 166, inc. 2 del CPP), debe señalarse el momento, lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo la información. Además, se insistirá, incluso de oficio, en obtener la declaración de las personas indicadas por el testigo indirecto como fuente de información. En este sentido, si se logra la declaración del testigo-fuente, entonces ya no se requerirá la declaración del testigo indirecto, por irrelevante o

sobreabundante. Por último, se regula una sanción, puesto que en el caso que el testigo de referencia se niegue a proporcionar la identidad del testigo-fuente, entonces su testimonio no podrá ser utilizado. Sin embargo, su aporte en principio no debe ser descartado, pues puede robustecerse al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso. Lo más cuestionable de este tipo de información proveniente de personas que no han de comparecer al debate radica en que impide confrontar directamente al autor de los dichos, alterándose el principio de contradicción y la garantía de inmediación. Pero, al estar ante un sistema de libertad probatoria, los datos que pueda aportar serán meritados en el contexto de pruebas y tendrán el lugar que el juzgador les dé al momento de decidir (Chaia, 2010, p. 538).

En conclusión, el testigo de referencia constituye una prueba muy poco fiable, pero que en ocasiones no existe otro remedio que considerarla ante la insuficiencia de evidencia. Pero si las evidencias son realmente insuficientes, quizás lo más coherente con la presunción de inocencia sería absolver al reo. No obstante, como ya se mencionó antes, este dato no suprime por completo el valor corroborador de este testigo, por lo que sería un error descartarlo por completo, como lo hicieron muchas legislaciones antiguas, como las Partidas de Alfonso X El Sabio o la *Constitutio Criminalis Carolina*. Lo recomendable es seguir una serie de puntos que desacrediten en la medida de lo posible los inconvenientes inherentes a este tipo de testigo:

- a) Pluralidad de testigos de referencia; b) coherencia de la declaración de cada testigo de referencia; c) coincidencia en lo afirmado por los diversos testigos; d) contextualización de las circunstancias en las que el testigo de referencia tuvo acceso al relato; e) verosimilitud del relato; f) como correlato de lo anterior, existencia de motivos que expliquen razonablemente el silencio o ausencia del testigo directo; g) origen diverso de los testigos de referencia (Nieva, 2017, pp. 355-357).

Por otro lado, existe la categoría de testigo-perito, el cual declara sobre lo que ha observado con motivo de su conocimiento especial profesional (art. 172, inc. 3 del CPP).

También se les conoce como testigo-técnico, siendo aquellas personas que conocen el hecho en virtud o con el auxilio de sus conocimientos

científicos o técnicos especiales y que fundamentan su narración en esos conocimientos, además de sus percepciones. A veces resultan indispensables para probar por ese medio un hecho determinado sin necesidad de recurrir al dictamen de peritos, como las causas de la muerte de una persona que fueron conocidas por la observación directa de un médico, o la clase de enfermedad que padeció y la calidad de grave para excusar el incumplimiento de una situación (Barragán, 2009, p. 510).

En este sentido, será testigo, mas no perito, el médico que declara: “yo examiné a X el 12/04/2018, y así, constaté que estaba embarazada de 4 meses” Roxin (2003, pg. 220). Además, el CPP le permite expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, a modo de excepción (art. 166, inc. 3 del CPP).

Cabe precisar que, en otro sentido, el perito es llamado al proceso penal por el conocimiento específico que posee, siendo el órgano de prueba que nace en el proceso mismo y que aporta sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada (Sánchez, 2013, p. 179).

Ello en virtud de que el órgano decisor solo está en la obligación de conocer necesariamente todo lo relacionado al mundo jurídico y sus implicancias, mas no a profundidad los datos derivados de otras ciencias o artes (aunque ello no implica que no tenga un mínimo conocimientos de estas, que conjugadas con las que aporta el perito, podrá valorar el medio de prueba y decidir en el caso concreto).

Además, conforme a la STS del 30 de enero de 1999 de España, las declaraciones de la víctima tienen el valor de prueba testifical [testimonial] y son hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia, las cuales deberán estar corroboradas cuando constituyan la única prueba de cargo, ponderando el tribunal su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa. Vale decir, las declaraciones que brinde el agraviado se regirán por las reglas de la prueba testimonial (art. 171, inc. 5 del CPP), estando obligado a decir la verdad, porque de lo contrario podrían iniciarse y proseguirse procesos penales en contra de personas por el solo hecho de enconos o animadversiones en contra de los imputados, demostrándose la poca empatía que se tiene el introducir a un inocente en un proceso penal por motivos deplorables o triviales.

El tratamiento del testigo es diferente al del imputado, en virtud de las diferentes posiciones jurídicas que presentan dentro del proceso penal. Esto se sustenta en la regulación que el CPP hace sobre el testimonio. Asimismo, el art. 170, inc. 1 del CPP, refiere que

Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Entonces, se puede afirmar que un testigo prestará juramento en razón de sus creencias religiosas, mientras que solo realizará promesa en su honor como ciudadano probo que dirá verdad, cuando no comulgue con los ideales religiosos cristianos imperantes en el territorio peruano. Por otro lado, la coerción a prestar juramento o promesa suelen ser objeto de enérgicas críticas político-jurídicas. Ello en virtud de que es cuestionable que se utilice la coerción religiosa para que una persona diga la verdad, o que el juramento laico como garantía solo obtendría resultados puramente terrenales, a través del uso de expresiones como “lo juro”, que son de gran carga histórica e irracionales (Roxin, 2019 p. 337). Como colofón de este punto, es una práctica judicial irrazonable ya que una persona dirá o no la verdad, independientemente de las expresiones verbales que manifieste en uno u otro sentido; y el juez no tiene un baremo objetivo para controlar que tal testigo sí dirá la verdad porque lo jura o promete.

Así, el testigo debe decir la verdad, a no ser que temerariamente no le importe incurrir en el delito de falso testimonio (art. 409 del C.P.). Mientras que, en el caso del imputado, este puede mentir porque no está obligado a colaborar con el Ministerio Público en la imposición de una condena penal en su contra. La garantía de no ser obligado a declarar del imputado guarda relación con las siguientes manifestaciones, puesto que:

a) No se limita a la prohibición de obligarlo a confesar pues, aunque pareciera que una declaración sin confesión ningún perjuicio le ocasiona, no es tan exacto; puesto que, aunque no confiese los hechos puede referirse a ellos de tal forma que permitan al Ministerio Público enterarse de la existencia de medios de prueba que pudieran depararle perjuicio. En otras

palabras, una declaración sin confesión no puede ser considerada como medio de prueba en sí mismo, pero sí un recurso para conocer y eventualmente recabar otros medios de prueba que pudieran afectar al inculpado. b) No se refiere únicamente a las particularidades del caso (en relación a los hechos referentes a la existencia del delito y de la responsabilidad del inculpado), pues tampoco se le puede obligar a declarar sobre sus datos personales, debido a que tal información se pondera para la individualización de las sanciones o para determinar el monto de estas; es decir, constituye material útil para el juicio que puede deparar perjuicio al acusado. Por ejemplo, hablar sobre sus ingresos económicos constituiría confesión de ese extremo y tendría valor pleno para acreditar una eventual penal de multa. En conclusión, si puede afectarle, no es correcto obligarle a que proporcione esos datos. c) Asiste al inculpado durante el procedimiento, es decir, en toda ocasión en que sea llamado a declarar, de tal forma que decidirá si declara en ese momento o con posterioridad, si desea declarar después de que se entere de cada pregunta que se le formule, etc. (Olvera, 2007, pp. 470-472).

Al respecto, no consideramos que el imputado tenga un derecho a mentir, porque si bien está resguardado por la cláusula de no autoincriminación, que le permite guardar silencio y no decir la verdad, no podría ser elevada a nivel de derecho fundamental una acción que no sustente la esencia de los derechos humanos, como una conquista de la dignidad del hombre frente a la arbitrariedad y la barbarie. Esto no implica desconocer la posibilidad de que puedan mentir los imputados, sino que el hecho de mentir debe ser solo una garantía permitida al imputado para desenvolverse conforme a sus intereses dentro del proceso penal.

Asimismo, el testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir responsabilidad penal en su contra (art. 163, inc. 2 del CPP), ello en razón de que rige el principio de no autoincriminación. Asimismo, también pueden abstenerse de declarar, en todo o en parte, el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 165, inc. 1 del CPP). Ello tiene justificación en razón a que

El interés público de establecimiento de la verdad en el proceso penal cede ante el interés, considerado superior, de conservación de los vínculos familiares y afectivos más inmediatos del imputado que, evidentemente, se verían afectados si tales personas se sintiesen conminadas, bajo amenaza penal, a declarar contra este (Cerdea y Hermosilla, 2008, pp. 395-397).

No obstante, al ser solo una facultad, esta puede no ser ejercida en caso que, espontánea y voluntariamente, se decida prestar testimonio en contra del procesado, por ejemplo, cuando la madre de una niña menor de edad declara en contra del padrastro porque lo vio abusando sexualmente de ella².

Caso distinto, no representando una facultad sino una obligación de abstención, lo representan: a) Los vinculados por el secreto profesional: quienes no pueden declarar por lo que han conocido en el ejercicio de su profesión, salvo cuando tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial; b) Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, o sea, de una información clasificada como secreta o reservada, máxime si están en juego los intereses del país o si existe la potencialidad de que se revelen datos de interés para grupos guerrilleros o terroristas (art. 165, inc. 2 del CPP).

II. Valoración de la prueba testimonial

Una vez actuada la prueba testimonial, garantizándose la vigencia de los principios de igualdad de armas, de defensa, de contradicción, de publicidad, entre otros, se podrá valorar la prueba, primero individual y luego conjuntamente. Como corolario del principio de contradicción se manifiesta el reconocimiento del derecho a la prueba de ambas partes. En este sentido, se presenta el derecho a la admisión de la prueba y a que esta sea valorada por el juez; así como el derecho a presentar una prueba en contrario, por lo que el juez no podrá admitir una prueba de cargo, a no ser que admita al mismo

² Al respecto, conforme al R.N. Nº 3231-2014, del Santa, de fecha 21 de enero de 2015, si una persona conoce del delito de violación sexual, y pese a ello no lo denuncia, incurre solo en una conducta de omisión de denunciar ante la autoridad competente la comisión de dicho delito. Caso contrario lo representaría el hecho de no hacer nada para evitar agresión sexual a su menor hija, puesto que allí desempeñaría una función de garante, debiendo desplegar acciones de defensa con el objetivo de evitar que sea abusada en repetidas oportunidades, lo cual sustentaría su responsabilidad penal conforme al art. 31 del Código Penal (Casación Nº 725-2018, Junín, de fecha 31 de julio de 2019).

tiempo la prueba de descargo que sobre los mismos hechos proponga el imputado [y viceversa] (Illuminati, 2008, pg. 155).

La valoración de la prueba puede definirse como la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar si un dato (generalmente de hecho) está o no probado (San Martín, 2015, p. 590). Lo que determinará fallar a favor o en contra de la hipótesis presentada por determinada parte procesal. Acá ejerce gran influencia el principio de presunción de inocencia en su manifestación como regla probatoria del proceso penal, puesto que la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada (Rosas, 2016, p. 247).

Es menester recordar que el fin del proceso penal no es conocer la verdad sobre la inocencia del acusado, pues se presupone y subsiste hasta que se pruebe lo contrario; sino que está orientado a comprobar la realidad de la imputación, es decir, hacer cognoscibles los presupuestos normativos que se le imputan al individuo (La Rosa, 2018, p. 367).

Rige en nuestro sistema procesal el modelo de valoración libre y razonado, ya que con el sistema de prueba libre se le pide al juez que haga lo que su criterio le ordene, pero siempre que sea lógico y pueda motivarlo. De acuerdo a Ghirardi (1992, p. 47)

Para que una argumentación sea aceptable debe reunir algunos caracteres, entre los cuales se encuentra: a) debe ser coherente (todos los argumentos que apoyan una premisa débil deben ser compatibles entre sí y deben dirigirse al objetivo final de reforzar la premisa o tesis defendida); b) no debe ser contradictoria; c) ha de ser lo más completa posible (abarca todos los aspectos del problema); d) debe ser constringente (la argumentación no deja otro camino que la razón).

Vale decir, lo que se le pide al juez es que explique sus condicionantes en la motivación, porque solo así podrá someterse su criterio al de otros jueces, que podrán contrastar su criterio con el del juez cuya sentencia ha sido recurrida Nieva (2014). Así

pues, se supera aquel modelo inquisitivo que prefijaba en la ley el valor probatorio que debía otorgarse a cada medio de prueba, vinculando inexorablemente al juez al momento de decidir³. En esta línea, en el Derecho Canónico para valorar el testimonio se estableció reglas de preferencia: la declaración de un testigo viejo tenía mayor valor que la de un joven; la declaración de un rico tenía más valor que la declaración de un pobre; la del hombre tenía mayor valor que la declaración de la mujer (Tambini, 1996, p. 286). Por otro lado, también se superó el sistema de la íntima convicción, mediante el cual el juez podía resolver la causa penal basándose en su leal saber y entender, sin motivar su sentencia ni siendo objeto de posterior escrutinio, como consecuencia lógica y directa. En este sentido, la libre valoración de la prueba implica que el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, según las reglas de la lógica y la razón (Moreno y Cortés, 2005, p. 386). Así, tomando como referencia el modelo español, mediante la STS del 29 de enero de 1988 de España, se deja sentado que la estimación en conciencia no ha de entenderse como un inabordable criterio íntimo y personal del juzgador, sino como una apreciación lógica de la prueba, no exenta de directrices de rango objetivo, que aboque a una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de datos acreditativos o reveladores.

Para valorar la prueba testimonial se parte de un principio general, el cual refiere que “las personas se conducen con veracidad” y solo excepcionalmente por motivos variables recurren a la falsedad. Entonces, su fuerza probatoria parte de la presunción de que el que la presta ha podido observar exactamente y querido declarar la verdad. Así pues, ha de estudiarse la sinceridad -franqueza de decir lo que se vio y oyó- y la veracidad del testimonio -correspondencia con la realidad objetiva- (San Martín, 2015, p. 532).

Por otro lado, existe la posibilidad de que los testigos cometan errores al momento de declarar testimonialmente, lo cual no las desacredita

³ El sistema de valoración de la prueba tasada o legal predisponía en la ley el catálogo de criterios que debía seguir el juzgador al momento de decidir en el caso concreto. El problema radicaba en que era una especie de criterio matemático, habida cuenta que, si 2 testigos atribuían culpa a un ciudadano, mientras que solo uno atestiguaba a su favor, entonces por criterios cuantitativos tal ciudadano debía ser culpable. Más polémica era la situación, aunque en aquel momento era totalmente normal, cuando quien declaraba era una mujer, puesto que el testimonio del varón valía más que el de una fémina, e inclusive si la mujer no era creyente del catolicismo, el valor de su declaración era nula.

necesariamente, ya que el error es propio de la declaración testimonial. Entonces, frente a cada testigo debe ser examinado el origen y los medios de la declaración para extraer de ellos los necesarios juicios de valor. Por ello, leves contradicciones de los testigos frente a circunstancias de detalle han sido aceptadas muchas veces por la jurisprudencia como un mérito y no como un defecto de la prueba (Kielmanovich, 2004, p. 323).

También puede suceder que se produzca la retractación testimonial, o sea, confesar un error y apartarse de él. Esto debe ser analizado teniendo en cuenta que: a) No destruye por sí misma lo afirmado por el testigo en sus declaraciones precedentes; b) Deben analizarse todas las versiones; c) Para retractarse, previamente debe existir un motivo, el cual podría estar representado por el amor, odio o quizás reproches de tipo moral. Esto impulsaría a que por odio (surgido del desengaño amoroso, por ejemplo) se digan cosas contrarias a la realidad, pero que tiempo después el amor logre volverse a imponer y la persona decida decir la verdad. Y a la inversa, podría suceder que en un inicio diga la verdad, pero por represalias o por motivos fundados en un amor distorsionado, se mienta para librar al imputado (o acusado) del proceso penal en el que está inmerso; d) La retractación solo se admitirá cuando obedezca a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace, y siempre que lo expuesto a último momento sea verosímil y acorde con lo actuado en el proceso (Parra, 2011, pp. 357-359).

Resulta relevante hacer mención a un tema que tiene mucho auge en la actualidad, aunque propiamente no sea novedoso, y es lo relacionado a la inteligencia artificial y su conexión con la valoración de la prueba. Al respecto, no hay un total consenso sobre lo que significa la expresión «inteligencia artificial», pero sí podría decirse que describe la posibilidad de que las máquinas, en alguna medida, «piensen» (o quizás, actualmente, que imiten el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usan para tomar sus decisiones habituales). La palabra clave en inteligencia artificial es «algoritmo», el cual es el esquema ejecutivo de la máquina que almacena todas las opciones de decisión

en función de los datos que se vayan conociendo. En este sentido, la máquina puede equivocarse al aplicar sus generalizaciones. Muestra de ello lo fue la censura automática de Facebook a la foto de la niña vietnamita que huía quemada por napalm, por estar desnuda: la máquina no detectó que la foto no tiene la más mínima finalidad lasciva ni puede resultar ofensiva al pretender solamente reflejar los horrores de la guerra. Pero no es que la máquina se equivocara porque no tiene sensibilidad, sino que simplemente no pudo apreciar que la foto era relevante para la memoria histórica, porque tal información no figuraba en sus algoritmos (Nieva, 2018, pg. 20-23).

Ahora, en aplicación de lo que realmente nos importa para este trabajo, la influencia de la inteligencia artificial en la valoración de la prueba testimonial presenta las siguientes características: bajo la vigencia del sistema de valoración libre, lo único necesario es disponer al declarante en la mejor situación para obtener información útil de sus manifestaciones (para a partir de ello tomar en consideración las circunstancias que afectan a la credibilidad de su testimonio, siendo de especial incidencia los aspectos correlativos a la Psicología del Testimonio). Enseñan los psicólogos del testimonio, por ejemplo, que la declaración de una persona es menos fiable si presencié los hechos desde lejos, o con iluminación insuficiente, o los vio durante un intervalo de tiempo muy reducido; o bien que un sujeto atacado con un arma enfoca su visión en la misma —efecto foco—, y no en la cara del sujeto, por lo que es difícil que pueda recordar realmente las facciones de dicho rostro (Nieva, 2018, p. 81).

En esta línea, no se puede afirmar tajantemente que una persona que observó un hecho con luz tenue sea completamente incapaz de recordar lo que vio: lo único que afirma la Psicología del Testimonio es que la persona hubiera tenido mejores oportunidades de retener el acontecimiento de haber tenido una iluminación suficiente, lo que es bastante distinto (Nieva, 2018, pp. 81-82). Y así existen otros criterios más a tener en cuenta al momento de la valoración de la prueba, con influencia de la sana crítica racional y el aporte

de otras ramas extrajurídicas que bien comprendidas pueden ayudar a la valoración de la prueba testimonial.

Cabe concluir pues que no resulta fácil construir una aplicación de inteligencia artificial que recoja todos estos datos y los combine adecuadamente (pero si se logra, estos programas sustituirán con seguridad la «experiencia» de los jueces en la valoración de la credibilidad de una persona), por lo que la referencia en el caso concreto a la persona del declarante y sus circunstancias constituye información poco sistematizable como para que una máquina pueda elaborar estadísticas sobre los mismos, y en ese caso la inteligencia artificial carecería de base para funcionar. Es decir, para valorar la prueba testimonial necesariamente se requerirá de la intervención humana y carece de relevancia, por ahora, la inteligencia artificial (Nieva, 2018, pp. 82-84).

Finalizando este apartado, podría concluirse, preliminarmente, que, en relación a la prueba testimonial, bajo los cánones de la sana crítica racional, los criterios para valorar la prueba testimonial inciden en los principios técnicos-científicos sobre la percepción y la memoria, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido por el cual se tuvo la percepción, circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se percibió (Giacomette, 2009, p. 242). Desdeñándose necesariamente la hipervaloración que se otorga al lenguaje no verbal al momento de rendir la declaración testimonial.

En las siguientes líneas se desarrollarán puntos relacionados a la valoración que fueron analizados por la jurisprudencia nacional, así como los principales problemas que se detectan al momento de valorarla.

A. Criterios adoptados por la jurisprudencia nacional

En lo atinente a la valoración de los testimonios brindados por los testigos de referencia, la Corte Suprema ha adoptado una postura uniforme, puesto que siempre se ha de requerir la corroboración de dichos testimonios en aras de solventar una condena que pueda desvirtuar la presunción de inocencia. Así pues, conforme al R.N. 173-2012, Cajamarca/Sala Penal Transitoria, de fecha 22 de enero de 2013, a F.J. 3º:

El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo; no es admisible como prueba única para desvirtuar la presunción de inocencia.

En el mismo sentido se pronuncia el R.N. 73-2015, Lima/Sala Penal Transitoria, de fecha 20 de septiembre de 2016, que en su F.J. 26° indica:

Cuando los testigos son todos de oídas, que afirman haber oído decir o que les dijeron, sin ningún apoyo en otra prueba, sin nada serio que justifique frente a ellos el relato, no se les puede dar credibilidad. Su valor probatorio es muy reducido y en ningún caso puede constituir la única prueba, actuando, más bien, como indicios corroborantes junto a otro tipo de pruebas de carácter directo o indiciario.

En consonancia con la necesidad de corroboración se presenta el supuesto de la colaboración eficaz: tiene su origen en el ordenamiento penal italiano, puesto que para luchar contra el crimen organizado imbricado en las mafias, y sobre todo la Cosa Nostra (mafia siciliana), se estimulaba beneficios de exención o reducción de pena a aquellas personas que rompiesen el “Omertá” o código de silencio y delatasen a los jefes, líderes u otros miembros de las organizaciones criminales que operaban en Italia. El problema radica en la escasa fiabilidad de este testigo, puesto que al ser un criminal confeso en búsqueda de beneficios premiales para reducir al máximo el castigo punitivo del Estado, puede mentir, lo que generaría autos de prisión preventiva injustos o sentencias condenatorias arbitrarias.

Esto implicaba una limitación al derecho a la prueba y de defensa, porque no se conoce la identidad del colaborador eficaz, la cual es resguardada bajo código alfanumérico secreto, generándose la imposibilidad de realizar preguntas direccionadas a demostrar una incredibilidad subjetiva asentada en enemistades o disputas. En este sentido, como criterio de compensación a la limitación al derecho al debido proceso, se establece la necesidad de corroborar el dicho del aspirante a colaborador eficaz, el cual es válido para ser utilizado en el proceso receptor, como se regula en el decreto legislativo 1301, reglamento 7-17 Jus e instructivo del Ministerio Público 1-2017, y hay

pronunciamiento de la ex Sala Penal Nacional en el Acuerdo Plenario 2-2017, de 5 de diciembre de 2017 (actualmente Corte Superior de Justicia Especializada en Crimen Organizado y delitos de Corrupción), por los que se establece la viabilidad de utilizar el dicho del aspirante, aunque no se haya concluido el procedimiento de colaboración eficaz.

Cabe precisar que el Código Procesal Penal le denomina como “proceso especial”, regulado específicamente en el Libro Quinto, Sección VI, del art. 472° al 481°. No obstante, en este trabajo se le llama procedimiento y no proceso debido a la ausencia de contradicción, la cual constituye un principio inherente a la estructura del proceso que le permite otorgarle el carácter dialéctico que lo singulariza. Además, tampoco cabe hablar de una pretensión que exija un receptor de la misma, siendo que el objeto de un procedimiento sin parte imputada queda reducido, en este caso, a quienes actúan en el mismo, o sea el fiscal y el arrepentido, entre quienes surge una relación jurídica que subyace en el expediente (Asencio, 2018, pp. 35-36).

Al ser el colaborador eficaz un criminal confeso que busca un beneficio premial, es normal que se dude de la credibilidad de su palabra, por lo que la jurisprudencia ha sentado pautas para poder otorgarle valor probatorio a los dichos de los colaboradores eficaces mediante los cuales delatan a los acusados del proceso receptor. En este sentido se pronuncia el mencionado Acuerdo Plenario N° 2-2017/SPN, el cual establece límites para el uso de la declaración del colaborador eficaz (F.J. 20°):

(...) i) los elementos que corroboren internamente la declaración del colaborador servirán para el objeto del proceso de colaboración eficaz; ii) empero, para habilitar su utilización en el requerimiento de una medida coercitiva es necesario que el Ministerio Público acompañe los elementos corroborativos del proceso de colaboración eficaz.

En la misma línea estriba el R.N. 99-2017, Nacional/Sala Penal Permanente, de fecha 19 de septiembre de 2017, que en su F.J. 7° dice:

(...) en materia de colaboradores o arrepentidos su sola sindicación no es suficiente para concluir que el inculcado cometió la conducta delictiva. Hace falta especialmente prueba de corroboración externa a esos testimonios –otros

elementos o medios de prueba– como exigencia derivada de la garantía de presunción (...).

También se tiene la Casación N° 292-2019, Lambayeque/Sala Penal Permanente, de fecha 14 de junio de 2019, en la cual el casacionista fue Edwin Oviedo Picchotito, quien buscó revertir la prisión preventiva impuesta en su contra, alegando la inobservancia del precepto constitucional (art. 429°, inc. 1° CPP), no obstante, fue declarada infundada. En esta también se hace mención a la corroboración del testimonio del colaborador eficaz, puesto que en su F.J. 12° refiere que:

Una regla especial en materia de colaboradores es la contenida en el artículo 158, numeral 2, del Código Procesal Penal. El testimonio del colaborador o aspirante a colaborador debe estar escoltado de otras pruebas que corroboren su versión inculpativa. Dogmáticamente se considera estos testimonios “prueba sospechosa” y, por ello, no se estiman pruebas autónomas o suficientes para que el juez solo se ampare en ellas para formar su convicción, tanto más si en su actuación, por razones legales claro está, no se cumplió con el principio de posibilidad de contradicción.

Por otro lado, cabe mencionar una serie de criterios de credibilidad en relación a la declaración de, específicamente, el testigo-víctima, o único agraviado. Al respecto, Nieva (2010, p. 247) critica que esta expresión es un perfecto contrasentido, puesto que quien padece los efectos del delito no puede ser un tercero ajeno al objeto del juicio, por lo que su denominación como testigo es incorrecta. Además, esta expresión arrastra una tradición inquisitiva, en la que siendo el juez parte acusadora, la víctima no tenía lugar habitualmente entre los litigantes, por lo que declaraba casi siempre como testigo.

Usualmente en delitos clandestinos, o sea cometidos en espacios ajenos por su naturaleza a la presencia de otras personas, llámese delitos de violación sexual, por ejemplo, lo más usual es que se cuente con la sola declaración de la víctima [agredida sexualmente]. Rezaba el latinajo “testis unus, testis nullus”, el cual significaba que cuando se contase únicamente con la declaración de un solo testigo, esto implicaba la nulidad de su declaración, o sea, la absolución del procesado, en aplicación estricta de esa regla.

No obstante, jurisprudencia del Tribunal Supremo Español⁴ modificó dicho criterio, en virtud de la posibilidad de otorgar suficiente entidad condenatoria a dicha declaración siempre que se comprobasen una serie de criterios que otorguen validez a la declaración del único testigo [víctima], como serían:

a) Ausencia de incredulidad subjetiva: o sea, verificar la no existencia de indicios que determinen la parcialidad en su deposición, como sentimientos de odio y revanchismo contra el acusado. Esto es lógico, puesto que una persona que siente tirria contra otra, podría llegar al extremo de denunciar falsamente un delito (calumnia) y persistir en el proceso. Cabe agregar que, si al final se absuelve a una persona por el delito denunciado, cabría la posibilidad de recibir indemnización, siempre que siguiendo las hipótesis contenidas en el 1982 del Código Civil se demuestre que, o hubo una denuncia intencional, a sabiendas de que el hecho no se ha producido; o que no haya motivo razonable para denunciar. Fuera de estos supuestos no procede indemnizar.

b) Verificar la corroboración periférica del dicho del testigo-víctima. Es necesario analizar lo que significa “corroboración periférica”. Básicamente corroborar significa reafirmar, dar fuerza a algo, por lo que la corroboración del dicho ha de significar dotarle de fuerza para otorgarle mayor credibilidad. Respecto a lo periférico, esto no ha de versar en lo central de la declaración, sino en lo externo, lo que lo rodea, el “perímetro” por así decirlo. Si una persona narra que salió de su casa en dirección a la de su padrastro, y que allí fue violada, la corroboración periférica podría ser un vecino que la vio salir de su casa, o quizás el jardinero que la vio hablando en la entrada de la casa del padrastro con este, o la cámara de seguridad de la avenida que la registró bajando del autobús yendo en dirección a la casa del acusado. Estimamos que no puede ser corroboración periférica aquella información que tiene como fuente a la misma víctima. Vale decir, no puede valer como corroboración periférica la declaración de la madre de la agraviada a quien esta le contó la forma cómo fue violada. La víctima de la misma manera podría contarle lo que supuestamente le pasó a su amiga, tío, vecino, hermano, y todos

⁴ La STS del 3 de abril de 1996 establece pautas que sirvieron de base para la redacción del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.

ellos declararían en el mismo sentido sindicándole responsabilidad al padrastro. Y cabe preguntarse: ¿esto tiene la suficiente entidad probatoria para enervar la presunción de inocencia? No, es imposible. Y lo más alarmante es que a la Corte Suprema llegan varios casos que fundan sentencias condenatorias en base a esta “corroboración periférica”. Como conclusión de este punto, la corroboración periférica tiene que provenir del exterior y no de la propia víctima (Toledo, 2019, p. 184-191).

c) Verificar la persistencia en la incriminación: esto es, que, durante la etapa de diligencias preliminares, o investigación preparatoria formalizada, o juicio oral, persista el testigo-víctima único en la sindicación del procesado como el responsable. No obstante, una variación del sentido de su declaración no la invalida per se, puesto que el juzgador deberá, en base a lo actuado hasta ese momento, decidir si le otorga validez a una u otra versión, para recién valorar esta declaración validada en conjunto con las demás pruebas actuadas en juicio oral. El cambio de versión es factible en el caso de personas que podrían declarar coaccionados y por ello variarían su versión primigenia. El juez debe ser escrupuloso en este sentido y analizar caso por caso.

Ahora bien, en atención a la declaración del testigo único, la jurisprudencia es variada, destacándose entre los fallos más resaltantes los siguientes:

En cuanto al tema de corroboración periférica conforme al Acuerdo Plenario N° 2-2005, se refuerza este aspecto en el R.N. 1591-2018, San Martín/Sala Penal Permanente, de fecha 4 de marzo de 2019, en el que se buscó la nulidad, presentada por el representante del Ministerio Público, de la sentencia absolutoria que absolvió por el delito de violación sexual de menor de catorce años de edad. Ello se desarrolla en el F.J. 2.3°:

(...) la única prueba (...) era la inicial versión de la menor agraviada [que resultó ser] demasiado genérica sobre la forma y que una policía que la interrogó le preguntó quiénes eran sus amigos y ella dio circunstancias del evento delictivo, pues únicamente refirió el año en el que supuestamente la violaron y que, a cambio, le daban S/ 5 (cinco soles). Dicha declaración, al ser valorada bajo las

garantías de certeza del acuerdo plenario [N.º 2-2005], no cumple con ellas, pues su versión inicial no se encuentra rodeada de prueba periférica que la acredite y tampoco existe persistencia en la incriminación por parte de la agraviada, ya que en el juicio oral refirió que nunca sostuvo dicha imputación, sino esos nombres; todo lo demás es falso (El subrayado es nuestro).

En la Casación N° 13-2018, Cusco/Sala Penal Permanente, de fecha 27 de noviembre de 2019, se declaró fundado el recurso por defecto de motivación, en consecuencia, se casó la sentencia de vista en todos sus extremos y con reenvío se ordenó la realización de un nuevo juicio de apelación. Lo relevante de esta sentencia casatoria radica en que desarrolla los temas de verosimilitud e incredibilidad subjetiva. Así pues, en sus F.J. 2.2º y 2.4º se refiere que:

La contradicción sobre la verosimilitud evidencia falta de coherencia interna en la decisión. Al mismo tiempo no se puede afirmar que concurre y no concurre, por cuanto ello vulneraría el principio lógico de no contradicción. (...) La ausencia de incredibilidad subjetiva exige al juez efectuar un juicio crítico de las razones que las partes exponen durante el debate sobre el posible odio o rencor que entre ellas pudiera existir, y sobre esa base emitir su pronunciamiento, en las que se conceda crédito o se relegue una declaración. No basta remitirse a una expresión de la agraviada para desestimarla, ni alegar cierta rencilla entre las partes para que, *ipso facto*, se desestime una versión (El subrayado es nuestro).

La relación entre la exactitud cronológica de los hechos y la persistencia en la incriminación fue desarrollada en el R.N. 2916-2011, Moquegua/Sala Penal Transitoria, de fecha 29 de noviembre de 2011, que declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó por el delito de violación de menor de edad. Así pues, en su F.J. 6.4º se estableció el criterio de que la falta de exactitud cronológica de los hechos no constituye falta de persistencia en la incriminación:

(...) [respecto] a la incoherencia de parte de la víctima en cuanto a las fechas, modo y circunstancias de las violaciones sexuales, es de significar que del análisis global de los hechos sub-materia, la violación sexual en contra de la agraviada ha tenido una ejecución prolongada en el tiempo, esto es, objetivamente, y según las diversas versiones de la agraviada, desde el mes de mayo hasta el mes de agosto

del dos mil, luego, tales circunstancias que dieron configuración a los hechos imputados, como un delito continuado, ha estado siempre inmutable; asimismo, más allá de no poder pretenderse una recordación cronológicamente exacta de los hechos delictivos, el caso es que desde su primera manifestación, hasta la última brindada en el juicio oral, en lo sustancial, su sindicación criminal no ha variado; en tal sentido, la pretendida falta de persistencia en la incriminación, en virtud de las contradicciones de la menor, no tiene lugar, toda vez que en el indicado Acuerdo Plenario número dos, se tiene que las garantías de certeza a que deben ser sometidas las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, es una cuestión valorativa que corresponde al órgano jurisdiccional, sin que se trate de reglas rígidas de valoración, puesto que deben ser matizadas y adaptadas al caso concreto (...) (El subrayado es nuestro).

En la línea del anterior recurso de nulidad, se presenta lo atinente a las contradicciones secundarias del único testigo-víctima. En el R.N. 442-2018, Huánuco/Sala Penal Permanente, de fecha 10 de septiembre de 2018, el condenado pretendía la nulidad de la sentencia condenatoria en su contra, ya que cuestionaba las contradicciones relevantes en el relato incriminador de la menor e incongruencias entre determinados elementos probatorios de cargo; no obstante, se declaró no haber nulidad, y a través del F.J. 3.4º, 3.5º. y 3.7º se estableció que:

(...) ante la sindicación de un niño respecto al autor de un delito de violación sexual cometido en su agravio, debe identificarse, especialmente, lo esencial de su sindicación -lo cual implica no invalidarla por contradicciones o incongruencias secundarias-, y con base en ello evaluar su verosimilitud y la persistencia en la incriminación con los respectivos matices. Por ello, no es atendible el cuestionamiento del impugnante referido a la exigencia de precisiones de rigor en el relato incriminador de la menor ni tampoco, consecuentemente en la imputación fáctica, un cumplimiento perfecto del principio de imputación necesaria en lo atinente a la exigencia de exhaustividad en la correspondiente atribución fáctica. **De todos modos, el hecho delictivo ocurre en un lugar y un momento determinado.** (...) al tratarse de una niña que hizo referencia a hechos ocurridos, según su narración, desde los ocho hasta los diez años de edad y que

brindó su declaración cuando tenía once, **debe estarse a que expresa recuerdos acordes a su edad** (El subrayado y negrita es nuestro).

Asimismo, en relación a las contradicciones del relato del testigo-víctima, la Casación N° 1709-2017, Arequipa/Sala Penal Permanente, de fecha 31 de enero de 2019, interpuesta por el representante del Ministerio Público, que casó la sentencia de vista y ordenó la celebración de un nuevo juicio oral, desarrolla en sus F.J. 13° y 14° lo siguiente:

(...) se verifica que en la sentencia de primera instancia se valoró la sindicación de la menor contra el encausado brindada en la audiencia de juicio oral, y se concluyó que existía coherencia y solidez en su relato; además que, conforme a la inmediatez, [la Sala de primera instancia consideró] que su declaración era diáfana, y no un producto de la imaginación o elucubración de la menor agraviada⁵. Las referidas contradicciones, indicadas por la Sala Superior, se basan en apreciaciones subjetivas respecto a la capacidad de una menor de recordar los detalles de la violación sexual de la que fue víctima o si pudo realizar con normalidad sus actividades luego de haber consumido alcohol. [Esta Sala] no tomó en cuenta que **a lo largo de un proceso puede precisarse el relato, y que ello no se erige como contradicciones**. Así, que la menor proporcionara una hora aproximada de la violación sufrida recién en su declaración en juicio oral no puede ser considerado una incoherencia, sino un matiz derivado de las preguntas específicas que se le realizaron. En el mismo sentido, lo referido respecto al día de los hechos (El subrayado y negrita es nuestro).

Un tema importante a tratar es la retractación de la víctima y cómo debería actuar el tribunal juzgador en el caso concreto. Es ilustrativo el R.N. 1312-2013, La Libertad/Sala Penal Transitoria, de fecha 31 de marzo de 2014, en virtud de la cual se declara no haber nulidad en la sentencia condenatoria impuesta por 20 años. El F.J. 5° desarrolla lo siguiente:

⁵ Llama la atención que por el hecho de la inmediatez se considere que la declaración de la menor de edad no era el “producto de su imaginación”, porque *por la forma cómo la narró era creíble*. Es preocupante que se exalte demasiado la inmediatez a tal punto de considerarla un parámetro de seguridad al momento de valorar la declaración testimonial de cualquier órgano de prueba. En lo que debería enfocarse certeramente el tribunal juzgador es en el contenido de la declaración, y no la forma cómo se lo dice, las expresiones faciales, la firmeza de la voz, entre otras características que resultan nimias.

El encausado recién fue capturado y puesto a disposición de la justicia el uno de mayo de dos mil doce. Al declarar plenariamente negó los hechos. Empero, los cargos inicialmente formulados son contundentes. La retractación de la víctima no tiene virtualidad por lo que fluye de la pericia psicológica⁶. A ello se agrega su insistencia y coherencia interna, así como el mérito de la pericia antes indicada y el informe social⁷ —al igual que el certificado médico legal—. Además, su madre y su tía, en un primer momento, ratificaron la sindicación de la víctima, y la tía en sede plenarial llegó a expresar que, en efecto, su sobrina le dijo que el imputado la violó (El subrayado es nuestro).

Otro tema relevante, en vinculación con lo antes mencionado, es lo concerniente a la retractación de la víctima y la credibilidad de su versión preliminar. La Corte Suprema se ha pronunciado en la Casación N° 1441-2017/Sala Penal Permanente, de fecha 2 de octubre de 2018, y aplicando un razonamiento coherente sustenta en su F.J. 11° que:

El hecho de que exista retractación del testimonio inculpatario es un dato significativo, pero no conlleva inexorablemente a la imposibilidad de conferir mérito a las manifestaciones preliminares, más aún si estas contaron con la presencia del representante del Ministerio Público y se constataron corroboradas por una serie de elementos externos. Tales declaraciones, siguiendo un criterio objetivo de cercanía e inmediatez con el suceso criminal, revelan datos específicos y contundentes, en un clima de espontaneidad manifiesto. Si una víctima de agresión sexual, a pesar del perjuicio irrogado, ofrece un relato circunstanciado y lineal, con referencias fácticas precisas y coetáneas, y sin recurrir a exacerbaciones, dicho testimonio resulta prueba valorable. Tendrá virtualidad para fundar una condena penal, siempre que en el proceso investigativo vayan surgiendo corroboraciones periféricas inequívocas, respecto a, por ejemplo, los signos físicos en su anatomía, o sobre secuelas en su personalidad, entre otros (El subrayado es nuestro).

⁶ La pericia anotó que presenta una personalidad con rasgos ansiosos e inmadurez emocional, así como tendencia a la insinceridad. En el acto oral los peritos psicólogos explicaron que la declaración de la niña presenta un alto porcentaje que miente —su personalidad la delata— y que el desarrollo de su personalidad presenta inmadurez por probable causa de un daño sexual (F.J. 4). Al respecto, consideramos que esta pericia solo era un elemento más a tener en cuenta, mas no podía ser lo único determinante para atribuir responsabilidad al condenado.

⁷ En este se da cuenta de los maltratos sexuales sufridos por la niña (F.J. 4).

Finalmente, sin ánimo de agotar todos los temas relativos a la valoración de la prueba testimonial, cabe agregar el tema relacionado la valoración de la prueba personal en segunda instancia. Al respecto, el numeral 2 del art. 425 CPP refiere que: “La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”. Ello hay que concordarlo con la Casación N° 5-2007, Huaura/Sala Penal Permanente, del 11 de octubre de 2007, que señaló en su F.J. 7° que:

Es exacto que con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas “zonas opacas”– los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados.

Empero, existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es incommovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (...) (El subrayado es nuestro).

Dicha posición fue ratificada y vuelta doctrina jurisprudencial a través de la Casación N° 385-2013, San Martín/Sala Penal Permanente⁸, de fecha 5 de mayo de 2015, que en sus F.J. 5.16° y 5.17° refiere que:

En ese sentido, existe una limitación impuesta al Ad quem, descrita en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal, a fin de no infringir el principio de inmediación; esto es, no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Dicho aquello, si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

En esa línea, que el Juzgador de primera instancia cometa un error al valorar la prueba es algo sustancialmente contrario a que efectúe una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación limitado; es decir, es distinto controlar la valoración probatoria del A quo en contraste a que el Ad quem realice una revaloración de la prueba valorada por aquel, siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

No obstante, ofrecen luces de racionalidad la Casación N° 96-2014, Tacna/Sala Penal Permanente (Ponente: José Antonio Neyra Flores)⁹, de fecha 20 de abril de 2016, a través de la cual se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista, que revocó la sentencia de primera instancia que condenó al autor por el delito contra la libertad sexual, disponiendo que se celebre un nuevo juicio de apelación. Lo relevante de esta casación es que establece doctrina jurisprudencial vinculante sobre valoración de la prueba en

⁸ Guardamos reparos en este trabajo acerca de la categorización de “principio” a la inmediación, a tal punto de limitar la valoración de la prueba testimonial en segunda instancia, posición que será explicada en el siguiente apartado.

⁹ Lamentablemente, la **Casación N° 648-2018**, La Libertad/Sala Penal Permanente, de fecha 19 de marzo de 2019, sigue los lineamientos establecidos por la **Casación N° 5-2007, Huaura y la Casación N° 385-2013, San Martín**, a través de sus fundamentos jurídicos 6º y 7º, elevando al rango de principio la inmediación y limitando el control de la valoración de la prueba en segunda instancia a las “zonas abiertas”.

segunda instancia, coherente con la disciplina científica de la Psicología del Testimonio, siendo el F.J. 6º el que desarrolla los criterios para valorarla:

En este sistema [de sana crítica] la prueba personal debe valorarse, más que sobre la base de las emociones del declarante, sobre el testimonio del mismo, así se analiza: i) La coherencia de los relatos, empezando por la persistencia en su incriminación, sin contradicciones; ii) La contextualización del relato, es decir, que ofrezca detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato; iii) Las corroboraciones periféricas, como otras declaraciones, hechos que sucedieran al mismo tiempo, etc.; iv) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante.

B. Principales problemas

En relación a la prueba testimonial se verifican una serie de problemas relacionados con las falacias en que se incurre en los razonamientos judiciales relativos a la valoración de esta prueba. Así pues, de modo enunciativa, De Miranda (2019, p. 114-116) advierte:

a) Falacia epistémica: ocurre en ocasiones que un testigo dice conocer un hecho p y el juez relaciona, automáticamente, los hechos p y q, de modo que se atribuye el conocimiento, e incluso, la afirmación por ese testigo del hecho q, sin que este lo haya mencionado. Por ejemplo, que un testigo afirme que se encontraba en el lugar que ocurren los hechos, no permite considerarle, sin más, fiable, al menos desde una perspectiva perceptiva. No obstante, el juez infiere que estar en un lugar equivale a poder percibir algo correctamente. Pero la posible existencia de interferencias perceptivas (como el ruido, la distancia, entre otras) permite romper esta implicación falaz.

b) Falacia del condicional: sucede cuando en un argumento se afirma, sin haber cláusulas de restricción de la universalidad aparente de las premisas, que partiendo de que p, entonces q y afirmado q, la conclusión es que p. Por ejemplo, si se sostiene que la sinceridad de un testigo implica que contextualice el relato aportando detalles, y el testigo ha hecho tal cosa, es falaz la conclusión de que el testigo es fiable. Cosa distinta sería si se hubiese argumentado así: normalmente,

un testigo fiable por sincero contextualiza el relato aportando detalles, y el testigo ha hecho tal cosa, por lo que es probable y razonable que sea fiable.

c) Falacia del testafarro: supongamos que un testigo expresa los datos sobre determinado hecho o sobre su credibilidad “x, y, z”; y el juez a la hora de valorarlo todo alude solo al dato “y”, o afirma haber recibido el dato “a” del testigo.

d) Falacia de bifurcación o falso dilema: supongamos que cada parte aporta un testigo que presentan versiones contradictorias. Pero por datos que se desprenden de la narración de uno de ellos, es reputado no fiable; y el juez automáticamente concluye que el otro testigo es fiable. Cabe concluir que la deficiencia de uno no puede considerarse la virtud del otro. Este podría ser fiable por méritos propios exclusivamente. El ámbito paradigmático surge cuando ningún testigo es fiable, por lo que habría que recurrir a otros medios de prueba para fundar una sentencia en determinado sentido.

e) Falacia ad hominem: es falaz un argumento valorativo cuando en su conclusión se ve influido por un sesgo cognitivo causado por la concurrencia o ausencia de una característica o condición personal que probablemente pueda afectar su fiabilidad. Básicamente, se contamina el razonamiento del juez al generar un sesgo de confirmación. Lo cual derivaría en una falacia por inducción precipitada, ya que el juez simplemente buscaría los datos que permitan confirmar su prejuicio, o peor aún, toda la información que se le presente, de acuerdo a su percepción, confirmarían su prejuicio primigenio.

En cuanto a la inmediación, utilizaremos la metáfora de la moneda para explicar el problema que la aqueja. En primer lugar, está el sello de la moneda, el cual equivale a considerar a la inmediación como un principio. En este sentido, si bien su esencia radica en que es necesario que no haya obstáculos entre el juez y la prueba que se actúa en juicio oral, no obstante elevarla al rango de principio no es satisfactorio. En específico, muchos jueces de nuestro entorno jurídico, y más aún respaldados por la jurisprudencia de la Corte Suprema, consideran que, del análisis de los gestos, expresiones, sensaciones, que experimentan los testigos se podrá obtener una conclusión fehaciente de su fiabilidad y,

por lo tanto, de que dicen la verdad. Para analizar estas circunstancias, el juez tiene que estar presente en el lugar donde se actúa la prueba, lo cual es avalado por la inmediación. Y de esta forma, dicho “principio” se convertiría en una suerte de blindaje de juicio, de vía de escape del deber de motivar, y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento (Andrés, 2003, p. 59).

Sin embargo, en segundo lugar, se tiene la cara de la moneda, la cual considera a la inmediación solo como una garantía, que colocada en su justa medida no debe entenderse como una vía para la obtención de la convicción judicial, sino como contexto en el que aplicar las garantías que sí son esenciales en el proceso. Así pues, más que principio que hay que propugnar por sí mismo, constituye una garantía que contribuye a la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que el órgano jurisdiccional deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución (Bujosa, 2017, pp. 228-229).

En concordancia con lo anterior, cabe concluir que la inmediación representa un impedimento para el control de la valoración de la prueba testimonial en segunda instancia. Como bien se desarrolló anteriormente, la Casación N° 5-2007, Huaura y la Casación N° 385-2013, San Martín; elevan al nivel de principio a la inmediación, lo cual desde nuestra perspectiva se entiende así debido a la consideración de que al valorar la prueba personal se debe comprender tanto al contenido verbal directamente articulado por el órgano de prueba, así como al lenguaje no verbal, el cual se funda en la forma cómo ha comunicado la información determinado testigo. Y como sería un todo indisoluble, y solo el juez de primera instancia es quien observó de forma integral todo esto durante el juicio oral, entonces no cabe sino un control de la estructura racional de la prueba testimonial, a través de las zonas abiertas: impidiéndose de esta manera examinar la razonabilidad de la decisión del juez a quo en torno a su decisión.

Por otro lado, es importante saber cómo corroborar la información que brinda el testigo-víctima (único), porque muchos operadores jurídicos no saben qué debe entenderse por corroboración. De esta forma, se impondrían sentencias condenatorias más arregladas a la realidad empírica. Sin embargo, este punto ya fue desarrollado en su momento al tratar el tema de la corroboración periférica de acuerdo al Acuerdo Plenario

Nº 2-2005, a lo cual nos remitimos. Asimismo, también ya se tocó el punto referido a la problemática de la corroboración de las declaraciones de los aspirantes a colaboradores eficaces, las cuales siguen siendo presentadas por los representantes del Ministerio Público, generalmente, para sustentar prisiones preventivas, utilizando para ello declaraciones no corroboradas, o pseudocorrobóadas. Por ello, para no pecar de redundantes, también nos remitimos a lo ya resuelto en el apartado correspondiente.

III. La Psicología del Testimonio

Antes de empezar con el desarrollo de este apartado, Crua (2019) presenta el siguiente caso en el que se aplicó la Psicología del Testimonio para la valoración de la prueba testifical [testimonial] en un caso penal en España:

En un juicio penal por un delito contra la seguridad del tráfico, un chico y una chica estaban en un bar bebiendo alcohol, hace 5 años. Al salir del bar, uno toma el asiento del piloto, y otro el del copiloto. Al cabo de unos minutos se produce un accidente. Llega la policía y se discute quién conducía. En ese juicio, en que mutua y recíprocamente se acusaban, uno de los acusados aporta un testigo al que supuestamente no conocía de nada, más allá de vista, quien bajo juramento de decir la verdad afirmó que se encontraba hace 5 años en ese bar, que estaba con sus propios amigos, que se fue a fumar a la puerta, y que recuerda que esos 2 jóvenes salieron, cogieron el coche y se fueron. Además, recuerda quién se sentó en el asiento del piloto. En el juicio oral, el abogado Juan Crua le preguntó al testigo: Hace 5 años se encontraba en el bar, ¿pasó algo, o era un día común en su vida?

Aquí entra la reflexión y la valoración de la prueba testifical, pero no desde un punto de vista jurídico, ya que el juez es libre para valorar cualquier declaración testifical. Se hará desde un punto de vista científico, de la psicología clínica: ¿cómo funciona la memoria? Esta funciona así: nosotros recordamos con mayor intensidad aquello que nos ha generado mayores emociones, por eso recordamos dónde estábamos, con quién nos encontrábamos, por ejemplo: el primer beso, el día de nuestra boda; pero en cambio no recordamos lo que comimos hace 1 semana, 2 semanas, o 3 meses, o sea cosas intrascendentes.

Por ello, hace 5 años, en un día común intrascendente, ¿realmente puedes recordar que estabas en un bar, que tomaste una cerveza, que saliste a fumar, que dos personas que

conocías de vista salieron y se sentaron en el coche y recuerdas perfectamente en qué asiento se sentó cada uno y además recuerdas la hora? Esto confronta con la ciencia, específicamente con los mecanismos de integración de la memoria. Es absolutamente imposible, a no ser que haya personas con un tipo de trastorno que lo recuerdan todo. Lo cual recibe el nombre de hipertimesia, la cual consiste en una condición de la **memoria**, basada en el aumento de la función de evocación, sin que se observe una hiperfunción en cuanto a la capacidad de almacenamiento (Capponi, 2013). Aunque también hay personas que no recuerdan y empiezan a fabular; pero por lo general una persona sana que no tiene ningún tipo de trastorno es imposible que recuerde un hecho intrascendente de hace 5 años y además con lujos de detalles. Es evidente que esa persona fue a juicio a mentir, y a decir lo que le dijeron que diga.

Ahora bien, como se puede apreciar, el incursionamiento de la Psicología del Testimonio al derecho probatorio, en específico, a la valoración de la prueba testimonial, se debe a que es una herramienta útil para valorar la prueba personal. Ofrece criterios objetivos, controlables, que facilitan un razonamiento coherente con la ciencia y, además, fiable. En las siguientes líneas, se desarrollarán aspectos generales relacionados a la Psicología del Testimonio, así como su importancia para el derecho probatorio.

3.1. Aspectos generales

La Psicología del Testimonio es un campo en que convergen la Psicología y el Derecho. Sin embargo, dicha convergencia solo es una de las tantas que existen, encontrándose así, por ejemplo, la Psicología policial, la Psicología penitenciaria, o la Psicología forense -la cual engloba a la Psicología del Testimonio-.

Es decir, la Psicología Forense es un ámbito de actuación del psicólogo muy amplio. Dentro de este se encuentra uno más concreto que es la Psicología del Testigo. “El contenido de un testimonio depende de la interacción entre el contenido de la memoria —el contenido del suceso al que ha asistido el testigo—, y los procesos de decisión relativos a «lo que» el testigo trata de relatar. Esta interacción se articula de varios modos”. Es por esto la importancia de la Psicología del Testimonio en los procesos judiciales, tanto del acusado, de la víctima y los testigos.

3.2. El aporte de la Psicología del Testimonio para el Derecho probatorio

El juez debe tener presente que no siempre la firmeza con que declara el testigo es sinónimo de verdad, puesto que hay personas que después de aprender bien el relato van a declarar sobre hechos que nunca han visto ni oído. Vale decir, el número cada vez mayor de testigos falsos y, sobre todo, la cantidad de factores que pueden hacer incurrir en errores a los testigos, obligan a los jueces a ser cautos con su valoración (Tambini, 1996, pp. 286-287).

Como consecuencia del interrogatorio debe tenerse presente las condiciones individuales del testigo, vinculación con los hechos y otras personas, además del contenido de su declaración -directo o referencial-. Su evaluación no es puro raciocinio, ya que no presenta las cualidades lógicas que tienen otras pruebas, por lo que ha de basarse en la psicología, experiencia y sentido común (San Martín, 2015, p. 532).

Básicamente, se ha pasado de un paradigma del sujeto de la declaración (la persona del testigo y el lenguaje no verbal) al paradigma del objeto de la declaración (la credibilidad del testigo y el lenguaje verbal). Existe la tentación de que el juez, no experto en psicología, se deje llevar prematuramente por la primera impresión del lenguaje no verbal del declarante, con olvido de la máxima de experiencia de que hay quien miente sin pestañear y hay quien se sonroja ante la sola presencia judicial, no obstante responder con total sinceridad. En esta línea, Abel Lluch (2016, pp. 63-65) refiere que el análisis de la credibilidad del testigo se suele asentar en tres parámetros:

a) La razón de ciencia del testigo o fuente de conocimiento: la cual se ha identificado con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y que hagan verosímil lo que ha conocido el testigo y que efectivamente haya ocurrido. Dicha declaración de ciencia puede fluir espontáneamente o de una manera previamente preparada.

La hiperamplificación constituye una característica que versa en la exagerada precisión del recuerdo del testigo, lo cual deviene naturalmente en un dato sospechoso. Dicha hiperamplificación puede ser unilateral, es decir, el testigo únicamente recuerda con gran profusión de detalles los hechos y peculiaridades favorables a la parte que lo propuso, lo que contrasta con la falta de memoria en todo aquello que pudiese beneficiar a la parte contraria. Por otro lado, si existe uniformidad, que se advierte del contexto de varias declaraciones, esta identidad

de forma no natural hace suponer un concierto previo para coincidir en las respuestas, lo cual es constitutivo de descrédito. En esta línea, la experiencia diaria enseña que un mismo evento presenciado por distintas personas es difícilmente relatado de idéntica forma con idénticos conceptos y expresiones; y cuando esto ocurre, hay motivos razonables para considerar que tales relatos no son una descripción fiel de lo que percibieron con los sentidos, sino una burda planificación previa (Rodríguez, 2005, pp. 136-137).

En otras ocasiones es inducida por el operador jurídico a través de preguntas sugestivas, ocasionando que se disminuya la credibilidad del testigo. Cabe agregar que no siempre la razón de ciencia del testigo directo será mejor que la del indirecto, puesto que el primero puede tener un recuerdo distorsionado de los hechos, mientras que el testigo indirecto puede conservar un mejor recuerdo de los hechos que le fueron narrados por terceras personas, por su proximidad en el tiempo y sus mayores facultades de retención.

b) Las circunstancias concurrentes en el testigo: son las relaciones personales del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara. Pudiendo estar en esta consideración, por ejemplo: la edad, el sexo, la cultura, el lenguaje, las contradicciones, el rumor, etc.

c) La tacha y su resultado: este es un criterio válido en el proceso civil, ya que propiamente allí funcionan las tachas, y lo que se busca es, a priori, condicionar la credibilidad del testigo y que, sin impedirle la declaración, prevenir al juez en la valoración de la declaración; lo cual implica que, si a pesar de la tacha utiliza la declaración del testigo en su decisión final, esta debe tener una motivación reforzada. Dentro del ámbito procesal penal, una suerte de “tacha” se produciría al momento de realizar el contrainterrogatorio, buscando desacreditar su previa declaración oral, por parte de la contraparte que no ofreció a dicho testigo.

Con mayor precisión, doctrina española ha llevado los datos objetivos, que suelen tener más en cuenta los psicólogos del testimonio, al campo procesal de valoración probatoria, los cuales debidamente entendidos, pueden ser utilizados por un juez (y lo más importante: estas pautas de valoración pueden ser controlables por el magistrado, en lo cual radica su principal aporte al ámbito probatorio): a) Coherencia de los relatos: ausencia de contradicciones en el relato del declarante, lo cual obliga a escuchar con

atención al testigo para detectar incoherencias, y así comprobar su real o aparente falta de veracidad. b) Contextualización del relato: se ofrece detalles de un marco o ambiente en el que se habrían desarrollado los hechos del relato. Es un indicio de verosimilitud que la persona recuerde qué hizo antes o después del hecho. Además, que el declarante describa las circunstancias del lugar en el que sucedieron los hechos puede ayudar a valorar otros datos de la situación, como puede ser la visibilidad que podía tener el testigo. c) Corroboraciones periféricas: el relato del declarante se ve corroborado por otros datos que, indirectamente, acreditan la veracidad de la declaración, independientemente de si vienen de personas u otros hechos. Asimismo, el juez tiene que explicar por qué dicho dato es corroborador. d) Existencia de detalles oportunistas a favor del declarante: se trata de manifestaciones sobre el carácter o la intencionalidad de una de las partes, o bien de justificaciones de las propias actuaciones -o de la persona que se pretende beneficiar- que van más allá de lo que se le haya podido preguntar al declarante. La realización de estas declaraciones es indicativa de falsedad, o al menos de pérdida de objetividad que puede conducir a la falsedad. También puede suceder que el declarante exhiba comentarios exculpatórios o intente legitimar su actuación o la de un tercero, lo cual es indicativo de que posiblemente mienta, ello porque son valoraciones que nadie le ha pedido, pero que él expresa, con frecuencia de modo inconsciente, para tratar de legitimar su posición si nadie le cree (Nieva, 2010, pp. 223-229).

Estos puntos de valoración, tomados de la psicología del testimonio en aplicación al derecho probatorio, deben ser analizados de forma conjunta. No obstante, se incurre en error al apuntarse estos cuatro puntos y tenerlos presentes acríticamente durante el interrogatorio. Puede suceder que solo se cumpla un criterio y, pese a ello, la declaración sea creíble en algunos extremos. A pesar de ello, la ventaja, sin lugar a dudas es que dichos puntos son detalles objetivos de la declaración, fácilmente identificables y que el juez puede plasmar motivadamente en su sentencia. En este sentido, se acerca más a la realidad y se busca prevenir, en la medida de lo posible, que la declaración de los hechos probados de la sentencia sea simplemente ficticia y basada en juicios intuitivos (Nieva, 2017, p. 342).

3.3. La Psicología del Testimonio y la Memoria

3.3.1. ¿Qué debemos entender por memoria?

En la actualidad existen muchos aparatos tecnológicos que nos permiten almacenar información (Computadoras, memorias usb, cámaras fotográficas, entre otros). Las personas almacenan información en estos aparatos y al momento de recuperar dicha información, reciben la misma información almacenada, sin ningún cambio – o al menos ese es el normal funcionamiento de estos aparatos –. Muchas personas consideran que la memoria funciona de una forma idéntica a cómo funcionan los mencionados aparatos, sin embargo, esto no es así. Otro motivo para que la gente crea que en su memoria los recuerdos almacenados son exactos, es la técnica cinematográfica del *flashback* (De la Fuente, 2015, pp. 119-120). *La cual* consiste en que al momento en el que un personaje de la película recuerda lo acontecido, a los espectadores se le presentan las imágenes que supuestamente representan el suceso que vivió el personaje, tal como ocurrió.

El profesor Javier de la Fuente señala que:

La memoria no es un almacén que retiene la información de idéntica forma a como fue codificada (como una cámara fotográfica), por lo que no es correcto entender al olvido como aquello que produce la pérdida de elementos o partes de la información almacenada con el paso del tiempo (como lo entiende la psicología popular). Por lo que, partiendo de la psicología científica, señala que en la memoria se producen continuamente toda una serie de procesos de carácter constructivo y reconstructivo que hacen que la información que mantenemos en nuestra memoria este en continuo proceso de transformación (De la Fuente, 2015, p. 45).

“ El profesor agrega que frases como “me falló la memoria” o “mi amigo tiene buena memoria” son erradas ya que, conforme a la psicología del testimonio, el término “memoria” no debe entenderse como una facultad, sino como muchas” (De la Fuente, 2015, p. 32). Igualmente, Antonio Manzanero considera que “es más acertado hablar de “memorias”, ya que hay distintos tipos de memoria que implican distintos sistemas y subsistemas, procesos, funciones y fenómenos, sustentados por diferentes substratos neurobiológicos” (Manzanero, 2008, p. 29).

Manzanero al definir a la memoria humana señala: “(...) la memoria humana es un sistema dinámico y por tanto en continua transformación. Tal es así que cualquier

parecido de algunos de nuestros recuerdos con la realidad es pura coincidencia” (Manzanero, 2008, p. 125).

Sobre nuestra memoria Rene Molina Galicia señala: “Todos nuestros recuerdos son reconstruidos, son producto de lo que originalmente hemos vivido y de todo lo que pasa después. Son dinámicos, maleables y volátiles (...)” (Molina, 2013, p. 68).

La capacidad de almacenar y recuperar información de nuestra memoria no es perfecta, debido al olvido y a que inventamos recuerdos, ya sea por efecto de nuestra mente o por el influjo de fuerzas ajenas (WeiBer, 2013, p. 147).

Contreras Rojas define a la memoria como “(...) un proceso mental por medio del que se traen al presente fechas, acciones, personas, datos o informaciones que hemos aprendido en un momento pretérito y que han llegado a nuestro conocimiento gracias a una percepción sensorial, ya sea directamente o a través de otra persona” (Contreras, 2015, p. 152).

Por estas consideraciones ya no podemos entender por memoria, un dispositivo capaz de almacenar todas las experiencias vividas y conocimientos aprendidos de una forma exacta.

3.3.2. Clases de Memoria

A) Memoria Autobiográfica (MAB)

Se refiere a la información respecto a nuestras características, costumbres, historia (familia y amigos) y a la vida que hemos llevado (Mazzoni, 2010, p. 29).

B) Memoria a Largo Plazo (MLP)

Nos permite almacenar toda la información referida a las experiencias que hemos tenido a lo largo de nuestras vidas (Mazzoni, 2010, p. 29).

Dentro de esta clase de memoria Javier de la Fuente hace una subdivisión entre la memoria declarativa y no declarativa.

B.1. Memoria Declarativa (MD)

La información que se almacena aquí es aquella que podemos expresar verbalmente con facilidad y sobre la que tenemos cierto acceso consciente. Se divide en memoria semántica y episódica (De la Fuente, 2015, p. 41).

i. Memoria Semántica (MS)

La información almacenada aquí son los conceptos que nos permiten categorizar el mundo, el significado de las palabras, y los esquemas de conocimiento (conjuntos de conceptos relacionados) que nos permiten interpretar situaciones (De la Fuente, 2015, pp. 41-42).

La constante repetición de episodios parecidos, nos permite elaborar esquemas mentales más sólidos, al extraer los elementos comunes y repetidos de estos episodios (De la Fuente, 2015, p. 42).

- Conceptos organizados (esquemas y guiones)

Los esquemas son estructuras conceptuales que se refieren a elementos singulares y pueden ser abstractos o concretos. Por ejemplo cada uno de nosotros tiene una representación del concepto “ladrón”, que contiene una serie de elementos generales, básicos e indispensables para su comprensión, como son: “los comportamientos y acciones que hacen de un hombre un ladrón”, “la acción de robar”, “la acción de mentir cuando se le acusa”; aparte de estos elementos esenciales se tiene elementos opcionales que pueden ser incorporados al concepto de “ladrón” tales como: “individuo de sexo masculino”, “mal vestido y descuidado”; sucede que para algunas personas esto que es opcional forma parte del concepto como elementos obligatorios (Mazzoni, 2010, pp. 31-32). Vemos que en este último caso se está incurriendo en estereotipos, los cuales pueden dar una percepción errónea de la realidad, como en el caso ya señalado de la auto confirmación de la hipótesis.

Schank y Abelson [2010] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 32) refieren que los guiones o *scripts* son conceptos estructurados más complejos referentes a representaciones de eventos sociales como podría ser: ir al cine, ir al trabajo, presenciar un robo. El script varía dependiendo la clase de robo, por ejemplo, el robo de un banco

puede incluir elementos como: ladrones con el rostro enmascarado, bien armados y preparados; en el caso de robo en una casa los elementos podrían ser: un individuo o dos, no profesionales.

Los esquemas y los guiones guían la interpretación de una experiencia y la representación que se tiene de tal en la memoria a largo plazo, sin que el individuo sea consciente de ello en algunas ocasiones (Mazzoni, 2010, p. 32).

ii. Memoria Episódica (ME)

Constituida por todos los episodios concretos de los que guardamos algún recuerdo, todos estos contenidos suelen tener alguna etiqueta espacio temporal más o menos precisa a diferencia de los contenidos (conceptos) de la MS que suelen estar descontextualizados en espacio y tiempo (De la Fuente, 2015, p. 42).

B.2. Memoria No Declarativa (MND)

Conformada por contenidos de los que no tenemos mucha conciencia, y a la vez tampoco tenemos fácil expresión verbal, se refiere a aspectos tales como las habilidades motrices (sabemos manejar bicicleta, pero no podemos describir con palabras que hacemos exactamente para mantener el equilibrio) y las habilidades cognitivas (manejamos las reglas gramaticales de nuestro idioma para comprender lo que oímos y leemos, pero no somos conscientes de cuáles y cómo). También podemos incluir aquí información que entra a nuestra MLP, sin que nuestra Memoria de Trabajo, tenga mucho control y conciencia de ello, nos referimos a la información subliminal capaz de provocar cambios conductuales (De la Fuente, 2015, p. 43).

Mazzoni (2010) otorga el nombre de memoria procedimental a estos contenidos no verbalizables y señala sobre ellos lo siguiente:

Estos conocimientos no se refieren a «lo que» uno conoce, un árbol, por ejemplo, sino al «cómo» se conoce, o al «cómo» se actúa. Se trata de conocimientos contenidos en una forma de memoria denominada memoria procedimental (...) Esta forma de conocimiento permite movilizar toda una serie de acciones motoras

y mentales como el pensar, el recordar, o el realizar gestos y actos de diverso tipo.
(pp. 32-33)

C) Memoria Sensorial (MSL)

De la Fuente (2015, p. 34) refiere que:

Son los sistemas más elementales de la memoria que intervienen en las últimas fases de los procesos perceptivos. Esta clase de memoria cumple el papel de generar una representación literal y completa, aunque de muy breve duración, de todos los estímulos entrantes, de tal manera que cuando los estímulos son muy breves nos permiten desarrollar de manera más eficiente ciertos procesos de selección de los aspectos más relevantes de los estímulos.

D) Memoria de Trabajo (MT)

Según De la Fuente (2015, pp. 35-39)

la información seleccionada por la MSL es codificada en la M.T, en la cual se recuperan contenidos de la MLP que son relevantes para interpretar la información que está entrando y para hacer lo que estemos haciendo en función de los objetivos de cada momento. En esta M.T, la cantidad de información y de procesos que pueden hacerse -con la información seleccionada por la MSL- en un momento determinado es bastante limitada y los recursos que dedicamos a una tarea no podemos dedicarlos a otra. Sentimos estas limitaciones cuando por ejemplo estamos aprendiendo a conducir y todas las acciones que tenemos que hacer simultáneamente nos desbordan, cuando hemos aprendido a conducir podemos hacerlo consumiendo pocos recursos de la M.T, por lo cual los recursos restantes los podemos dedicar a fumar, manejar la radio o mantener una conversación con nuestro compañero de viaje. El nivel de dificultad para ejecutar estas dos tareas dependerá del grado de automatismo con el que seamos capaces de ejecutarlas. Entre los sistemas que componen la MT tenemos sistemas especializados en el manejo y mantenimiento temporal de la información verbal, otros especializados en la información visual y espacial, y otros que retienen de manera momentánea y utilizan información sobre episodios vividos anteriormente

y mantenida en la MLP. Asimismo, la MT cuenta con un mecanismo, el ejecutivo central (EC), cuyas funciones tienen que ver con la atención, que regula y coordina los flujos de información, y distribuye los recursos entre los distintos sistemas que intervienen en las diferentes tareas que habitualmente ejecutamos de manera simultánea. El EC se encarga de modificar los elementos sobre los cuales se selecciona la información (decide a que elementos dirige su foco atencional), al mismo tiempo valora que información es relevante para la tarea que estamos realizando en ese momento, conectando esos datos con otros previos, o si se trata de elementos irrelevantes que debemos desechar para procesar otros elementos que estaban siendo desatendidos. La información manipulada por la MT que ya no es necesaria se desecha, a menos que provenga de la MLP caso en el cual seguirá allí. De toda la información recopilada por la MT la mayoría solo es relevante mientras es necesaria para las tareas de procesamiento que se están desarrollando en cada momento, cuando ya no es necesaria se desecha a menos que sea información de nuestra MLP en cuyo caso se quedará ahí.

3.3.3. Fases del Proceso de Memorización

A) Codificación

Este es el proceso por medio del cual los órganos de los sentidos proporcionan a nuestro sistema cognitivo de toda la información del entorno, los procesos perceptivos se encargan de traducir las variaciones energéticas que se están produciendo fuera de nuestro organismo en representaciones mentales que nuestro sistema cognitivo sea capaz de manejar (De la Fuente, 2015, p. 34).

La MS nos permite interpretar los episodios que vivimos a partir de nuestros conceptos y esquemas de conocimiento, cuando recibimos los estímulos estos activan en la MLP los conceptos y esquemas apropiados. Cuando recibimos y codificamos nuestras experiencias estas no son codificadas de una manera objetiva sino son tamizadas por la estructura particular de nuestra MS (De la Fuente, 2015, p. 49).

Esta primera fase es imprescindible para poder recuperar con posterioridad los recuerdos, tal como señala Contreras (2015):

Si pretendemos que mediante el ejercicio de la memoria una persona puede recuperar los hechos acaecidos, resulta imprescindible que ella haya almacenado correctamente la información correspondiente a esos eventos. Para poder exhumar el pasado, necesariamente debemos haberlo sepultado con anterioridad. (p. 152)

A.1 Factores del proceso de codificación

i. La atención

Cuando la atención se focaliza sobre una zona del campo visual o auditivo, se codifica muy bien lo que acontece en el interior de esa zona mientras que lo que sucede en el entorno, se percibe de modo poco claro. Una consecuencia importante de los límites de la atención es que determinan qué información va a ser elaborada con preferencia, qué información lo será de modo parcial, y cuál no será elaborada en absoluto, por lo que, consecuentemente, quedará incompleta e irremediamente perdida sin que pueda ser representada nunca en la memoria. Existen casos en que la atención no es dirigida de modo intencional, sino de modo imprevisto como por ejemplo por un fuerte e inesperado ruido, la aparición de un objeto vistoso, entre otros, por lo que tales acontecimientos son codificados, representados en la memoria y fácilmente recuperables (Mazzoni, 2010, pp. 33-34).

La focalización de la atención en un punto puede ocurrir de forma consciente o inconsciente. Un ejemplo de este último es el fenómeno del *weapon effect* en los cuales: (...) quien se ve amenazado por un arma de fuego tiene un recuerdo muy preciso del arma, pero no recuerda, sino de una manera vaga y poco precisa, otros elementos del episodio, como la persona que le apuntaba con el arma. El testimonio relativo al arma de fuego es completamente fiable pero el testimonio global relativo al episodio vivido es más bien casi inexistente y de escasa fiabilidad. (Mazzoni, 2010, p. 19)

Esta situación acontece no solo en circunstancias traumáticas, como es la amenaza de un arma, sino también en todos los casos en que un elemento externo, no controlado, se impone en la escena y acapara la atención (Mazzoni, 2010, pp. 33-34).

Las explicaciones que Pickel [2009] (como se citó en De Paula, 2019, p. 125) da a estos fenómenos son: Es una forma de autoprotección, ya que las personas saben que las armas pueden matarlos, por lo que centran su atención en el peligro para poder evitarlo de forma instintiva. O, según Loftus, Doyle y Dysart [2013] (como se citó en De Paula, 2019, p. 126), es un efecto derivado de poner un objeto “fuera de contexto”, en el caso de robo en un banco, una persona que va allí espera encontrar, sillas, computadoras, papeles, pero no un arma.

ii. Condiciones perceptivas

- **Condiciones de iluminación** Cuando el testigo ha percibido los hechos de noche, en condiciones de poca luz, este no se encuentra en condiciones óptimas de describir, por ejemplo: el color de piel de las personas de la escena, la ropa que vestía, y también es poco probable no pueda identificarlo.

Loftus, Doyle y Dysart [2013] (como se citó en De Paula, 2019, p. 118) refieren que también debemos tener en cuenta los cambios de luminosidad, el ojo humano necesita tiempo para adaptarse de la claridad a la oscuridad o de la oscuridad a la claridad. En este último caso tarde 15 segundos en recuperarse completamente.

- **Condiciones sonoras:**

Estas son esenciales cuando se solicita al testigo que señale los detalles de una conversación o sonido relacionado al objeto del proceso. Se debe tener en cuenta que los sonidos graves se perciben mejor que los agudos y que la mayor sensibilidad del sistema auditivo humano coincide con los parámetros del habla normal. Además, las intensidades inferiores indican mayor distancia y los sonidos alejados suenan más graves (Contreras, 2015, p. 163).

- **Tamaño de la imagen que se proyecta en la retina:** Para encontrar el tamaño de un objeto mayormente lo relacionamos con otros objetos presentes en la

escena. Habitualmente juzgamos el tamaño de un objeto por el tamaño de su proyección en la retina y la distancia a la que estimamos que está, un error considerable en la estimación de la distancia dará lugar a una mala interpretación de la realidad (De la Fuente, 2015, p. 66).

- **Conocimiento de lo percibido:** “Si la persona tiene un conocimiento previo sobre los estímulos presentes en los eventos que debe recordar, se facilitara el recuerdo de ellos, tanto cualitativa como cuantitativamente” (Contreras, 2015, p. 161). Un aspecto importante de la percepción es el de elaborar la información que se presenta a nuestros sentidos y asignarle un significado.

Si en el campo visual entra un limón, del cual se percibe: el color, amarillo con diversas tonalidades y variaciones, y la rugosidad de su superficie; lo que sucederá es que aquellos que conozcamos lo que es un limón veremos eso y no el conjunto de elementos a los cuales no les veremos ni sentido ni estructura, los conocimientos que se poseen sobre el mundo y sobre las cosas, influyen en el modo de percibir y codificar un objeto (Mazzoni, 2010, pp. 37-38).

iii. Aspectos temporales

- **La duración:** El tiempo de exposición a aquello que se quiere recordar es importante. Un estudio de Memon *et al.* [2003] (como se citó en De Paula, 2019, p. 123) realizado entre jóvenes, con una media de edad de 19 años, y personas mayores, con una media de edad de 68 años, el tiempo de exposición del rostro del sujeto, al pasar de 12 a 45 segundos, conlleva un aumento significativo del porcentaje de reconocimiento correcto y de reducción de las tasas de reconocimiento falso. Entre los jóvenes, el porcentaje de identificaciones correctas paso del 29% al 95% y de error del 42% al 5%. Mientras entre los mayores pasos del 35% al 85% y el de error del 45% al 10%. Muchos de los sucesos sobre los cuales los testigos declaran, tienen una breve duración, es lógico pensar que con tan poco tiempo que dispone el testigo para percibir, no sea capaz de dar descripciones detalladas y exactas (De la Fuente, 2015, p. 68). Por otro lado, Lofus, Schooler, Boone y Klyne (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 68)

señalan que cuanto más estrés genere una situación, mayor suele ser la sobreestimación de duración de la misma.

- **La datación:** Nosotros tendemos a datar los acontecimientos de manera absoluta (por ejemplo, “el 6 de octubre del 2010”) o de manera relativa (por ejemplo, “hace tres años y medio”). Janssen, Chessa, y Murre (como se citó en De la Fuente, 2015, pp. 68-69) refieren que, como era imaginable, los resultados demostraron que en aquellos acontecimientos que fechamos de manera absoluta tendemos a recordar mejor el momento de su ocurrencia.

Contreras usa el término “ilusión de tiempo-perspectiva” para señalar al fenómeno que se produce cuando atribuimos a nuestro recuerdo una locación temporal inexacta (Contreras, 2015, p. 154).

- **Frecuencia de ocurrencia:** Sobre este punto el profesor Javier de la Fuente señala lo siguiente:

En situaciones de abusos sexuales a menores cometidos durante periodos de tiempo prolongado, nos encontramos con situaciones en las que la víctima-testigo se enfrenta a la situación de hacer una estimación de la frecuencia con la que se han cometido determinados actos delictivos. Además de la estimación de la frecuencia, el problema en estos casos es el de aislar y ofrecer una narración exacta de algún episodio particular, dado el carácter esquemático que tiende a adoptar el recuerdo de estas situaciones precisamente por su repetición continuada. (De la Fuente, 2015, p. 62)

Otros estudios también señalan la posibilidad de que el testigo no pueda identificar la ocasión concreta de la cual se le solicita su declaración (Contreras, 2015, p. 162).

iv. Aspectos espacio temporales

- **La velocidad:** Kebbell, Johnson, Froyland y Ainsworth (como se citó en De Paula, 2019, p. 121) refieren que en un estudio se realizaron dos experimentos: en el primero se hace creer a un grupo de los participantes de la investigación que los vehículos, cuyas velocidades debían evaluar, habían chocado. Este grupo no

estimó cálculos más altos que el grupo de control (a quien no se le proporcionó información alguna). En el segundo experimento se introdujo la variable de que el coche que chocó era de la policía y que tenía las luces intermitentes y las sirenas encendidas; en este caso los sujetos que recibieron esta información dieron estimaciones más altas que las de grupo de control.

Davies (como se citó en De Paula, 2019, p. 121) señala que “existen otros estereotipos que pueden afectar las estimaciones: el tipo de vehículo, o conocer que el conductor tiene condenas anteriores por exceso de velocidad”.

Además, la velocidad aparente de los objetos se ve afectada por su tamaño, de forma que para el ojo humano los objetos pequeños parecen viajar más rápido aun cuando viajen a igual velocidad, como, mientras mayor sea la distancia, menor será la percepción de los objetos (Contreras, 2015, p. 164).

Capacidad Lingüística del sujeto: Se nos hace difícil recordar situaciones y cosas sobre las que no disponemos de un lenguaje y la base conceptual que lo acompaña, adecuados para describirlas y son varios factores los que determinan nuestra base lingüística.

- **Conocimiento:** El testimonio de los niños el cual se encuentra limitado en el caso de episodios de abusos o agresiones sexuales por el desconocimiento del menor sobre aspectos de la sexualidad impropios de su edad (De la Fuente, 2015, p. 70).

- **El dolor:** Un componente que no es fácil de caracterizar de manera lingüística.

El recuerdo del dolor presenta características particulares ya que usualmente este será inconsistente a lo largo del tiempo y se verá determinado por su intensidad y el recuerdo de la experiencia que lo generó (Contreras, 2015, p. 164).

Niven y Brodie (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 70) refieren que se recuerdan mucho mejor los elementos contextuales de la situación en la que se produjo el dolor, que el dolor mismo.

Erskine, Morley y Pearce (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 71) afirman que la exactitud en el recuerdo de la intensidad del dolor no supera las dos semanas, el recuerdo de la intensidad de la sensación dolorosa del parto tiende

a disminuir con el tiempo, mientras que la intensidad del dolor de la extracción dental tiende a aumentar.

A.2. Procesos durante la Codificación

i. Selección

Al procesar un episodio solo los elementos relevantes para los esquemas de conocimiento activados en ese momento son seleccionados para codificarse e integrarse en la representación de ese episodio, esto sucede porque nuestra MT es de recursos limitados, no pudiendo procesar todos los estímulos presentes. Por lo cual en muchas ocasiones no recordamos aquellos que consideramos irrelevante en su momento.

Puede ocurrir que malinterpretamos una situación al no activar los esquemas de conocimiento más adecuados, puede que no dispongamos de los esquemas de conocimientos adecuado con lo que la experiencia codificada será muy pobre, los procesos selectivos hacen que los recuerdos sean necesariamente incompletos.

ii. Abstracción

En este momento solo se tiende a codificar los aspectos semánticos significados, soliendo así recordar las cosas, pero no con nuestras propias palabras, también es usual que recordemos determinadas informaciones de aquello que hemos oído o visto, pero no recordemos el canal exacto por medio del cual lo percibimos.

iii. Interpretación

En ocasiones la información que recibimos es incompleta y nuestros esquemas se encargan de llenar los “huecos”. La memoria tiene un funcionamiento sobre todo inferencial y predictivo. Por ejemplo, si vemos la cabeza de una persona en un taxi, nuestros esquemas codificaran que esa persona esta vestida porque lo normal es que las personas suban vestidas a un taxi. En ocasiones nuestros esquemas sustituyen elementos de la realidad entrante para hacerlos más coherentes con nuestros esquemas de conocimiento. (De la Fuente, s.f)

Algunas investigaciones (Schweller, Brewer y Dahl, 1976) demostraron que es muy probable que si las personas escuchan: “El ama de casa hablo con el tendero sobre el aumento de los precios de la carne”.

Las personas acaban recordando: “El ama de casa se quejó al tendero del aumento de los precios de la carne”.

Mazzoni (2010, p. 44) señala que sucede ante la imposibilidad de darle una interpretación adecuada a un hecho que presenciamos: “Cuando no es posible dar ninguna interpretación dotada de sentido es casi imposible el recuerdo”.

Las personas interpretan los sucesos de acuerdo a su nivel educacional, posición social y sistema de valores (Contreras, 2015, p. 153).

Es así que podemos ver como los esquemas de conocimiento distorsionan la realidad.

iv. Integración

En esta etapa nuestros esquemas de conocimiento generan inferencias a partir de valores por defecto en la interpretación de una situación, estas inferencias posteriormente se integran con la información procedente del exterior y forman una representación única, en la que el origen de la información se hace indistinguible. (De la Fuente, s.f)

Es muy probable que en el ejemplo del taxi no podamos determinar de forma inequívoca si de verdad vimos a la persona con la ropa o solamente lo inferimos. También se integra aquella información que recibimos sobre un mismo episodio en momentos temporales distintos, por lo cual al final conformamos una representación global.

A.3 Codificación superficial y profunda

Para hacer esta diferenciación coloquemos como objeto de codificación el escenario de un accidente de coche.

En una codificación superficial la información que entrara en la memoria y que se representara allí serán elementos generales, como la presencia de mucha o poca gente, el excesivo ruido o el silencio. Si, por el contrario, se codifica de un modo profundo, entonces se representa en la memoria el hecho de que hubo un accidente, un coche fue embestido por otro, y otros elementos conectados con el hecho principal como, por ejemplo, que la embestida ha sido violenta y que hay una víctima. En este último caso se recuerda el suceso de una manera más global y exacta, el recuerdo es claro, referido a hechos cruciales y la cantidad de elementos recordados es mayor (Mazzoni, 2010, pp. 52-53).

Sin embargo, detalles que podríamos considerar superficiales en la codificación de una escena compleja por tener más relación con elementos estructurales del suceso que con elementos de significado, como serían el tono de voz de un hombre o el color del carro que vimos; podrían resultar muy importantes durante el desarrollo de una investigación a efectos de decidir si hubo un altercado entre dos personas o si se quiere encontrar el coche que atropello a un peatón (Mazzoni, 2010, p. 53).

B) Almacenamiento

Comprende el período desde la codificación hasta la recuperación de la información, durante este lapso, el recuerdo permanece en la memoria del sujeto, se podría creer que por la situación de inactividad que caracteriza a este período, la información almacenada permanece inmutable. Sin embargo, durante esta etapa la huella de la memoria se ve afectada por el paso del tiempo, información posterior que se vaya incorporando a la memoria, producto de los propios pensamientos del sujeto como de las influencias externas, lo que podría generar una reelaboración de la huella con información que no se encontraba presente en el suceso original, siendo este último caso lo referente a los falsos recuerdos (Contreras, 2015, p. 159).

En el mismo sentido el profesor De la Fuente señala que durante este período las representaciones de los episodios vividos están en continua interacción, de manera consciente o inconsciente con la información que recibimos y con la transformación de nuestros esquemas de conocimiento (De la Fuente, 2015, p. 54).

C) Recuperación

“Los procesos de recuperación de información son mecanismos que se articulan en la MT para activar la información relevante para lo que se está haciendo en cada momento, estos pueden ser llevado a cabo de manera voluntaria o involuntaria” (De la Fuente, 2015, p. 36).

En el momento de recuperación la información que se traerá a colación, serán los hechos de la forma como los interpreto el declarante al momento de la codificación, por lo que para el éxito de esta etapa será esencial la forma como se almaceno y retuvo la información en la memoria, además también es importante seguir los caminos adecuados que dan acceso a la información que se procura recuperar (Contreras, 2015, pp. 153).

Resulta difícil recuperar una información que no fue codificada o se hizo desde un punto de vista o una interpretación diferente a la utilizada en la recuperación posterior (Manzanero, 2008, p. 119).

Mazzoni (2010, p. 54) refiere formas de acceder a la memoria:

- Directa: La persona que recuerda tiene la sensación de mirar en la propia mente, o de ver de modo inmediato el contenido que andaba buscando si se pregunta dónde dejo las llaves, aparece la imagen de las mismas encima del escritorio.
- Indirecta: la persona tiene la sensación de que tiene que poner empeño para recordar; el recuerdo no se presenta con inmediatez y hay que acceder a él por grados, por ejemplo, si la persona intenta recordar que se hizo por navidad hace 3 años, primero se pregunta “¿Qué hago normalmente en navidad?”, “Ah voy a casa de mis abuelos”, “pero mm creo sucedió algo especial ese año” “ya recuerdo me pelee con mis padres y no fui donde mis abuelos” “entonces hace 3 años en navidad me fui por ahí sola”. Todos estos pensamientos constituyen la estructura del proceso de recuperación indirecto en el que, para recordar, hay que proceder paso a paso a examinar diversas informaciones que, al final, conducen, más o menos, a la recuperación en la memoria de aquello que se buscaba.

- Tareas de reconocimiento y tareas de recuerdo.

En las tareas de reconocimiento, la información que hay que recuperar se le presenta al sujeto dentro de un conjunto de información entre la que hay que elegir; en las tareas de recuerdo el sujeto debe generar la información que hay que recuperar a partir de un indicio (De la Fuente, 2015, p. 36).

- Procesos de codificación durante la recuperación
 - i. Selección: Del total de información almacenada, durante el proceso de recuperación, solo suele accederse a una parte de la información representada sobre un episodio (De la Fuente, 2015, p. 55). Para entender cabalmente que involucra el proceso de selección, se debe diferenciar entre accesibilidad y disponibilidad. La disponibilidad se refiere a la información que nuestra memoria almacena sobre determinado episodio, y la accesibilidad se observa en los procesos de recuperación en los cuales solo una parte de esta información almacenada sería accesible, en razón de determinados factores, posiblemente el más importante sería las claves de información útiles y presentes en cada intento de recuperación (De la Fuente, 2015, p. 55). Si una información no es accesible en un momento, pero lo es en otro posterior probablemente sea porque los mecanismos de recuperación de la MT fueron más adecuados en un momento que en otro (De la Fuente, 2015, p. 39).
 - ii. Interpretación: En el momento de la recuperación también se nos proporciona valores por defecto para rellenar los huecos producidos por el olvido que dejaron algunos elementos, ante estos elementos que no recordemos, nuestros esquemas nos suministran el “valor más probable”, el cual tendemos a incluir en nuestro recuerdo como si fuesen elementos conservados de la representación inicial. Por ejemplo, recordamos ver a una persona, pero no recordamos su color de piel, sin embargo, sabiendo que era nativo del continente africano, inferimos que debía ser de piel oscura y así lo incluimos en nuestro recuerdo sin distinguir si es una inferencia de nuestra memoria o es un recuerdo genuino.

3.4. La Psicología del Testimonio, el contenido del testimonio y la fiabilidad de este

3.4.1. Contenido del testimonio

Según Mazzoni (2010, pp. 16-17), el contenido de un testimonio depende de la interacción entre el contenido de la memoria —el contenido del suceso al que ha asistido el testigo—, y los procesos de decisión relativos a «lo que» el testigo trata de relatar, esta relación entre el contenido de lo sucedido y la decisión relativa al contenido que se relata, ofrece estas posibilidades:

- a) Una persona que recuerda muchas cosas y las relata de modo acertado de modo que corresponden con la realidad (testimonio ideal, pero poco frecuente).
- b) La persona recuerda poco o nada y no relata nada (caso más frecuente), el cual desde un punto de vista teórico es semejante al testimonio perfecto, ya que lo que el testigo (no) relata se corresponde con lo que (no) recuerda; a pesar de no ser útil desde un punto de vista práctico.
- c) El caso de un individuo que recuerda muchos elementos, pero decide callar o decir cosas diferentes, este es el caso de la mentira.
- d) El individuo no recuerda de modo preciso varios elementos de la escena a la que ha asistido, pero relata muchas cosas que, ante la evidencia de los hechos, no se corresponden con la verdad, este es el caso más problemático de todos ya que a pesar de que el testigo obra de buena fe, recuerda cosas no verdaderas, la persona no es consciente del hecho de que su memoria, y los recuerdos relativos a un determinado suceso, han sido modificados y distorsionados.

3.4.2. El testimonio detallado

Una creencia errada es que un testimonio bastante detallado constituye un testimonio fiable, sin embargo, esto no es así y para explicarlo colocaremos un ejemplo. Imaginemos una escena en la que un hombre acuchilla a su esposa en la cocina, en la escena hay una mesa, tres vasos, una olla con agua hirviendo, diversos utensilios de cocina, algunos muebles, paredes blancas y luz de neón. Si un testigo de los hechos recuerda solo una mesa, tres vasos y una olla de agua hirviendo, estamos ante un testimonio pobre por aportar pocos elementos de la escena que es perfectamente exacto al no relatar sobre elementos que no existieron en la escena (ejemplo: un plato roto en el suelo), e inútil a la vez, ya que no se relata aquello que es materia de investigación (el asesinato). En cambio, si un testigo de la escena recordase solo el momento del asesinato,

tendríamos un recuerdo más pobre aún, pero más útil para la investigación. Por tanto, un recuerdo, incluso pobre, siempre que sea exacto, puede ser sumamente útil a los efectos de una investigación. Este último caso suele ser el más común en razón a que hay estudios que han demostrado que los recuerdos suelen ser más exactos cuanto más afectan al elemento central del episodio objeto de investigación, y suelen ser más imprecisos en el caso en que el elemento, o los elementos importantes, sean periféricos en relación con la escena a la que ha asistido el testigo. No obstante, este efecto está mediatizado por la atención, por lo que existen numerosas excepciones en las que se recuerdan con gran precisión detalles relativamente irrelevantes. Esto se ve relacionado con el fenómeno *weapon effect*, ya explicado anteriormente (Mazzoni, 2010, pp. 18-19).

Algunas personas pueden creer que, si un testigo hace una declaración sincera, esta es verdadera; sin embargo, esto no es necesariamente así.

En el testimonio pueden darse los siguientes casos de la confluencia entre sinceridad y veracidad.

Un testimonio puede ser sincero y verdadero (acorde a las creencias del testigo y a la realidad), no sincero y verdadero (esto es, no acorde a las creencias del testigo, pero sí a la realidad), sincero y falso (a saber, acorde a las creencias del testigo, pero no a la realidad) y no sincero y falso (o sea, no acorde a las creencias del testigo ni a la realidad) (De Paula, 2019, p. 103).

3.4.3. Objetivo del testimonio

El objetivo de la declaración, según Manzanero, es la obtención de la mayor cantidad de información posible y que esa información sea lo más exacta que se pueda (Manzanero, 2008). Teniendo en cuenta que el proceso solo puede llegar a una verdad relativa más no absoluta –por sus propias limitaciones- no podemos exigir al testimonio algo que el proceso en su conjunto no es posible de alcanzar (Contreras, 2015).

3.5. La información engañosa y las sugerencias

3.5.1. Información proporcionada post-suceso

Ya hemos señalado que, si el recuerdo del suceso que debemos recordar está incompleto, tenemos que “rellenar” los detalles borrados, lo cual realizamos a través de

inferencias que tienen como base: nuestros conocimientos, experiencias previas, e información proporcionada posteriormente al suceso, esta última puede generar que algunas de estas inferencias sean erróneas, tal como explicaremos.

El profesor Antonio Manzanero coloca como ejemplo de falsos recuerdos: el accidente aéreo del vuelo 800 de la TWA, ocurrido en Estados Unidos el 17 de julio de 1996, un grupo de testigos atribuían el accidente al impacto de un misil, tiempo después algunos investigadores y medios de comunicación compartieron esta teoría; más adelante, las evidencias demostraron que el accidente se debió a una chispa eléctrica que inflamó el combustible. Davis y Loftus (como se citó en Manzanero, 2008, p. 125) refieren que respecto a la “teoría del misil”, la información publicada sobre la misma tuvo incidencia en las declaraciones de los testigos presenciales, quienes empezaron a aportar información referente a esta falsa teoría.

3.5.2. Impacto información post-suceso

Se ha demostrado que cuando la información contradictoria se suministra después de un largo intervalo de tiempo desde que el sujeto presenció el evento original, es más probable que el sujeto la acepte e incorpore a su recuerdo. También se ha demostrado que es bastante probable que el testigo acabe confundido por la información post-suceso que se le suministra si la fuente cuenta con crédito o autoridad para el testigo, o si él no sospecha en modo alguno que la información pueda ser falsa (De la Fuente, 2015, pp. 77-78).

En base a estos hechos el profesor concluye que las informaciones proporcionadas por los medios de comunicación, instantes después de ocurrida la catástrofe, influenciaron en el recuerdo sobre los hechos que tenían los testigos (Manzanero, 2008, p. 125). Diges (como se citó en Contreras, 2015, p. 170) señala que la información engañosa es más fácil de aceptar cuando menos inverosímiles sean los datos aportados. Loftus, Miller y Burns (como se citó en Contreras, 2015, p. 171) realizaron un estudio en el cual señalaron que la información engañosa tiene un mayor impacto si se presenta en los momentos anteriores a la prueba de reconocimiento que si se presentaba momentos después del suceso inicial, presumiblemente porque la huella original más débil, es más fácil de alterar.

Sobre este tema Manzanero sostiene que cuando se proporciona la información sugerida inmediatamente antes de solicitar a los sujetos el recuerdo libre del suceso, los sujetos al parecer tienen presente la información original y la sugerida; y que cuanto mayor es el intervalo temporal entre la sugerencia de información falsa y la tarea de recuperación, mayor es la probabilidad de aceptación de esa información (Manzanero, 2008, pp. 19-20).

Lenguaje de las preguntas

Se puede alterar la memoria de los testigos con el tipo de preguntas que realiza el interrogador, y con el lenguaje utilizado en las mismas.

Manzanero nos relata “sobre los resultados de un experimento relacionado a este punto y las hipótesis que se formulan para intentar explicar los mismos” (Manzanero, 2008, pp. 126-127).

Para el experimento se utilizó una película referente a un accidente de coche, los resultados muestran que cuando en las preguntas se utiliza un verbo que implica mayor fuerza en el choque (colisión, golpe, contacto, impacto o choque) los sujetos dan estimaciones de velocidad más altas.

Para la explicación de este suceso se tienen tres hipótesis.

La primera sugiere que proporcionar información engañosa después de haber presenciado un hecho, y bajo determinadas condiciones, puede influir en las respuestas a cuestiones realizadas considerablemente más tarde. Esta nueva información reconstruirá o alterará la memoria original, dando origen a una memoria mezcla entre la información original y la información engañosa. (Manzanero,s.f)

La segunda hace referencia a un no-conflicto entre ambas memorias, debido a que solo habría una huella de memoria, la sugerida por el investigador. Dentro de esta teoría se entiende que solo habrá información engañosa cuando los sujetos carezcan de huella de memoria original. En ese caso, los sujetos

fallarán en recordar el suceso original, e informarán en el sentido sugerido por los entrevistadores. (Manzanero,s.f)

La última hace referencia a la coexistencia, según la cual la memoria original permanecería intacta coexistiendo con la nueva información aportada, por tanto, tendríamos dos diferentes representaciones del suceso. La segunda huella provocada por la información engañosa tendrá un efecto inhibitor sobre la primera huella, que queda inaccesible para el sujeto.

Una investigación del propio Manzanero (como se citó en Manzanero, 2008, p. 127) señala que:

Tanto la hipótesis de la sustitución de la memoria original por la falsa como la hipótesis de la coexistencia podrían ser ciertas, pero se darían en diferentes momentos así tendríamos: 1) Una primera fase, en los momentos inmediatamente posteriores a la sugerencia de la información falsa y donde todavía no se ha integrado está en la huella original por lo que podrían coexistir ambos tipos de información (original y sugerida). La aceptación de una en detrimento de la otra al describir el suceso procedería de variables como las demandas de la tarea o fallos al discriminar el origen de cada una de ellas. 2) Una segunda fase tendría lugar se pierden las características básicas para determinar la procedencia de la huella y los datos contextuales acerca del origen del suceso. Entonces sería más difícil discriminar el origen del dato falso, que probablemente ya forma parte inseparable de la huella. El profesor concluye que hay un punto de acuerdo en todas las hipótesis: la presentación de información engañosa afecta a los informes que los sujetos dan acerca de un suceso visto anteriormente.

3.5.3. Influencia en la declaración del testigo por parte de la autoridad

A un grupo de estudiantes se les mostro un video del robo de una tienda, en el que debían identificar al culpable, luego se les entregaba seis fotografías para que señalen quien de las fotografías realizo el robo y el grado de certeza que tienen de su afirmación, sin embargo, ni una de las personas de las fotografías era el culpable. A continuación, a un tercio de los estudiantes se les comunico que habían escogido de forma correcta, al

otro tercio se les dijo que fallaron en su elección y al tercio restantes no se les dijo nada. A la semana siguiente, se repitió el experimento, los estudiantes que recibieron una respuesta positiva por su elección incrementaron su grado de certeza al momento de repetirla, quienes recibieron una respuesta negativa, realizaron una segunda elección con un grado de certeza menor, y quienes no recibieron respuesta no cambiaron ni su elección ni su grado de certeza. Al final todos los estudiantes individualizaron en uno de esos seis rostros al culpable (Mazzoni, 2010, p. 22). Giuliana Mazzoni señala que la forma de explicar este resultado es el hecho de que nosotros como individuos, creemos generalmente en la autoridad, por lo cual si somos testigos de un robo en una tienda y luego un policía nos presenta unas fotos y nos señala que el sospechoso esta entre ellas, nosotros escogemos a la persona que más parecido tenga a la que hemos visto en la tienda, no pensamos que el policía vaya a mentirnos (Mazzoni, 2010, p. 23). Como podemos observar, en casos así se puede condenar a un inocente.

3.5.4. Las preguntas capciosas

El entrevistador al momento de formular sus preguntas puede introducir información a través de ellas. Para explicar este fenómeno la psicología señala dos razones:

La primera razón es que existen normas que regulan la conversación en situaciones normales (conversaciones con familiares, amigos, entre otros). Una de estas normas es que cuando hablamos partimos del supuesto del que los conocimientos que nosotros tenemos, son en mayor parte compartidos. Y tenemos razón ya que no hablaríamos en una conversación algo como esto “¿Has abierto la puerta? Ya sabes que la puerta es ese rectángulo de madera que usamos para cerrar la casa y para impedir el acceso”. Lo que sucede es que usamos la palabra puerta sabiendo que el otro conoce su significado. Presuponemos que el mundo de los conocimientos es ampliamente compartido, y casi siempre, esto es correcto. Esta no es, sin embargo, la situación en el caso en los cuales debemos suponer, en contra de lo habitual, que no sabemos lo que el testigo conoce.

La segunda razón es que una vez se tiene una hipótesis, se tiende a realizar espontáneamente acciones para confirmarla. Un ejemplo sería el caso en el cual una persona es testigo de un robo en un autobús, y culpa a una persona de color del robo, porque cree que todas las personas de color son ladrones (prejuicio), por lo cual el testigo

buscara indicios en su memoria para inculpar a esta persona de color, como serían: que la persona de color, se encontraba muy cerca de la víctima, tenía pinta de culpable, entre otros. Quien acusa tan espontáneamente no detectará que había otras personas tan cercanas o más que el inculpado y que también tenían pintas de culpables. Estos elementos que permitirían una revisión de la hipótesis, son fácilmente desechados (Mazzoni, 2010, 83-85).

3.5.5. Información engañosa en el recuerdo

A) Introducción de una palabra

Loftus, Miller y Burns (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 74) señalan que, si se dan indicaciones verbales referentes a una figura simple presentada precedentemente, esas informaciones verbales podían modificar la memoria visual de la figura. Para demostrarlo eligió y presentó diapositivas que representaban un coche que llegaba a un cruce en el que había una señal de ceda el paso. El coche ralentizaba un poco y, un momento después, era golpeado por otro que venía por la derecha. Luego se les preguntaba a los sujetos de qué color era el coche que se había saltado el stop, siendo esto último la información engañosa porque lo que el coche no respetó fue un letrero de ceda el paso.

B) Cambio de un artículo

Trabajos de investigación han demostrado que basta con cambiar un artículo para modificar el recuerdo.

En el lenguaje castellano la diferencia entre un artículo determinado e indeterminado es importante, si decimos “un hombre”, nos referimos a cualquier individuo de sexo masculino; al decir “el hombre”, se señala a un individuo específico del que se asume que es conocido por el interlocutor. Desde un punto de vista lógico, por tanto, si en una pregunta se usa el artículo determinado, “el hombre”, se comunica implícitamente al interlocutor que ya se ha hablado antes de eso y que el interlocutor está al corriente de la presencia de un hombre en el evento que se está describiendo (Mazzoni, 2010, p. 75).

En un estudio realizado por Loftus y Zanni (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 75) se ha visto que, cuando en las preguntas se usaba el artículo determinado, las personas describían la presencia de “el hombre” con mayor frecuencia que cuando se usaba el artículo indeterminado.

3.6. El recuerdo y el olvido

3.6.1. ¿Qué involucra recordar?

Para que un dato almacenado en la memoria se convierta en recuerdo debe ser recuperado de allí y utilizado para algún fin. En los estudios sobre la memoria, el objetivo de la recuperación sólo sirve para dar satisfacción al experimentador que desea medir la cantidad y exactitud de la memoria, pero en la vida cotidiana se dan objetivos, como por ejemplo comprar aquello necesario para preparar la cena, o llegar a tiempo al aeropuerto para abordar el avión (Mazzoni, 2010, p. 54). Cabe señalar que Stern, uno de los primeros estudiosos de la psicología del testimonio, señalaba que “el recuerdo defectuoso no es la excepción, sino la regla” (Andrés Ibáñez, 2003, p. 61).

3.6.2. Factores relacionados con la recuperación

A) Intervalo de demora: La sensación que tenemos, especialmente cuando hemos vivido un episodio que nos ha impresionado, de que nuestros recuerdos se conservan con una exactitud y detalle en ocasiones es falso.

Ebbinghaus (como se citó en De la Fuente, 2015, pp. 72-73) proporcionó una descripción de cómo se produce el olvido, y lo denominó: “la curva del olvido”, acorde a esta, la pérdida de información es mayor los primeros momentos del intervalo de retención, y luego se va haciendo más atenuada, por lo cual, transcurrido cierto tiempo, casi toda la información que podíamos olvidar ya está olvidada. Loftus señala que en una situación de olvido total no está claro si esa información se ha borrado permanentemente de nuestro registro o solo se ha tornado inaccesible.

B) Información Post-suceso: Se ha demostrado que cuando la información contradictoria se suministra después de un largo intervalo de tiempo desde que el sujeto presenció el evento original, es más probable que el sujeto la acepte e incorpore a su recuerdo. También se ha demostrado que es bastante probable que el testigo acabe confundido por la información post-suceso que se le suministra si

la fuente cuenta con crédito o autoridad para el testigo, o si él no sospecha en modo alguno que la información pueda ser falsa (De la Fuente, 2015, pp. 77-78).

C) El tipo de Interrogatorio: En una investigación realizada por Loftus y Palmer [1974] (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 79) se presenta a todos los sujetos una secuencia de video en la cual dos automóviles colisionan. A una parte de los sujetos, se le preguntaba: ¿qué velocidad iban los coches cuando se estrellaron?"; a otros: "A qué velocidad iban los coches cuando colisionaron?"; "A qué velocidad iban los coches cuando chocaron?"; ¿qué velocidad iban los coches cuando se toparon?"; ¿qué velocidad iban los coches cuando contactaron?".

Y se obtiene como resultado:

¿A qué velocidad iban los coches cuando...?	
Se estrellaron	65,6 km/h
Colisionaron	63,2 km/h
Chocaron	61,3 km/h
Toparon	54,7 km/h
Contactaron	51,1 km/h

A pesar de que se crea que la diferencia es mínima, para efectos legales el testigo puede estar informando sobre una velocidad legal o ilegal, con las consecuencias que eso acarrea.

D) Intentos de recuperación

Diges (como se citó en Andrés Ibáñez, 2003, p. 61) señala que los repetidos intentos de recuperación del recuerdo, cuando se llevan a cabo en momentos distintos separados por lapsos de tiempo relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los contenidos mnésicos originales; que se vera acentuado cuando, además, se reciba información externa sobre el asunto, como sucede en los interrogatorios, en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas.

Gorphe (como se citó en Andrés Ibáñez, 2003, p. 62) refiere que ya desde la década del 30, se reconocía que en el caso de reconocimiento de personas el error es muy fácil.

3.6.3. Factores del Testigo relacionados con el recuerdo

- A) Sexo:** Loftus, así como Manzanero, concuerdan en que no hay diferencias en cuanto al rendimiento de hombres y mujeres en cuanto al rendimiento en tareas de memoria, pero hombres y mujeres se diferencian en cuanto a las particularidades del suceso al cual le prestan atención (como se citó en Contreras, 2015, p. 166). El profesor Manzanero (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 84) señala un ejemplo relacionado a este último caso: En una ocasión, pregunto a los alumnos de su clase por la vestimenta de una de sus compañeras que la semana anterior había realizado una exposición y, por tanto, había estado delante del resto de los alumnos durante al menos veinte minutos. El profesor agrega que, de manera significativa, las mujeres fueron capaces de ofrecer descripciones mucho más detalladas y exactas de la ropa que vestía su compañera durante la exposición, y los varones fueron, en general, incapaces de ofrecer descripciones mínimamente detalladas.
- B) Edad:** La capacidad de recordar deriva de un conjunto de procesos complejos que se desarrollan desde antes del nacimiento, y no podemos considerar que esta habilidad sea desarrollada a un nivel comparable a la de la persona adulta al menos hasta la edad escolar (De la Fuente, 2015, p. 85). Sin embargo, Contreras Rojas señala que los problemas para recordar hechos o caras, así como para situar temporalmente un suceso, se presentan en sujetos de todos los rangos etarios (Contreras, 2015, p. 166).

Fitzgerald y Price (como se citó en De Paula, 2019, p. 124) refieren que en un metaanálisis se recopiló 25 estudios sobre testimonios de personas mayores y 34 sobre testimonios infantiles, que sumaban 20,244 participantes. Los resultados, que tienen un grado elevado de comprobación científica, reflejan que el adulto joven tiene más posibilidades de identificar personas que los adultos ancianos o los niños. Las posibilidades de acierto son un 71% superior, cuando se reducía el conjunto de personas eran adultos mayores entre 68 a 77 años. Con relación a los niños, los adultos jóvenes tienen un 42 % de posibilidad de acierto superior al de los niños entre 4 a 17 años, cuando el grupo de estos niños eran de 5 a 8,2 años las probabilidades de acierto eran un 51 % superiores; y cuando los niños tenían

de 9 a 13 años las probabilidades eran solo 22% superiores. De esta forma, se concluye que cuanto más edad tenga el niño, menor será la diferencia de aciertos con relación a los adultos jóvenes.

Estos resultados señalan que las personas mayores son peores que los niños al momento de identificar personas.

Y en algún estudio (Cohen y Faulkner, 1989) se ha encontrado que los mayores efectivamente mostraban un efecto más fuerte de la información engañosa, en el sentido de un mayor deterioro del recuerdo de la información original, que los más jóvenes, lo que se ha interpretado como producto de las dificultades que tienen las personas ancianas para recordar información contextual, específica de origen o fuente (Lindsay, 1994) o para recordar información sensorial o espacial (Johnson, Hashtroudi y Lindsay, 1993). (Diges, 2016, p. 168)

C) El control de la realidad.

- **Cuestiones Generales:** En virtud a los lóbulos frontales del cerebro la mayoría de las personas pueden distinguir los recuerdos de un sueño de los recuerdos de un suceso real (Molina, 2013, p. 69). A la capacidad de distinguir la fuente de donde procede una información se denomina examen de la realidad, cuando intentamos distinguir entre aquello que percibimos e imaginamos estamos ante la tarea de discriminar una fuente externa (una percepción) de una interna (pensamiento, imaginación). Sin necesidad de sufrir alguna patología, podemos cometer errores al momento de diferenciar una fuente externa de una interna, un sueño puede ser tan vívido que nos hace dudar si fue un sueño o fue real, también podemos percibir estímulos alejados, débiles o degradados por lo que se nos genera la duda de si son reales o si solo los estamos imaginando, un ejemplo es: “¿Recuerdo que, efectivamente, cerré la llave del gas, o solo pensé que debía cerrarla?”. Incluso podemos cometer errores entre diferenciar dos fuentes externas distintas: Si lo que estamos oyendo proviene de la radio de la cocina, o de la mujer que se encuentra en la cocina (De la Fuente, 2015, pp. 87-89). Sobre este fenómeno Contreras Rojas señala “la memoria tiene la facultad de hacernos creer

que hemos presenciado en vivo y en directo, hechos de los que solo tuvimos noticia mediante la lectura o los dichos de otros sujetos” (Contreras, 2015, p. 147).

(...) Lindsay y Johnson (1987, 1989), en otros experimentos en los que también pedían juicios sobre el origen de sus memorias reales y sugeridas, encontraron que los sujetos confundían su origen, y argumentan qué sería debido a que son poco críticos a la hora de realizar estos juicios. (Manzanero, 2008, p. 128)

- **Atributos de nuestros recuerdos**

De la Fuente (2015, p. 89) señala los siguientes atributos de nuestros recuerdos:

- i. Contextuales:** El espacio físico en el que tuvo lugar el episodio que el recuerdo representa.
- ii. Sensoriales:** Elementos relacionados con la experiencia sensorial (imágenes visuales, sonidos, sensaciones táctiles, temperatura, etc.).
- iii. Semánticos:** Elementos aportados por nuestros esquemas de conocimiento para rellenar los huecos que la información no ha aportado o que ya fueron olvidados.

- **Operaciones cognitivas:** Elementos que representan la huella de los procesos cognitivos conscientes que hemos llevado a cabo en el procesamiento de una información. Por ejemplo, si intentamos recordar lo que comimos el sábado pasado es posible que recurramos a estrategias de búsqueda (como, por ejemplo, pensar donde y con quien estábamos, que solemos comer los sábados, etc.). Estos procesos y operaciones también dejan su rastro en nuestros recuerdos. Los procesos perceptivos están más automatizados y, consecuentemente, las operaciones cognitivas que hacemos en los mismos dejan menos rastro.

Estos distintos tipos de atributos no resisten de igual manera el paso del tiempo, al parecer los aspectos más duraderos son los sensoriales y contextuales, las huellas referidas a los procesos mentales ejecutados decaen más rápido (De la Fuente, 2015, p. 92).

- **Variables del proceso de control de la realidad**

- i. **La edad:** Foley y Johnson (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 92) refieren que parece que los niños de edad escolar son igual de efectivos que los adultos para diferenciar entre dos fuentes externas, sin embargo, son menos efectivos que los adultos para diferenciar entre lo que han dicho y lo que han imaginado, Al parecer en los niños el recuerdo de las ideas es menor que el recuerdo de los hechos.
 - ii. **Referente:** Discriminamos mejor la fuente de una determinada información cuando la información se refiere a nosotros mismos que cuando hace referencia a otras personas (De la Fuente, 2015, p. 92).
 - iii. **Pensar y hablar:** La influencia sobre los procesos de control de la realidad depende de los aspectos sobre los cuales se hable o piense, se pueden reforzar determinados atributos que luego pueden derivar en errores en el juicio de la fuente de la información. Los procesos desarrollados al pensar o hablar sobre los acontecimientos pueden distorsionar la estimación de la frecuencia de un suceso cuando se trata de recordar sucesos recurrentes que han acaecido con determinada periodicidad (De la Fuente, 2015, p. 92).
 - iv. **Diferencias individuales:** Las personas muy imaginativas y hábiles en la formación y manejo de imágenes mentales pueden tener problemas para diferenciar entre una fuente externa o interna, al generar huellas de memoria muy ricas en detalles sensoriales que son difíciles de distinguir de las de origen externo (De la Fuente, 2015, p. 92). En el mismo sentido se ha pronunciado Bowers y Bekerian (como se citó en Contreras, 2015, p. 169) quienes también señalan que estas personas tienen problemas para diferenciar los elementos reales de los integrados con posterioridad, en su huella de memoria.
- **Pautas para diferenciar cuando el testigo relata lo vivido o un extracto de su memoria**

(...) Schooler, Clark y Loftus (1988) realizaron un experimento similar al anterior, pero variando el material (en lugar de una señal de ceda el paso, utilizaron tres objetos inexistentes supuestamente robados en la película) y la modalidad de recuerdo (en el primero se pidió por escrito y ahora se pide recuerdo oral y se graba en vídeo). Los resultados mostraron que las memorias sugeridas incluían más alusiones a procesos cognitivos, más autorreferencias (aparecía más veces el pronombre «yo»), y las muletillas, mientras que las memorias reales incluían más

alusiones a procesos perceptivos y más detalles sensoriales. (Manzanero, 2008, p. 129)

Sin embargo, algunos otros, como Alonso-Quecuty (1993), señalan que las descripciones de memoria de los sujetos, consideradas globalmente, no difieren de forma sustancial sean reales o sugeridas (Manzanero, 2008, p. 129).

D) El efecto del contexto: Por contexto podemos entender “(...) todo aquello que rodea o acompaña en el espacio y en el tiempo a la información que aprendemos en un momento determinado cuando vivimos determinada experiencia” (De la Fuente, 2015, p. 94).

Clases de contexto

- **Contexto Semántico:** Conceptos y esquemas que activamos de la MLP en el momento de codificar un episodio o experiencia. En virtud a este contexto la misma información puede ser interpretada de forma distinta por diferentes personas al activar cada una de ellas esquemas de conocimiento distintos (De la Fuente, 2015, p. 95). En el mismo sentido se pronuncia Contreras quien señala que dos personas codifican de forma distinta un mismo hecho en razón a que cada uno le otorga una connotación o significado diferente. Por lo que el recuerdo de un hecho es una actividad esencialmente subjetiva (Contreras, 2015, p. 159).
- **Contexto ambiental:** Estímulos externos (visual, auditivo, etc.) que acompañan a la información procesada y que es objeto de aprendizaje (De la Fuente, 2015, p. 95).
- **Contexto emocional:** Estímulos tipo emocional-fisiológico que son los estados de ánimo y estados alterados por determinadas alteraciones fisiológicas tanto motivadas ya sea por patologías o por sustancias (De la Fuente, 2015, p. 96).

Investigaciones, por ejemplo, Bower y Cohen [1982] (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 96), señalan que es más probable que podamos recuperar experiencias congruentes con nuestro estado de ánimo actual (alegre, triste, etc.). Además, se ha demostrado que las personas que aprenden determinada información en un estado de ánimo concreto o un estado fisiológico, tienden a recuperar más fácilmente dicha

información cuando se les induce a un estado de ánimo o fisiológico similar (De la Fuente, 2015, p. 96).

- **Contexto cognitivo:** Se ha propuesto este concepto para referirse a un contexto global que incluiría aspectos ambientales, emocionales y fisiológicos concomitantes a la experiencia codificada (De la Fuente, 2015, p. 96).

E) El efecto de la Ansiedad

- **La ansiedad**

Señalamos la definición del profesor Javier de la Fuente:

“Es un conjunto complejo de reacciones de nuestro organismo (fisiológicas, emocionales, cognitivas, motoras y conductuales) ante sucesos que, por la gran demanda de adaptación que plantean, amenazan nuestra integridad física y/o psicológica” (De la Fuente, 2015, p. 101).

“(…) la reacción ansiosa se produce como consecuencia de situaciones que suponen un reto de especial dificultad desde el punto de vista adaptativo” (De la Fuente, 2015, p. 105).

- **Intensidad del estrés**

El efecto de la ansiedad no va a ser el mismo en todas las situaciones dependerá de la situación y sobre todo de la capacidad del testigo de manejar el estrés. Algunas situaciones pueden suponer solo una ligera excitación para algunas personas mientras que para otras personas estas situaciones pueden significar una carga de estrés insoportable. Como por ejemplo el acto de hablar en público (De la Fuente, 2015, pp. 101-102).

- **Aparentes contradicciones**

En las relaciones entre ansiedad y memoria, la psicología popular nos presenta situaciones contradictorias como es el hecho de que existen personas que señalan que una situación les generó una reacción emocional que difícilmente la olvidarían, por el contrario, existen personas que en ocasiones señalan que apenas recuerdan lo sucedido

en vivencias que les produjeron una intensa reacción emocional; incluso hay personas que señalan que no recuerdan nada en absoluto de situaciones que les produjeron un nivel de estrés extremo (De la Fuente, 2015, p. 102).

- **Algunos intentos de respuesta a las aparentes contradicciones.**

- i. Ley de Yerkes-Dodson: Estos investigadores señalaron en 1908 que la relación entre emoción y rendimiento de la memoria seguiría una función con forma de U invertida, lo cual significaría que los niveles muy bajos de activación como los extremadamente altos darían los niveles de rendimiento de la memoria más bajos, mientras que los niveles intermedios de activación serían los más beneficiosos para las tareas de memoria. Siendo una descripción muy general ya que involucraría que entre las dos situaciones extremas hay algún punto óptimo de activación en relación con el rendimiento (De la Fuente, 2015, pp. 104-105).
- ii. Kesinger y Schacter (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 105) señalan que la emoción ejerce sobre la memoria distintos efectos cuantitativos y cualitativos.
Cuantitativos: Tendemos a codificar y recordar más sucesos de alto componente emocional (positivos o negativos).
Cualitativos: La viveza de los recuerdos genera un alto componente emocional de los mismos
- iii. Ruiz Vargas (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 105) señala que la vivencia positiva o negativa influye de manera significativa en la probabilidad del recuerdo, pero los resultados obtenidos son contradictorios, ya que algunos encuentran ventaja en los episodios positivos y otros en los negativos.
- iv. Reisberg y Heuer (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 106): señalan que los eventos altamente emocionales tienden a ser muy vívidos, las personas los recuerdan con la

sensación de conservar gran cantidad de detalles sensoriales, particularmente imágenes.

• **Recuerdos destellantes:** Los recuerdos destellantes son los que las personas señalan recordar con viveza y con detalle, la psicología popular relaciona la sensación de viveza del recuerdo con su exactitud, sin embargo, en muchas ocasiones los datos de la psicología científica contradicen nuestras sensaciones intuitivas sobre nuestro funcionamiento cognitivo (De la Fuente, 2015, pp. 106-107).

Relacionado a esta clase de recuerdos, según Brown y Kulik [1977] (como se citó en Diges, 2016, p. 94), son las memorias “de flash” (flashbulb memories), las cuales son las memorias de una circunstancia en la cual uno se enteró de un suceso inesperado y de gran alcance. En todos estos casos cuando se pregunta a la gente que vivió estos acontecimientos cómo recuerda las circunstancias en que se enteraron de la noticia, la mayor parte de los encuestados dice tener un recuerdo muy vívido y exacto, a pesar de que ha transcurrido varios años desde que se produjo el suceso.

Neisser y Harsch (como se citó en Diges, 2016, pp. 95-96) pensaron que las características del accidente del transbordador espacial de la NASA Challenger, en 1986 provocaría memorias “de flash” en Norteamérica, al día siguiente del evento realizaron un cuestionario del suceso a un grupo de estudiantes, entre todas las preguntas, la central fue: “¿Cómo se enteró usted de la explosión del Challenger?”, así obtuvieron el registro más aproximado acerca de las circunstancias personales en las que se conoció la noticia. Dos años y medio después se realiza las mismas preguntas a los estudiantes, partiendo del supuesto que 24 horas después del suceso, la gente tiene un recuerdo bastante exacto de cómo conoció de la noticia, y que este registro es tan aproximado al original que puede utilizarse como si fuera el original para examinar las desviaciones y omisiones del recuerdo de dos años y medio después. Los resultados fueron que un 25% de personas realizó un segundo testimonio que no coincidió en nada con el primero, en el 50 % su segundo testimonio, no era ni la mitad de idéntico que el primer testimonio y solo el 7% dio un segundo testimonio idéntico al primero. A pesar del bajo nivel de exactitud la mayoría de los entrevistados tenía una gran confianza en este segundo testimonio y por último casi ninguno de ellos recordaba el cuestionario de dos años antes. Meses después

Neisser y Harsch realizaron entrevistas individuales con cada estudiante e intentaron diversos procedimientos mejorar la exactitud de su recuerdo, sin embargo, ni una de esas técnicas fue efectiva para aumentar o mejorar el recuerdo, además cuando a los sujetos se les mostraba el primer cuestionario que llenaron ellos no creían que su memoria fuera tan errónea.

Incluso la seguridad que se muestra sobre recuerdos considerados traumantes no se corresponde con lo que en realidad se recuerda.

Wageenar y Groeneweg [1990] (como se citó en Diges, 2016, p. 98) señala que los supervivientes de los campos de concentración señalaban tener una gran memoria sobre lo que vivieron, allí, sin embargo, cuando se comparó lo que relataron en 1984 con lo que relataron en los años 40 cuando fueron liberados de allí, se mostraba que la mayor parte de los nombres tanto de los guardias como de amigos era modificada, así como la gravedad de algunos sucesos. La mejor memoria correspondía a los datos más rutinarios menos emocionales.

• **La ansiedad y el foco atencional:** Reisberg [2006] (como se citó en De la Fuente, 2015, pp. 108-109) señala que la ansiedad produce un estrechamiento del foco atencional que determina que el sujeto centre sus recursos atencionales solo en los elementos que considera más significativos de la situación, no procesando aquellos que considera periféricos.

Un caso importante de la relación entre ansiedad y el foco atencional es el fenómeno denominado *weapon effect* al que hicimos alusión línea arriba.

Estudios, como Stanny y Johnson [2000] (como se citó en De la Fuente, 2015, p. 109) señalan que si aparece un arma en el evento los sujetos dedican mucho tiempo a dirigir sus ojos sobre ella, por lo cual recuerdan poco otros elementos de la escena.

3.6.4. Distorsiones sin sugerencias

A) Sin sugerencias

En un experimento realizado por James Deese [1959] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 70) a los sujetos experimentales se les presentó una lista de palabras como: lecho, noche, almohada, fatiga, entre otras; todas estas se encontraban relacionadas con una palabra que no aparecía en la lista: “sueño”. Se halló que el grado de asociación entre las palabras tenía un importante papel en el recuerdo, descubrió que un buen porcentaje de los sujetos recordaba la palabra “sueño” como si hubiese aparecido en la lista.

La explicación de este fenómeno es que en la memoria a largo plazo se representan conceptos, los cuales están relacionados entre sí en base a relaciones lógicas y categoriales, por ejemplo, mamífero está ligado a animal, bien en relaciones asociativas, perro está ligado con gato. Si alguien oye la palabra “noche”, ésta activa el correspondiente concepto en la memoria a largo plazo, y del concepto “noche”, la activación se propaga a otros conceptos a él relacionados, entre ellos el concepto “sueño”, en el experimento este concepto “sueño” se activa a lo largo del estudio de la lista de palabras en reiteradas ocasiones ya que todas están relacionadas a él, por lo tanto este concepto recibe un nivel de activación suficiente como para resultar accesible en el momento de la recuperación creando en quien recuerda la sensación de un recuerdo verdadero y apropiado (Mazzoni, 2010, p. 70).

B) Con sugerencias

El profesor Antonio Manzanero señala que en el momento de la toma de la declaración es el momento donde más puede modificarse la memoria de los testigos (Manzanero). Asimismo, Carris, Zaragoza y Lane, 1992; Zaragoza *et al.*, 1997 (como se citó en Diges, 2016, p. 164) señalan que cuando se dan instrucciones de crear imágenes en la fase en la que se produce la sugestión, el efecto de la información engañosa se potencia y los sujetos dicen “recordar” con más frecuencia el detalle sugerido.

En un experimento realizado por Varendock (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 72) este fue a una clase de niños quienes tuvieron al mismo maestro por años, a quien veían varias horas al día, Varendock preguntó a los niños de qué color era la barba del maestro, si negra o marrón. A lo cual un grupo señaló que era de color negro, mientras que el resto señaló que de color marrón. En realidad, el maestro no llevaba barba, los

niños respondieron que el maestro llevaba barba por que la pregunta incluía esta posibilidad.

Esta clase de preguntas señalada líneas arriba es conocida en inglés como *misleading question* (Mazzoni, 2010, p. 72).

La tendencia a ceder a las sugerencias contenidas en las preguntas engañosas se conoce en inglés, validado por Gudjonsson (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 72), como *interrogative suggestibility*.

3.6.5. La modificación del relato modifica a futuro los recuerdos

Tomamos como ejemplo el de la presentación de las diapositivas del auto el cual paso la señalización de ceda el paso y fue chocado por detrás.

Una primera hipótesis, Loftus *et al.* [1978] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 77), señala que cuando se decía que la señal de tráfico era un stop, ésta se superponía a la representación original del incidente y sustituía, cancelándolo por completo, el verdadero recuerdo en el que la señal era de ceda el paso.

Una segunda hipótesis, McCloskey y Zaragoza [1985] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 77) indica que la señal de stop se añadía a la representación del evento original sin cancelar los datos allí contenidos. Siendo que ambos datos, ceda el paso y stop, formaban parte de la representación del incidente que un testigo tenía en la memoria. Después, el testigo escogía uno u otro basándose en el contexto social con que se había desarrollado la presentación de la información engañosa. Por ejemplo, si esta información había sido propuesta por una persona competente y con autoridad, entonces el testigo decía que la señal era un stop, pese a que recordaba que la señal podía ser la de ceda el paso; y eso lo hacía porque creía en la autoridad de quien había afirmado que la señal era un stop. Si, por el contrario, la información venía de una persona poco fiable y poco creíble, entonces refería que la señal era un ceda el paso, aunque en la memoria tuviera también la información de que la señal era un stop.

3.6.6. Los recuerdos recobrados

Este es el caso en que una persona adulta recuerda un episodio (generalmente de un abuso sexual u otra experiencia traumática en la niñez) que no habían sido recordado durante un largo tiempo.

De la Fuente (2015, p. 118) refiere que debemos diferenciar entre los recuerdos reprimidos y los recuerdos recobrados, ya que son términos que no pueden utilizarse indistintamente:

- Recuerdos reprimidos: Se atribuye de una forma más o menos explícita la represión a un mecanismo de defensa.
- Recuerdos recobrados (RR): En este caso el mecanismo es el de disociación. El concepto de disociación hace referencia a que, en condiciones extremas, las estructuras mentales no pueden acomodar ni integrar las experiencias traumáticas en la corriente de la conciencia, el pensamiento y la acción, esto produciría una disociación de estos recuerdos que los dejaría fuera de la experiencia consciente y del control voluntario.

Los sujetos que viven una experiencia traumática en ocasiones disociarían los aspectos declarativos y no declarativos en la codificación de esta experiencia, de tal modo que los aspectos más conscientes y controlados quedarían bloqueados, mientras que los elementos no declarativos, menos explícitos y controlados, se codificarían de manera automática en la memoria generando una representación que no tiene la estructura habitual. De este modo, la recuperación de la experiencia así representada tampoco sería la habitual, y sería poco accesible a los mecanismos de recuperación normales, más controlados conscientemente y más al albur de procesos poco explícitos e incontrolados. (De la Fuente, 2015, p. 119)

El profesor Antonio Manzanero señala que un suceso codificado inicialmente como una situación de baño o higiene, o como una agresión física, debido a que los niños hasta cierta edad no tienen conocimiento sobre lo que es una conducta sexual, difícilmente puede ser recuperado años después como una agresión sexual, en razón que el contexto semántico (conocimientos y experiencias previas) sesga la interpretación de los sucesos percibidos (Manzanero, 2008, p. 120).

Sobre este punto, Margarita Diges señala que hasta el momento no se dispone de datos científicos que avalen la teoría de represión de memorias traumáticas y su posterior

recuperación, por lo que no se puede señalar si tales recuerdos, son auténticos o exactos y en qué grado (Diges, 2016, p. 93).

3.7. La memoria de los niños

3.7.1. Cuestiones Generales

Se tiende a confiar más en el testimonio de un adulto que en el de un niño.

Goodman y Reed [1986] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 87) afirman que los recuerdos libres que los niños puedan tener son casi siempre muy pobres en comparación con los de un adulto, recuerdan pocos o muy pocos elementos de un episodio. Aunque, Bruck *et al.* [2002, p. 525] (como se citó en Garrido, Masip y Herrero, 2006, p.449), los recuerdos autobiográficos de los niños son muy exactos, sus declaraciones pueden estar muy distorsionadas cuando son obtenidas mediante entrevistas sugerentes.

Según Gobbo y Fregoni [1995] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 87), los niños tienen dificultades para recordar detalles no destacados o periféricos, recuerdan mejor los aspectos llamativos. Con aspectos llamativos nos referimos a aquellos sobre los cuales el niño centra su atención.

Lo que el niño codifica depende principalmente del punto en el que ha centrado su atención en el momento de la codificación. Por ejemplo, un niño de cuatro años, paseando por una ciudad, había observado y recordaba toda una serie de episodios, de objetos, de elementos, en los que un adulto ni siquiera había reparado, estos eran para él, los objetos con los que otros niños se peleaban. Esos eran para él los elementos llamativos (Mazzoni, 2010, p. 88).

Los niños al igual que los adultos es más probable que aporten datos incorrectos y se dejen sugestionar cuando se trata de información periférica o mal retenida (Cortés, 2013, p. 726).

3.7.2. Amnesia infantil

Moscovitch [1985] (como se citó en Manzanero, 2008, p. 119) refiere que es frecuente que no recordemos sucesos de cuando teníamos menos de tres años. Esta falta

de recuerdos infantiles durante los primeros años de vida se denomina amnesia infantil, este fenómeno se debe a que el sistema neurológico no está completamente desarrollado. Freud señalaba que las amnesias infantiles se encontraban reprimidas por cuestiones emocionales

3.7.3. Los niños al expresar sus recuerdos a través del dibujo

Butler, Gross y Hayne, 1995; Gross y Hayne, 1998 (como se citó en Manzanero, 2008, p. 450), refieren que, en un experimento, niños de 5 años hacen una visita en autobús al parque de bomberos. Al día siguiente son interrogados sobre la visita. La mitad ha de narrar la visita, la otra mitad dibuja mientras narra. Los resultados fueron inequívocos: los dibujantes recordaron el doble en comparación de aquellos que se limitaron a narrar. Repetido el estudio con niños de tres años y medio, los resultados fueron semejantes. En ambos casos, más del 99% de las respuestas fueron correctas. Parece que, al pintar, los niños hallan un contexto externo que recupera los recuerdos.

Y no solo los niños recuerdan más a través del dibujo, sino que también sus recuerdos se pueden reflejar en los juegos, en ciertos momentos en su hogar, o compartirlos solo con personas que aman; un niño puede dar información a los padres o al terapeuta cuando menos se lo espera y, sin embargo, ser incapaz o no querer hacerlo en el juzgado (Cortés, 2013, p. 725).

3.7.4. Las percepciones sobre la honradez del niño

En un experimento se presenta a los lectores unos hechos basados en un caso real, en el cual un profesor invita a una niña a su despacho para que le practique sexo oral. En el juzgado, la madre recuerda que, al recogerla, la encontró desasosegada. Tras repetidos interrogatorios, le confiesa el abuso sexual. En defensa del profesor testifica un trabajador que lo señala como una persona intachable. El acusado explica haberse quedado aquel día en su despacho porque tenía trabajos que corregir y que, yendo al despacho, habló brevemente con la niña. La defensa alega que los hechos son falsos, que las acusaciones se deben a venganza de la niña y a haber sido sugestionada por el interrogatorio torcido de su madre. En la investigación se controla la edad de la víctima.

Un grupo de lectores se entera de que la niña tiene 6 años, otros leen que tiene 14 y otros que tiene 22. Los lectores debían juzgar la credibilidad de la víctima; también debían emitir un veredicto de culpabilidad o inocencia y decir con qué seguridad lo pronunciaban.

En los resultados, Bottoms y Goodman [1994] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 435), se vio que la edad y culpabilidad se redujeron a mayor edad de la víctima. Las diferencias fueron estadísticamente significativas cuando se compararon las edades extremas (6 y 22 años), pero no lo fueron al compararlas con la edad de 14 años. Parece, pues, que el niño que acusa de abusos sexuales es más creíble que el adulto de 22 años. Sin embargo, no se supo con certeza si el testimonio es creído porque se trata de una niña o porque es una acusación de abusos sexuales.

En estudios similares, [cf. Warren *et al.*, 2002; Peters, 2001] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 436) cuando se les pide a los participantes, en preguntas abiertas, que señalen porque creen al niño testigo, señalan que una niña, de seis años conoce muy poco de las partes del cuerpo como el pene; y que es imposible que describa una felación sin haberla padecido.

En otro estudio, McCauley y Parker [2001] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 436) se comparan la credibilidad de un testigo de robo o de abuso sexual. En el estudio aparecen diferencias significativas: la acusación de abuso sexual es más creíble y obtiene más condenas que la acusación de robo.

El estudio de Masip *et al.* [2004] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 436) da como resultados que las personas creen que los niños son menos propensos a acusar falsamente haber sido víctimas de violación sexual que un adulto.

En conclusión, los niños son más creíbles que los adultos cuando afirman haber sido abusados sexualmente.

3.7.5. La capacidad del niño

Nikonova y Ogloff [2005] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 437) realizaron un experimento en el cual los participantes leían u oían las declaraciones de niños o adultos de distintas edades, concluyen que al niño al que se le escucha se le confiere más capacidad cognitiva, más credibilidad y mayor inteligencia, pero a la vez se percibe como menos exacto y más sugestionable.

En un estudio de Luus y Wells [1992] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 437) se cree por igual a niños de 8 años, de 12 años o adultos cuando a todos se les ve dar testimonio grabado en vídeo, en este estudio se demuestra que los niños y los adultos son evaluados por igual cuando se percibe que su testimonio es igual de seguro.

Los estudios de Warren *et al.* [2002] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 437) concluyen que el adulto es más creíble que el niño, sobre todo cuando el adulto expone solamente el núcleo central de los hechos.

Sin embargo, algunos investigadores han encontrado que los niños pueden ser bastante exactos al describir un suceso novedoso y relevante. Omstein, Shapiro, Clubb, Follmer y Baker-Ward [1997] (como se citó en Manzanero, 2008, p. 120) analizaron el recuerdo de niños de 3 a 7 años acerca de una exploración médica aversiva y estresante. Los resultados señalan que los niños recordaban un 88% de los componentes de la exploración, lo que indica que son capaces de recordar la mayoría de los procedimientos seguidos en la exploración médica. Cuando fueron preguntados 6 semanas después su recuerdo sólo disminuyó al 86%. Incluso fueron capaces de discriminar entre información real e información falsa sugerida durante las preguntas al negar esta última un 95% de las veces de forma inmediata y un 93% después de 6 semanas.

A pesar de que el niño tenga buena memoria un buen testimonio puede frustrarse por las limitaciones a la hora de comunicarse, las exigencias que se requieran en el contexto judicial puede que no se adecuen al nivel del desarrollo lingüístico del niño, cuando se plantea las preguntas sobre abusos utilizando legalismos, el porcentaje de errores aumenta ostensiblemente. Los niños requieren de algunas capacidades para responder algunas clases de preguntas, por ejemplo, un niño solo podrá señalar el día y la hora en la cual sucedió un suceso, a partir de los 7 u 8 años, edad en la cual se domina

esa habilidad. La declaración de un niño depende de la capacidad del profesional para plantearle preguntas en un lenguaje que pueda comprender y sobre conceptos que pueda entender. (Cortés, 2013, pp. 726-727).

3.7.6. Los niños y la mentira

- **El conocimiento de lo que es una mentira**

Enfoques recientes como los de Bussey [1999; Bussey, Lee y Grimbeek, 1993] y Siegal y Peterson [1996, 1998] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 437-438) demostraron que los niños a los 3 años saben distinguir entre la mentira y la equivocación. Los niños también saben, que quien escucha una mentira se enfada y quien escucha una equivocación no se enfada (Garrido y Herrero, 2006, p. 438).

En los estudios de Siegal y Peterson de 1998 los participantes son niños entre 3 y 4 años quienes presencian tres situaciones distintas en donde el protagonista es un osito de peluche, en la primera el osito comete un descuido negligente, en la segunda comete una equivocación ingenua, y en la tercera miente descaradamente— en estas situaciones se mostrar la cara de disgusto o de neutralidad de una muñeca que ha visto cada uno de las escenas. Como resultado se tiene que el 89% de los niños se muestran disgustados por la mentira del osito, 80% se muestran disgustados por la negligencia, y 37 % se disgustan porque el osito se equivocó ingenuamente (Garrido y Herrero, 2006, p. 438).

Los estudios de Bussey concluyen que los niños de 4, 5,7, 8 y 11 años saben distinguir la verdad de la mentira, saben que mentir está mal y entienden que cuando uno miente debe sentirse mal, incluso peor que cuando comete una acción prohibida. Los niños de 4, 8 y 11 años tienen dificultad para entender como mala la mentira piadosa; no dudan, sin embargo, en calificar como malas las mentiras que tienen como fin hacer daño o hacer gracia (Garrido y Herrero, 2006, p. 438).

Huffman *et al.* [1999] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 444) afirman que los niños con los que se discute largamente sobre la necesidad de decir la verdad son luego más veraces. En un experimento del estudio de Leach *et al.* [2004] se descubre que policías, funcionarios de aduanas y estudiantes son más capaces de descubrir la mentira

de los niños cuando se ha mantenido esta discusión con ellos, por lo que se aconseja que se lleve a cabo esta, dado el poco tiempo que requiere. (Garrido y Herrero, 2006, p. 444).

En un estudio de Lewis, Stanger y Sullivan [1989], el entrevistador se encuentra en un cuarto con un niño de 3 años y le indica que detrás de él hay una caja con un juguete sorpresa, pero que no puede mirar hasta que se le indique; el entrevistador deja al niño solo por un rato y a través de un espejo se observa el comportamiento del niño. El experimentador retorna a los 5 minutos y pregunta al niño “¿has mirado?”. El 88 por ciento de los niños miraron, de los cuales el 38 por ciento confiesan, 38 por ciento lo niegan y el 24 por ciento callan (Garrido y Herrero, 2006, p. 439).

En un experimento de Kay Bussey [1992; Bussey *et al.*, 1993], se encuentran un hombre con un niño en la sala de espera de un consultorio, el hombre coge un vaso y accidentalmente lo rompe, le solicita al niño que le guarde el secreto, y cuando el profesional aparece le pregunta al niño por el vaso. Los resultados señalan que los niños de 3 años guardan menos el secreto. Posteriormente, Bussey realiza una investigación similar en la que se agrega un grupo de niños de 9 años y se coloca al adulto en presencia del niño al momento de preguntar lo que sucedió con el vaso. De los niños de 9 años un 88% de ellos delatan ya sea en presencia o en ausencia del adulto (Garrido y Herrero, 2006, p. 440).

Pipe y Wilson realizaron un experimento en el cual un mago le ruega al niño que no diga que él le manchó de tinta los guantes blancos de estos últimos, como resultado los niños de 10 años dijeron la verdad más que los niños de 6 años, a pesar de que el mago rogó que no dijeran la verdad. Hay quienes creen, como Bottoms *et al.* [2002] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 440), que la razón de estos resultados es que los mayores consideran estúpido guardar un secreto de algo que fue un descuido, ya que no fueron amenazados.

- **Los niños y el secreto de un familiar**

En un experimento, como en las investigaciones de Bussey [1992; Bussey *et al.*, 1993], niños de entre 3 y 5 años se encuentran en una sala de juguetes con sus madres, quien rompe una muñeca de allí, la recompone y la esconde detrás

de otro juguete, luego le pide al niño que mantenga el secreto, ya que, si no ella puede tener problemas, a cambio le promete comprarle el juguete que él más desee. Se les pregunto a los niños: “¿Has visto la muñeca?”; “¿Le pasó algo?”; “¿La rompió mamá?” y se obtuvo como resultado que los menores (3 años) mantenían menos el secreto (Garrido y Herrero, 2006, p. 442).

En un experimento de Lee, Bala y Lindsay [2004] ”se obtiene como resultado que el niño no guarda el secreto cuando existe la posibilidad de que él sea culpado por los hechos” (Garrido y Herrero, 2006, p. 442).

- **Niños mienten para salvar el honor de sus padres**

En los experimentos de Honts [1994] y Tye, Amato, Honts, Devitt y Peters [1999] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 437) se dice a los niños que deben ir al laboratorio de psicología, en el lugar hay dos experimentadores y un estudiante preparando un examen. Luego los investigadores, el estudiante y el/el padre/madre salen del laboratorio.

El niño se quedó en el laboratorio y fue testigo de una de las siguientes situaciones:

- Un experimentador roba uno de los libros que ha dejado sobre la mesa el estudiante. Luego, le dice al niño “esto es un secreto entre tú y yo”.
- El libro desaparece sin que el niño sepa quién lo ha robado. Cuando vuelve e estudiante, y se da cuenta que falta el libro, grita y va a llamar a la policía. Momento en el que niño y su padre/madre se quedan solos. El adulto le dice al niño que cuando llegue la policía diga que ha visto al experimentador robar el libro, de lo contrario la policía lo/la culpará a él/ella.
- El padre o madre roba el libro estando a solas con el hijo. Luego, le ruega al niño que le diga a la policía que uno de los experimentadores robo el libro.

A los pocos instantes llega de verdad la policía, que comienza a interrogar a los presentes. El porcentaje de niños que señala al experimentador como el ladrón son: 81 por ciento en el primer caso, 69 por ciento en el segundo y 56 por ciento en el tercero.

Por estos resultados Tawar *et al.* [2004] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006) señalan:

Si los niños mienten sobre algo que acarrea pocas consecuencias, deberían estar más motivados a dar un testimonio falso en un juzgado por miedo a las graves consecuencias que se producirían si dijeran la verdad (perder a sus padres, ser enviados a centros de acogida). (p. 443)

3.7.7. Los niños y las sugerencias

A) ¿Por qué se sugestionan los niños?

La razón es que a ellos se les formula preguntas con información incompleta o potencialmente errónea, que es presentada como si fuera información verdadera. Por ejemplo se le pregunta a los niños: “¿De qué color era la barba del maestro?”, cuando el maestro de ellos no llevaba barba (Mazzoni, 2010, p. 82). Otras explicaciones señalan que los niños son susceptibles a las sugerencias por su menor desarrollo de la capacidad metamnemónica, necesaria para proteger su memoria de sugerencias intrusivas (Manzanero, 2008, p. 122).

B) Los niños son sugestionados por los adultos (figuras de autoridad)

Ceci, Ross y Togliola [1987] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 90) afirman que los niños son propensos a recordar las informaciones falsas que se les ha presentado, y más aún si quien las presenta es una figura de autoridad -un adulto-, cosa que no sucede cuando la pregunta proviene, por ejemplo, de otro niño.

Si bien el adulto es percibido como figura de autoridad, y más cuando ejerce de “adulto”, también la persona adulta que se relaciona con el niño a través del juego es percibida como figura de autoridad. Por lo que, la variable “autoridad” no disminuye en el caso de entrevistas o interrogatorios con niños (Mazzoni, 2010, p. 90).

En un experimento de Lampinen y Smith [1995], niños de 3 y 5 años escuchan una historia. Antes de que los niños repitan la historia, la profesora les pide que escuchen cómo la cuentan otras personas, quienes son: otro niño de su edad, un adulto, y un adulto presentado como deficiente mental. Estas personas a veces cuentan la verdad y otras introducen información falsa. Finalmente, los niños cuentan la historia que ellos oyeron. En los resultados se tiene que los compañeros y los adultos influyeron en las declaraciones

del 18% de los niños, mientras que el adulto cabal que cuenta la historia falsamente, logra confundir al 43 % de los niños que le escuchan (Garrido y Herrero, 2006, p. 446).

Ante el hecho de que los adultos que entrevistan a los niños son capaces de influenciarlos. Eugenio Garrido Martín y Carmen Herrero (2006) señalan:

Los adultos que entrevistan a los niños han de devaluarse para no influir en sus respuestas. Todas las técnicas de entrevista a niños insisten en la necesidad de que el entrevistador le exponga que solo el niño sabe la verdad y lo que diga estará bien. Debe decirle que puede contestar: «no sé». Así se transfiere la autoridad al niño y se le priva al entrevistador. (p. 446)

Ceci y Bruck [1994] a modo de ejemplo de la influencia de los padres sobre lo que relatan los niños señalan el siguiente caso:

En un experimento, se les dice a los padres que verán un vídeo y que sus hijos verán el mismo en otro salón. Luego, los padres entrevistaron a sus hijos para descubrir cuánto recuerdan de lo que acaban de ver. Sin embargo, en realidad es que los hijos han visto un vídeo distinto (Garrido y Herrero, 2006, p. 452).

Sobre este experimento, Stephen Ceci y Maggie Bruck [1994] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 452) señalaron: “(...) Aquellos padres se las arreglaron para que algunos de sus hijos «recordaran» haber visto cosas que habían sucedido solamente en el vídeo de los padres”.

Eugenio Garrido y Carmen Herrero señalan:

Debería aconsejarse, además de grabar en vídeo todas las entrevistas, que quien las calificara fuera una persona distinta. Eso es lo que se exige en las revistas científicas, ¿por qué no se va a exigir también en la entrevista forense? (Garrido y Herrero, 2006, p. 452).

C) Información referida a hechos que afectan al cuerpo de los niños

Rudy y Goodman [1991] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 89) afirman que los niños recuerdan mejor los datos de un evento que han vivido en primera persona o en los que han estado personalmente implicados, aunque sea como espectadores.

Sin embargo, tener una buena capacidad para recordar las cosas no implica necesariamente una mayor resistencia a informaciones sugerentes (Mazzoni, 2010, p. 89).

Algunos trabajos, Saywitz *et al.* [1991] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 89), señalan que es difícil que el niño recuerde cosas sugeridas si lo sucedido afecta a su cuerpo. Otros estudios, Ornstein, Gordon y Larus [1992] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 89), concluyen, con un buen nivel de probabilidad, que los niños son sugestionables incluso con hechos que afectan a su cuerpo, como, por ejemplo, recordar una inyección, aunque eso no haya sucedido. En un trabajo bastante reciente de Bruck, Ceci y Hembrook, [1997] (como se citó en Mazzoni, 2010, pp. 89-90), se ha demostrado que las entrevistas repetidas en las que se sugieren informaciones no ciertas respecto a una visita médica, determinan en el niño un recuerdo que contiene tales informaciones. Por ejemplo, a lo largo de tres entrevistas se sugirió a unos niños que, en una visita médica, que había sido grabada, el médico les había tocado de una cierta manera, lo cual no era cierto y la grabación lo mostraba, durante la cuarta entrevista, los niños tendían espontáneamente a referir que habían sido tocados por el médico de la manera que se les había sugerido en la entrevista.

3.7.8. Duración de las memorias reales e implantadas en los niños

Cleveland y Reese [2005] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 455) “afirman que los niños recuerdan mayor cantidad de información cuando su madre se las solicita, y no cuando les formula preguntas cerradas”.

Fisher, Falkner, Trevisan y McAuley [2000] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 455) señalan que “con la entrevista cognitiva, abierta por naturaleza, se recuerdan conductas ejecutadas 25 años antes”.

“Cuando los métodos de interrogación son adecuados, pueden recuperarse recuerdos que se creerían olvidados” (Garrido y Herrero, 2006, p. 455).

Huffman *et al.* [1997] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 455) refieren la investigación de Ceci *et al.* [1993] en el que implantaron recuerdos falsos a un niño

sobre un accidente que lo llevo a la sala de urgencias, dos años después se le solicito que relate aquel supuesto accidente junto con otras experiencias que realmente acontecieron. El 70 % de los niños reconoció haber vivido los verdaderos, pero solo el 13 % asintió a los dos recuerdos falsos. La explicación de este hecho es que los recuerdos verdaderos tienden a ser recordados, o existe “documentación” en el cerebro que los aviva intermitentemente, lo que es imposible con los falsos recuerdos.

Trabajos como estos demuestran que basta con introducir una sola palabra para modificar un recuerdo (Mazzoni, 2010, p. 74).

3.7.9. Efectos de los mecanismos de sugestión en los niños

A) Creación de estereotipos

El experimento de Leichtman y Ceci [1995] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 456) muestra a un niño que acusa a una persona de asesinato. Luego, él se arrepiente y declara que la madre le decía que el acusado era mala persona, por lo que al ver los cuchillos malinterpretó la salsa de tomate como sangre. Además, que deseaba ayudar a los policías que le interrogaron repetidamente.

En una investigación de Lindberg, Keiffer y Thomas [2000] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 457), unos niños verán en video y antes de ello, a un grupo se le dice que verá a una madre que ha estado en la cárcel por maltratar a sus hijos, a otro grupo, que verán a un niño pequeño intratable y al resto no se le comenta ninguna calificación sobre personajes. En el video se ve a dos niños de 5 y 11 años jugando, un momento después la madre entra en el comedor y se “oye” como le pega al menor de 5 años. Ninguna de las agresiones se ve. Los niños fueron interrogados dos veces, cuando se les pregunto la cantidad de gotas de sangre que brotaron de la nariz del niño, el número varió dependiendo de los estereotipos: quienes creían que la madre había estado encarcelada dijeron, por término medio, que 4 gotas; quienes creían que el niño era rebelde, 0.52 gotas; finalmente, quienes no se enfrentaban con ningún estereotipo estimaron 1.21 gotas.

Quas *et al.* [2000] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 457) advierten otra situación estereotipada es cuando se tiene que declarar en juicio, ya que se tiene la

idea que se debe decir que alguien ha hecho algo malo. Este estereotipo es aún más común en aquellos niños que fungen como testigos (Cortés, 2013, p. 724).

B) Premios y castigos

Garven, Wood y Malpass [2000] y Garven *et al.* [1998] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 457) realizaron el siguiente experimento: los niños reciben la visita de un forastero, quien les relata un cuento. A los niños se les realizaron dos entrevistas, de distintas formas y con un intervalo de una semana de diferencia, una de ellas fue una entrevista sesgada ya sea sobre algo normal y posible (romper un libro) o fantasioso (ser llevado en helicóptero a una granja), durante las entrevistas hay refuerzos cuando contestan que sí, o castigos cuando contestan no. Se obtuvo como resultado que el porcentaje de asentimiento a las sugerencias falsas en los niños que habían sido reforzados fueron: a los hechos normales del 52.71 % y a los fantasiosos del 61.95 %.

C) Si no lo recuerdas bien, recuerda cómo pudo ser

Garrido y Herrero (2006, pp. 458-459) refieren el siguiente experimento:

En un experimento participan niños de 7 y 9 años, además de estudiantes universitarios, todos ven un video, al terminar son interrogados en dos grupos: a) los que van a ser forzados a dar respuesta a todas las preguntas que les hagan -si no saben la respuesta deben inventársela- y b) los que no van a ser forzados a responder a todas las preguntas sino solamente a aquellas que crean recordar. Se prepararon 11 preguntas: cinco verdaderas y seis falsas. De las seis falsas solo se hacen tres a los sujetos, quedando las otras tres (que se emplearán luego). Se contrabalancean los dos grupos de preguntas falsas. Trascurrida una semana les entrevista otro experimentador quien les interroga, si recuerdan el video y las preguntas que le hizo la primera persona que les entrevistó. A todos les advierte que aquel primer entrevistador había cometido errores y les había preguntado cosas que no aparecían en el video, a continuación, les hace de nuevo 16 preguntas sobre el contenido del video y de la primera entrevista. Cinco de los temas son los verdaderos de la primera entrevista, otros cinco son verdaderos y se presentan ahora, tres temas son los tres falsos de la primera entrevista y los otros tres temas son los de control o

balanceo que no se preguntaron en la primera entrevista. En cada uno de los temas han de responder estas dos preguntas: (a) si hablaron de ese tema con el primer entrevistador y (b) si vieron en el vídeo lo que se les pregunta. En el experimento se quería saber si los sujetos dicen haber visto en el vídeo lo que se había inventado. Para ello se comparan los asentimientos a tres respuestas falsas. Se tiene como resultado que todos han asimilado en alguna medida las respuestas ficticias como reales. Especialmente los más pequeños. Luego se hace un examen para diferenciar la fuente de donde provienen los recuerdos. Para lo cual se comparan las respuestas correctas a dos preguntas de control de la i: (a) haber hablado, y (b) haber visto. Si los sujetos contestan haber hablado sobre el contenido inventado y dicen que no lo han visto en el vídeo, la respuesta es correcta; si afirmaban haber visto y hablado sobre los contenidos imaginados se supone que han asimilado como real lo que solo fue fantaseado, se concluye de este examen que son los niños en mayor proporción que los adultos, quienes asimilan como real aquello que fue fantaseado.

D) Influencia de lo que oyen de los padres

Un grupo de niños van a un laboratorio para ayudar a un científico en cuatro experimentos, a la salida les dice: “¿si recuerdan algo más?”, “que miren mentalmente lo que había en el laboratorio”, “que recuerden los sonidos” y “que vuelvan a pensar en todo el proceso”. Tres meses después, los experimentadores envían un libreto a los padres con cuatro experimentos en los que el niño participó. Aquí se introducen las condiciones experimentales, ya que dos experimentos eran reales y dos falsos. De esa manera se construyeron cuatro tipos de estímulos: experimentados y oídos; solo experimentados; solo oídos; y ni experimentados ni oídos. A todos se les lee que el experimentador tuvo contacto corporal con ellos: a unos les limpio las manos y la cara con un paño, a otros les hizo daño en el vientre al pegarles una etiqueta. Otro experimentador, desconocedor de la condición experimental del niño, realiza otras dos entrevistas, que constan de tres partes: (a) una repetición de la primera: libre, ver, oír, pensar; (b) diez preguntas directas (dos por cada experimento más las dos de haber sido tocado, precedidas o seguidas de una pregunta si/ no); y (c) monitorización de la fuente de donde proceden tanto los hechos narrados en el libreto como los dos nuevos, de control, que se introducen en este momento. Los resultados muestran, que la mayoría de información ofrecida espontáneamente en la primera entrevista, incluso la de los más pequeños, fue exacta. En

la segunda y tercera entrevista se advierte que el 35% de los niños aportan detalles falsos sin diferencias entre edades. La proporción de niños que dicen haber experimentado lo que solamente oyeron leer se extiende desde el 68 % de los de 3 años, pasando por el 56 % de los de 7 y finalizando en el 34 % de los de 9 años (Garrido y Herrero, 2006, pp. 460-461). Margarita Diges señala que podemos concluir que los niños entre los 3 y los 6 años son más sugestionables que los niños mayores, y que los adultos, y que en estos dos últimos grupos no habría diferencias amplias (Diges, 2016, p. 166).

E) Uso de muñecas anatómicas

Según Koocher *et al.* [1995] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 465), “las muñecas son muy utilizadas por profesionales para que los niños que carecen de palabra o de coraje, se expresen; sin embargo, esta técnica no tiene valor científico al no ser un test autorizado”.

Sobre las muñecas anatómicas Gerald Koocher *et al.* [1995] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 462) señalan:

Las investigaciones realizadas hasta la fecha, en su mayoría, apoyan la utilización de las muñecas anatómicas como ayuda de la comunicación y de la memoria en niños mayores de 5 años, pero con un cierto riesgo de que contribuyan a algunos errores de los niños si se utilizan preguntas que inducen a error.

DeLoache y Marzof, [1995] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 462) señalan que estas muñecas no ayudan a los niños que por su corta edad tienen dificultades para relacionar las partes de su cuerpo con el de las muñecas.

D) La hipótesis única

- **Efectos de la hipótesis única en la declaración de los niños**

No tiene nada de malo tener una hipótesis sobre hechos acontecidos, ya que esta se puede corresponder con lo realmente acontecido.

Giuliana Mazzoni señala un ejemplo en el cual la hipótesis única puede ser un problema.

En un caso de una violación sexual, el entrevistador acoge la versión de la vecina de la presunta víctima, quien señala que está última fue violada por su padre en la cocina. En base a esto formula las siguientes preguntas: “¿Verdad que estabas a solas con tu padre en la cocina?”. Esta clase de pregunta presupone que la niña estaba sola con el padre en la cocina. Además, ahondando en el asunto el entrevistador señala “María (la vecina) me ha dicho que te ha visto a solas con tu padre en la cocina”. En un caso así puede suceder que la niña diga que sí solo por complacer al entrevistador (fenómeno que señalamos líneas arriba), o puede suceder que a pesar de ello la niña responda que no, como en un caso en el cual a una niña a quien se le formuló una pregunta similar, ante su reiterada negativa, el entrevistador insista con preguntas más incisivas como “¿Esta segura?” “¿Estás realmente segura?”, hasta llegar a formas como “Pero cómo, yo sé que estabas en el bar con él “¿Cómo es posible que no te acuerdes?”. Hasta los niños más obstinados llegan a un punto en el cual ceden y dicen lo que intuyen que el entrevistador quiere oír (Mazzoni, 2010, p. 85).

- **Efectos de la hipótesis única en la formulación de las preguntas del entrevistador**

En una investigación de Warren y McGough [1996] (como se citó en Garrido y Herrero, 2006, p. 452), un visitante de la clase de preescolar tira al suelo una tarta y sobre este hecho son preguntados los niños. Los niños son entrevistados sobre ese episodio dos semanas después. Los entrevistadores son tres. A uno se le cuentan los hechos de manera distinta a como sucedieron, al segundo se le cuenta la verdad y al tercero no se le cuenta nada. Los tres tienen el encargo de no utilizar preguntas sugerentes, así como de no dar por terminada una entrevista hasta que crean que ya han descubierto todo lo que pasó. Los resultados indican que el entrevistador engañado hace preguntas sugerentes engañosas en cantidad cinco veces superior a los otros dos entrevistadores. El 41 por ciento de los niños entrevistados asintieron a la falsa información ofrecida.

3.7.10. Consejos para las declaraciones de los niños

Saywitz y Goodman [1996] (como se citó en Cortés, 2013, pp. 727-728) realizaron una serie de recomendaciones con el objeto de que se reduzcan las malas interpretaciones en las declaraciones de los niños menores de 5 años: La exactitud de las respuestas será mayor si se formulan preguntas que hagan referencias a sucesos importantes y

significativos para él, cuyo contenido se adecue a sus conocimientos y experiencia. Para reducir la sugestibilidad se debe adoptar una postura objetiva, imparcial, tanto a nivel verbal como no verbal, por ejemplo, en el tono de voz, la expresión facial o la forma de preguntar procurando no alabarlos por proporcionar una determinada información, esto no significa que no pueda realizar comentarios empáticos para ayudar al niño a superar su ansiedad. Finalmente, no se debe crear un contexto en el que se describa al sospechoso como “malo” ni asumirse que ha hecho “cosas malas” basándose en informaciones no contrastadas y suministradas por alguien distinto a niño.

Cortés (2013, p. 729) afirma que en la mayoría de los casos los niños de 5 a 11 años realizan una descripción detallada de lo sucedido, por lo que el interrogatorio se puede iniciar con preguntas abiertas, luego si es necesario se le puede realizar invitaciones como “cuéntame más” o “¿Qué paso después?” , sin embargo a veces este relato libre no es suficiente y es necesario que se realice preguntas específicas (“¿Cómo iba vestido?”) y luego preguntas específicas de respuesta corta (“¿De qué color era su pañuelo?”)

Si se hacen preguntas cerradas (si o no, opción múltiple) se deben dejar para el final y pedirle al niño que las complete o justifique (“¿Qué te hace pensar eso?”) para evitar malas interpretaciones [Lamb, 1994; Saywitz, 1995]. Es importante señalarles que hay preguntas que quizás no entenderán y que señalen cuando sea así. [Saywitz y Snyder, 1993]. En la sala de audiencias las preguntas del entrevistador son de un tema y luego cambian a otro, se le debe advertir al niño sobre ese cambio de tema (“antes hablábamos de..., ahora voy a preguntar sobre...”) (Cortés, 2013, p. 729).

Davies y Noon, 1991, señalan que, en los casos de abuso sexual, cuando el menor testifica sin tener frente a frente al acusado, el testimonio se vuelve más fluido y el menor se encuentra más confiado, relajado y consciente cuando testifican mediante este sistema (Cortés, 2013, p. 730). Cuando se permite que el progenitor u otra persona de confianza para el niño, se sienta a su lado, éste se muestra menos asustado y aumenta su capacidad de respuesta (Cortés, 2013, p. 730).

3.7.11. El Protocolo de Cámara Gesell

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial por intermedio de Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ de fecha 03 de Julio de 2019 aprobó el Protocolo de Entrevista única para niñas, niños y adolescentes en Cámara Gesell.

Protocolo del cual tenemos algunos comentarios sobre algunos de sus puntos:

Este protocolo vemos que cumple no solo una función de proteger los derechos de los menores, sino también apoya a otorgar mayor certeza a la declaración del menor, en razón a la ventaja ya señalada cuando el menor realiza su declaración sin estar frente al acusado.

En el punto 4.8 se señala que el abogado no debe realizar preguntas que afecten la integridad del niño, niña o adolescente. Consideramos que en este punto se debe agregar que el juez velara para que las preguntas que el abogado formule, no contengan información sugerente.

Consideramos que el punto 4.11 debe ser modificado, y que debería existir la posibilidad que los padres acompañen al niño durante la entrevista en la cámara Gesell, si es que el niño así lo deseara. A menos que el padre o tutor del entrevistado (tal como señala el punto 4.11), haya sido denunciado por algún acto de violencia contra él. En razón que una investigación señala las ventajas de la presencia del padre o tutor referentes a la fluidez del testimonio del menor. No se debe intentar suplir la ausencia de una persona de confianza del menor como su padre o tutor, con el señalamiento de que el entrevistador debe conversar previamente con el menor para generar una relación de confianza. No se puede homologar la relación de confianza que hay entre el entrevistador y el menor (punto 5.5), con la relación de confianza entre este último y su padre o tutor.

El punto 5.8 literal c), señala que se debe velar por la espontaneidad del relato, consideramos se debe incluir una pauta que señale que se debe empezar solicitando un relato abierto y luego si es necesario continuar con preguntas específicas. Consideramos adecuado el literal j) y l), ya que incluso el lenguaje no verbal puede sugestionar la declaración del menor, de igual forma que los juicios de valor emitidos por el entrevistador.

También existe el procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley N° 30364, aprobado por resolución de la Fiscalía de la Nación 3963-2016.

3.8. La retractación y la autoinculpación

3.8.1. Motivos de la retractación

Razones para retractarse: Miedo, caso de conciencia, y confusión. A estos motivos hay que unir aquellos que llevaron al individuo a denunciar en un primer momento como son, por ejemplo, testimoniar para acusar, a otros o a sí mismo; para cooperar con la policía; o para que un crimen no quede impune.

Los motivos de la retractación varían de acuerdo a los motivos que llevaron a la persona a realizar cierta declaración durante el testimonio (Mazzoni, 2010, p. 134).

3.8.2. La autoinculpación

A) Panorama en Estado Unidos

En Estado Unidos se creó el programa “Innocence Project” de la Benjamín N. Cardozo School of Law, de Nueva York, la cual hasta el año 2003 logro que más de cien personas fueran liberadas por ser excarceladas injustamente. De las cuales 22 % se habían declarado culpables del hecho atribuido (Mazzoni, 2010, p. 134).

Para el año 2013, el aludido programa¹⁰ registraba 347 casos de condenas revertidas, de las cuales 240 estaban relacionadas con una identificación testifical equivocada [69,16%] (De Paula, 2019, p. 102).

B) Razones

En Estados Unidos, cuando se comete un crimen, el mecanismo de la justicia se pone en movimiento para hallar al culpable. Sin embargo, las técnicas indagatorias son tales que, más que hallar al culpable (la persona que efectivamente ha cometido el delito), lo que se consigue es detener a un posible culpable, es decir, una persona que, dadas las circunstancias, presumiblemente podría haber cometido el delito (Mazzoni, 2010, p. 134).

¹⁰ <http://www.innocenceproject.org/all-cases/#exonerated-by-dna>, consultado por última vez el 12 de enero de 2017.

En los tiempos más antiguos la persona sospechosa de un crimen era obligada a confesarlo por medio de la constricción física, en la actualidad no todas las falsas confesiones son consecuencias de maltratos físicos, en ocasiones se deben a la interacción entre las características del acusado y los “métodos de la justicia”, que son las presiones psicológicas ejercidas por la policía (Mazzoni, 2010, p. 135). Como el caso del método “minimización-maximización” (muy frecuente en los Estados Unidos) y que consiste en decir al sospechoso interrogado que, si resultara culpable del delito, tendría que enfrentarse a una acusación muy fuerte seguida de una condena igualmente pesada. Sin embargo, a continuación, Buckley, Inbau y Reid [1986] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 135) añaden que, si el presunto culpable colaborara confesando el delito y aduciendo justificaciones, como la legítima defensa o la humana reacción ante intolerables provocaciones, entonces la pena podría reducirse sustancialmente.

Este método funciona con personas de escaso nivel intelectual, personas de inteligencia normal, -principalmente aquellos que han tenido cuentas con la justicia por otros motivos-, y personas que no se fían del sistema de justicia.

Hubo el caso de un joven de 17 años, quien confesó un homicidio que no cometió, ya que de ser encontrado culpable iba a recibir una pena de cadena perpetua, en cambio sí confesaba recibiera una pena menor, durante la confesión incrimino a otros tres compañeros, uno de ellos -de escaso nivel intelectual- se auto incriminó logrando así que se condenaran a los cuatro jóvenes.

Otros motivos para la autoinculpación son que personas confiesan porque se hallan sumamente confusas e incapaces de decidir, o porque son víctimas del pánico (Mazzoni, 2010, p. 135-136).

3.8.3. ¿Falsa confesión o auténtica retractación?

A) Problema

Puede resultar un problema que la persona decida retractarse, ya que si no se cuenta con elementos externos que apoyen ya sea la primera declaración o la segunda, nos encontramos ante dos declaraciones que cuentan con el mismo valor.

Estudios, como Rattner [1988] y Bedau y Radelet [1987] (como se citó en Diges, 2016, p. 236-237), señalan que el riesgo de incurrir en falsas confesiones se incrementa cuando los delitos producen gran alarma social en razón que la policía se ve impulsada a utilizar métodos más coactivos durante el interrogatorio de sospechosos y a desdeñar la búsqueda de elementos independientes que podrían revelar la falsedad de la confesión.

Algunos autores, como Vrij [1999] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 136), señalan que para reconocer cuando una persona miente se debe evaluar tres factores: el comportamiento no verbal, el contenido de las afirmaciones y, con técnicas más sofisticadas, las respuestas fisiológicas.

B) Las técnicas que utilizamos para descubrir la verdad en nuestra vida diaria

Existe la creencia de que las personas al mentir se comportan de un modo tal que revela que están mintiendo. Por ejemplo: desviar la mirada, enrojecer, moverse de un modo brusco o dubitativo, tener una mímica facial diferente a la normal, tener un tono de voz diferente, ser más lentos o más rápidos en el habla, entre otros. Al parecer esta creencia es errónea, ya que de las investigaciones se desprende que las personas no son muy sagaces para descubrir cuando otra les miente o trata de engañar, incluso si esa persona es su pareja. En este último caso, la media de reconocimientos correctos oscila entre el 60 %, lo que no es un porcentaje elevado ya que en los estudios de los que se extraen estos datos, la persona que miente puede ser identificada “por azar” en el 50 % de los casos. En otras palabras, la gente reconoce las mentiras de su pareja sólo el 10 % de las veces (Mazzoni, 2010, p. 136).

Manzanero *et al.* [2015] (como se citó en De Paula, 2019, p. 113), a lo señalado líneas arriba, agrega una investigación que se realizó con tres grupos: estudiantes de psicología, policías con experiencia en interrogatorios y policías sin experiencia en interrogatorios, que analizaron testimonios de personas con capacidades mentales reducidas. Y los resultados fueron bastante claros: la perspicacia para detectar mentiras no sufrió cambios significativos cuando se compararon los resultados de estudiantes de psicología y policías ni tampoco cuando se cotejaron los resultados de los policías con experiencia y los novatos. Según Bond y DePaulo [2006] (como se citó en De Paula,

2019, p. 113), a este mismo resultado se llegó del análisis de 20 experimentos diferentes, analizados en un trabajo. Incluso otros estudios, Mira y Diges Junco [1991] (como se citó en Contreras, 2015, p. 166) han concluido que esta “experiencia” solo ayuda a modificar los criterios para establecer la credibilidad de los relatos, ya que los policías mas que atender a los elementos de las declaraciones, se valía de estereotipos para evaluar la memoria de los testigos.

En base a estos resultados podemos señalar que lo que guía a muchos investigadores para decidir si una persona está mintiendo o no, no es más que su intuición.

C) Razones de nuestra escasa capacidad para detectar mentiras

- **La escasa motivación**

Aunque parezca absurdo, existe desinterés en descubrir al mentiroso, por ejemplo, si mi compañero me dice que ha estado en tal lugar, lo normal es que le crea, como también creo al extraño a quien pido información para encontrar determinada calle. Esta actitud confiada hace difícil saber, en términos cognitivos, cuando miente un individuo. Son frecuentes los casos en los que las personas no quieren saber en realidad si la otra persona miente porque, el hecho de saberlo, constituiría un agravio, desde un punto de vista emocional, por ejemplo, habitualmente no queremos saber si quien recibe nuestro regalo es sincero cuando lo alaba o bien si lo hace por un gesto de pura cortesía.

Por otro lado, hay situaciones en las que no nos fiamos y estamos dispuestos a entender si la otra persona miente, por ejemplo, en el caso de compra de coches de segunda mano, nos preguntamos: “¿Me está diciendo la verdad o no?” o de compras de seguro, nos preguntamos: “¿Hay que creer al asegurador que nos propone un fondo de pensiones garantizándonos un rendimiento del 7%, incluso en tiempos de crisis?”. Conocer, en estos casos, que el otro miente, es importante. La motivación, por tanto, existe.

- **El escaso conocimiento de cuáles son los indicios correctos**

Está científicamente comprado que cuando una persona miente se produce en su organismo, a través, del sistema nervioso autónomo, reacciones fisiológicas y emocionales de intensidad variable (Molina, 2013, p. 71).

A pesar de lo señalado, no somos capaces de descubrir cuando alguien nos está mintiendo porque tenemos convicciones muy fuertes, aunque inexactas, sobre el comportamiento de un mentiroso. Creemos que quien miente muestra signos de nerviosismo, habla de manera insegura, tartamudea, se enrojece, se mueve torpemente, desvía la mirada, agacha la cabeza, entre otros. Es cierto que el rostro es la parte del cuerpo que más transmite informaciones no verbales, como son: desasosiego, disgusto, alegría, tristeza, miedo, etc. Las emociones hacen que se asuma de manera automática una específica expresión, sobre las cuales el individuo no tiene control, aunque puede recuperar el control de los músculos faciales y modificar sustancialmente la expresión en 1/25 de segundo. Asimismo, somos capaces de controlar la mirada y la risa con cierta facilidad. Existen, pese a todo, señales que ayudan a saber cuándo alguien miente, como son los movimientos de su cuerpo. Las personas no están bien adiestradas para controlar eficazmente los movimientos del cuerpo, a diferencia de lo que ocurre con la mímica facial, y hasta un hábil mentiroso puede ser descubierto en este terreno. El mentiroso experto mueve las manos y las piernas de manera más pausada que quien dice la verdad. Tiende a controlar esos movimientos, pero, su control es tal que suprime los movimientos, al contrario de lo que hacen quienes no mienten. Los mentirosos son más rígidos en sus movimientos que las personas sinceras. Se sabe que para pasar del miedo a la rabia hay que mover las cejas hacia abajo (rabia), cuando las cejas de por sí, tenderían a arquearse hacia arriba (miedo). Pese a todo, no existen gestos o mímicas típicas de quien está mintiendo. Hay que valorar a cada persona en su individualidad y tener a disposición tiempo suficiente para notar cambios en la mímica, en los gestos y en la postura, que puedan revelar el intento de suprimir una emoción o de controlar expresiones inicialmente involuntarias (Mazzoni, 2010, p. 139). Las micro-expresiones faciales son prácticamente difíciles de enmascarar y no varían demasiado entre las distintas culturas (Molina, 2013, p. 70).

D) La Neurociencia y la mentira

La neurociencia estudia el sistema nervioso teniendo en cuenta el funcionamiento neuronal y el comportamiento. Es multidisciplinaria ya que incluye distintas disciplinas biológicas, médicas, químicas, físicas y psicológicas para poder comprender el funcionamiento del cerebro humano (Giraldo, 2016, p. 127).

Para Kandel [2000] (como se citó en Giraldo, 2016, p. 127) el objetivo de la neurociencia es "aportar explicaciones de la conducta en términos de actividades del encéfalo, explicar cómo actúan millones de células nerviosas individuales en el encéfalo para producir la conducta y cómo, a su vez, estas células están influidas por el medio ambiente, incluyendo la conducta de otros individuos".

La neurociencia puede proporcionar una medición de la mentira, pero no la medida de la misma (Molina, 2013, p. 72).

- **Polígrafo**

Es un aparato que puede registrar de forma continua y simultánea en un gráfico, los cambios fisiológicos que se producen en el organismo de un individuo cuando se le formulan determinadas preguntas (Molina, 2013, p. 71).

El polígrafo mide indicadores fisiológicos como: la respuesta galvánica de la piel, la presión sanguínea y el ritmo respiratorio. Entre sus aspectos positivos se tiene que los índices fisiológicos medidos son, manifestaciones de estados emocionales que, con otros medidores, pasarían inadvertidos. Además, cada medida se toma sobre un individuo singular y concreto. Por lo que para entender si se ha producido un estado emocional hay que medir al individuo con los mismos índices antes de que se produzca el efecto y después de producido.

Entre los inconvenientes se tiene que el método empleado para obtener las medidas de las que partir, en un estado emocionalmente neutro, puede dar lugar a inexactitudes. Suponer que la diferencia entre un estado neutro y otro emocional sea medible de modo exacto no garantiza la correcta interpretación del resultado. Una diferencia sólo indica que algo está sucediendo, pero no lo que exactamente está sucediendo (Mazzoni, 2010, p. 140).

i. Examen de la expresión verbal y no verbal

Ekman *et al.* [1991] (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 140) afirman que, con un buen adiestramiento, pueden llegar a identificarse las micro-expresiones del rostro, con un 80% de precisión: 80% de identificaciones exactas de la verdad y 80% de identificaciones exactas de la mentira.

Entre los métodos de examen de las expresiones verbales, el más difundido consiste en el examen del contenido de las afirmaciones del testigo, desarrollado por Undeutsch y por Steller (como se citó en Mazzoni, 2010, p. 140). Es un método que requiere una notable destreza y parece útil para identificar afirmaciones verdaderas, en el 80% de los casos, y afirmaciones falsas, en el 65%.

ii. Neuroimágenes

Permiten observar el funcionamiento del cerebro al momento de mentir:

➤ Electroencefalograma

Es un aparato que mide la actividad eléctrica del cerebro. La onda P300 es una reacción de onda positiva ante la presentación de un estímulo, que se da a los 300 milisegundos después de que este ocurre (Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 274).

Rosenfeld, Ward, Frigo, Drapekin y Labkovsky [2015] y Ebrahimzadeh, Alavi, Bijar y Pakkeshal [2013] (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 274) manifiestan que el P300 para las pruebas parece ser más alto en el ámbito visual, mientras que en el auditivo parece ser menor.

Gao, Lu, Yang, Yu, Na y Rao [2013] (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 275) afirman que existen áreas del cerebro que parecen estar asociadas con la producción del engaño, tales como zonas del lóbulo frontal.

Respecto al uso del electroencefalograma, Villamarín señala que la técnica del Brainfingerprinting consiste en someter al sujeto a este aparato mediante sensores puestos en su cuero cabelludo para poder medir de forma no invasiva la respuesta de su cerebro

a ciertos estímulos que se le presentaban (palabras, fotos, frases, etc.) relacionados con el delito del que se le acusa o con el que se le relaciona. Siendo capaz de registrar es si esa información que se ha mostrado al sujeto es conocida o no por el y cuál es el índice de probabilidad de que el sujeto la conozca realmente. Agrega que esta técnica no es un detector de mentiras que solo es un buscador de informaciones presentes en el cerebro del sujeto, información almacenada que no es perfecta y es constantemente influenciada por varios factores (Villamarín, 2014, p. 89).

Yadav, Dahiya, Daundkar y Garad [2012] (como se citó en Villamarín, 2014, p. 95), afirman que una variante del Brainfingerprinting es el BEOS (Brain Electrical Oscillations Signature Test), en la cual el examinado es sometido a una serie de estímulos visuales o auditivos, que producen en él una oscilación eléctrica en su cerebro cuando recuerda algún hecho en el que ha participado. Esta oscilación se denomina “firma del recuerdo”, la cual no aparece incluso si el sujeto tiene conocimiento de dicha información, pero no la vivió de forma experimental. Por lo que se señala como ventaja de esta técnica, frente al brainfingerprinting que permite identificar quienes han cometido el hecho y distinguirlos de meros testigos que simplemente tienen conocimiento de la información pero que no han participado en el delito. Villamarín señala que hasta el momento no se tiene datos sobre la susceptibilidad de esta técnica a “contramedidas” (Villamarín, 2014, p. 96).

➤ Resonancia Magnética Funcional

La hemoglobina, que es la molécula encargada de transportar el oxígeno en la sangre, tiene propiedades magnéticas distintas según vaya unida al oxígeno (oxihemoglobina) o no vaya ligada a él (desoxihemoglobina). Cuando se realiza una actividad con el cerebro, aumenta el volumen de sangre en las áreas de actividad metabólica con un consiguiente aumento del aporte de oxígeno, y, por tanto, de la oxihemoglobina, así como con una disminución de la desoxihemoglobina. Los examinados deben querer cooperar, puesto que, si no quieren contestar, mueven la cabeza o no quieren entrar en el escáner no hay manera de realizar la prueba. Entre las Zonas comunes de mayor activación en todos los experimentos fueron: córtex del cíngulo anterior y el prefrontal (Villamarín, 2014, p. 83-86).

El uso de estos escáneres demuestra que cuando el cerebro piensa, la energía eléctrica (sinapsis eléctrica) circula a través de todas las partes que lo integran, con la gran ventaja de poder precisar pequeñas áreas de menos de un milímetro (Giraldo, 2016, p. 135).

Kosheleva, Spadoni, Stigo y Buchsbaum (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 276) señalan que durante la producción del engaño existen áreas del cerebro que muestran una gran actividad, como el giro frontal medio derecho y el giro frontal superior en ambos hemisferios, la cual está asociada al esfuerzo cognitivo que requiere el acto de mentir.

Ding, Du, Lei, Hu, Fu y Cheng (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 277) refieren que cuando las personas disimulan y niegan información sobre eventos u objetos conocidos, el giro frontal inferior presenta bilateralmente una gran activación; mientras que zonas del cerebro como el giro frontal superior, la calcarina izquierda y el caudado derecho muestran una gran actividad cuando se reporta y elabora información totalmente falsa.

➤ Espectroscopio

Permite observar las áreas del cerebro que se activan; para este caso, la actividad cerebral que surge durante el momento de engañar.

Investigaciones de Ding, Sai, Fu, Liu y Lee (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 278) demuestran que existe una mayor concentración de oxígeno y hemoglobina en la zona frontal derecha, en comparación de las personas que son honestas. Por otra parte, se tiene investigaciones de Ding, Gao, Fu y Lee (como se citó en Gómez Pavajeau y Gutiérrez, 2017, p. 278) que señalan que existe un aumento de oxígeno y hemoglobina en la zona frontal izquierda cuando las personas engañan.

IV. Los criterios de la jurisprudencia desde la perspectiva de la Psicología del Testimonio

Consideramos que los fundamentos jurídicos del Recurso de Nulidad N° 442-2018 (citados en este trabajo) respecto a que no se puede invalidar el testimonio de un niño por contradicciones o incongruencias secundarias, es correcto desde la perspectiva de la psicología del testimonio, en razón que los niños tienen dificultad para recordar detalles no destacados o periféricos por ser “poco llamativos” y no centrar en ellos su atención.

En cuanto al F.J 7° de la Casación 5-2007 referida a la imposibilidad de revalorar la prueba testimonial en segunda instancia por que los datos expresados por los testigos están estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad, narrativa, expresividad en sus manifestaciones, entre otros) está seriamente criticada en razón a que una persona a pesar de haber laborado como juez, fiscal, policía investigador o similares, tiene la misma posibilidad de conocer cuando alguien le está mintiendo, que una persona no preparada en esas áreas, por lo cual ahora pasamos de señalar el hecho de que por las máximas de la experiencia un juez no puede de las expresiones del testigo o del imputado, conocer si le está mintiendo o no, ahora con los conocimientos de la psicología del testimonio ya señalados, pasamos de un criterio de “máxima de experiencia” a un criterio científico para asegurar la imposibilidad de una persona, - por mas experimentada que sea en el ámbito de la investigación- de descubrir cuando alguien le está mintiendo.

Recomendaciones

1. Los jueces, fiscales y abogados deben saber que las falsas declaraciones de los testigos no son el mayor obstáculo para conocer cómo se desarrollaron los hechos, sino también que no los recuerden, o los percibieron de forma errónea y declaran creyendo que es la realidad como ocurrieron los hechos.
2. En cuanto a que el entrevistador debe conocer los detalles del suceso antes de la entrevista al testigo, es necesario, debiendo saber que puede incurrir en mala praxis de auto confirmación de la hipótesis, por lo que no debe elaborar preguntas sugestivas, introduciendo información como si fuera cierta, no existiendo prueba de ello.
3. Capacitar a los jueces, fiscales y abogados del contenido del presente trabajo, para eliminar la errónea idea de que el juez puede ser capaz de conocer cuando le están mintiendo imputado, denunciante y testigos, solo en base a la percepción del comportamiento no verbal (gestual) de estos, al rendir su declaración, considerando que la inmediación entendida racionalmente es para que el órgano judicial dirija el juicio oral conforme a las garantías y reglas establecidas para tal etapa, porque su función es hacer la audiencia, captar la información y pronunciar la sentencia que corresponda, motivadamente.

REFERENCIAS

- Abel Lluch, X. (2016). Diez tesis sobre la valoración de la prueba, dos propuestas de lege ferenda y un decálogo sobre motivación. En D. Agudelo, L. Pabón, L. Toro, M. Bustamante, y O. Vargas (Coords.), *El derecho probatorio y la decisión judicial* (pp. 63-65). Medellín: Universidad de Medellín.
- Roxin, C. y Schünemann, B. (2019). *Derecho Procesal Penal* (M. Amoretti y D. Rolón, trads.). Buenos Aires: Ediciones Didot. (Obra original: 29 ed.).
- Andrés Ibáñez, P. (Marzo de 2003). Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica). *Jueces para la Democracia*, (46), p. 57-66.
- Angulo, P. (2008). *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal* (2 ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Asencio, J. (2018). El procedimiento por colaboración eficaz: la ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal. En J. Asencio y J. Castillo (Dirs.), *Colaboración eficaz* (pp. 35-36). Lima: Ideas.
- Barragán, C. (2009). *Derecho Procesal Penal* (3 ed.). México, D.F.: McGraw Hill Editores.
- Bujosa, L. (2017). Tecnologías de imagen y valoración de la prueba. En J. Asencio (Dir.), *Justicia Penal y nuevas formas de delincuencia* (pp. 228-229). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Capponi, R. (2013). *Psicopatología y semiología psiquiátrica* (12 ed.). Santiago de Chile: Universitaria.
- Cerda, R. y Hermsilla, F. (2008). *El Código Procesal Penal: comentarios, concordancias y jurisprudencia* (3 ed.). Santiago de Chile: Librotecnia.
- Chaia, R. (2010). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Contreras, C. (2015). *La valoración de la prueba de interrogatorio*. Madrid: Marcial Pons.
- Cortés, M. (2013). El testimonio del niño abusado sexualmente. En J. Sierra, E. Jiménez, y G. Buena-Casal (Coords.), *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones* (pp. 719-744). Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, S. L.
- Crua, J. [Crua & Associats Advocats]. (17 enero de 2019). *Valoración de la prueba testifical: ¿Cómo funciona la memoria?* [YouTube]. Recuperado de

<https://www.youtube.com/watch?v=SqnutDpChfc&fbclid=IwAR0Mv3dsMrBpGGkeRTL8UOofcC2HkF2CRqjC-VRAtBRZ0EL60JbO6jCDgOQ>

- De la Fuente, J. (2015). *La memoria de los testigos*. Barcelona: Editorial UOC.
- De Miranda, C. (2019). Control de la valoración judicial de la prueba en la segunda instancia: problemas teóricos, problemas prácticos. En D. Agudelo, L. Pabón, L. Toro, M. Bustamante, y O. Vargas (Coords.), *La prueba: teoría y práctica* (pp. 114-116). Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- De Paula, V. (2019). *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y epistemología*. Madrid: Marcial Pons.
- Diges, M. (2016). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Garrido, E. y Herrero, C. (2006). El testimonio infantil. En E. Garrido, J. Masip, y C. Herrero (Coords.), *Psicología jurídica* (pp. 427-474). Madrid: Pearson. Educación S.A.
- Garrido, E., Masip, J., y Herrero, C. (Coords.). (2006). *Psicología jurídica*. Madrid: Pearson. Educación S.A.
- Ghirardi, O. (1992). *La lógica del proceso judicial*. Córdoba: Lerner.
- Giacomette, A. (2009). *Introducción a la teoría general de la prueba*. Bogotá: Señal Editora.
- Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Giraldo, J. (2016). Relaciones entre la Neurociencia y el Derecho. En D. Agudelo, L. Pabón, L. Toro, M. Bustamante, y O. Vargas (Coords.), *El derecho probatorio y la decisión judicial* (pp. 121-138). Medellín: Universidad de Medellín.
- Gómez Pavajeau, C. y Gutiérrez, C. (2017). *Neurociencias y derecho: reflexiones sobre la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Illuminati, G. (2008). *Proceso Penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons.
- Kielmanovich, J. (2004). *Teoría de la prueba y medios probatorios (3 ed.)*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

- La Rosa, M. (2008). Duda y valoración probatoria. En E. Donna (Dir.), *La verdad en el proceso penal – I, Tomo 2018-1*, p. 367. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Manzanero, A. (2008). *Psicología del testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Madrid: Editorial Trotta.
- Molina, R. (2013). Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso. En M. Taruffo y J. Nieva Fenoll (Dirs.), *Neurociencia y Proceso Judicial* (43-82). Madrid: Marcial Pons.
- Moreno, C. y Cortés, V. (2005). *Derecho Procesal Penal (2 ed.)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Lima: Idemsa.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba. Colección: proceso y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2014). Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. En *Nuevas tecnologías y neurociencia en el derecho procesal (Memorias)*, p.36. Cúcuta: Universidad Libre de Cúcuta.
- Nieva, J. (2017). *Derecho procesal III: proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y procedo judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Olvera, J. (2007). La declaración del inculgado. En L. Reyna, G. Arocena, y D. Cienfuegos (Coords.), *La Prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales* (pp. 470-472). Lima: Jurista Editores.
- Parra, J. (2011). *Manual de Derecho Probatorio (18 ed.)*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Rodríguez, O. (2005). *El testimonio penal y sus errores: su práctica en el juicio oral y público (2 ed.)*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rosas, J. (2016). *La prueba en el proceso penal. Vol. 1*. Lima: Legales.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (G. Córdova y D. Pastor, trads.). Buenos Aires: Editores Del Puerto. (Obra original: 25 ed. alemana).
- Sánchez, P. (2013). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Idemsa.

- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal: Lecciones*. Lima: INPECCP.
- Schweller, K. G., Brewer, W. F., & Dahl, D. A. (1976). Memory for illocutionary forces and perlocutionary effects of utterances. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, 15(3), 325–337.
- Tambini Del Valle, M. (1996). *La prueba en el derecho procesal penal: de acuerdo con el nuevo código procesal penal*. Lima: Jus Editores.
- Toledo, L. (2019). ¿Corroboración periférica? ¿Corroboración de carácter objetivo?: cómo determinar la verosimilitud del único testigo. Notas sobre el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116. En *Actualidad Penal*, (62), 184-191. Lima: Instituto Pacífico.
- Tomás, R. (2005). *El interrogatorio en la investigación criminal (4 ed.)*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Villamarín, M. (2014). *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal. El uso del escáner cerebral (fMRI) y del brainfingerprinting (P300)*. Madrid: Marcial Pons.
- WeiBer, B. (2013). ¿Refutan las ideas de la Neurociencia el concepto de culpabilidad del 20 del Código Penal? En M. Taruffo y J. Nieva Fenoll (Dirs.), *Neurociencia y Proceso Judicial* (145-167). Madrid: Marcial Pons.

CAPÍTULO II

La valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual desde la perspectiva de género

Marcial Eloy Páucar Chappa¹¹

En cuanto al tema que nos ocupa “*valoración de la declaración de la víctima en los delitos de violación sexual desde la perspectiva de género*”, si bien es posible desarrollar varios aspectos trascendentes que giran en torno al tratamiento jurisprudencial y doctrinario, se dará mayor preeminencia a la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.

Una primera aproximación con el tema nos permite advertir que, el legislador ha realizado profundas modificaciones en el tipo legal de violación sexual -en *strictu sensu*-, regulado en el artículo 170 del C.P., toda vez que, en el texto anterior (Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013), se sancionaba al que, con violencia o grave amenaza, obligaba a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizaba otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías; mientras que, en el texto legal actual (Ley N° 30838, del 4 de agosto de 2018), se sanciona al que con violencia, *física o psicológica*, grave amenaza o *aprovechándose de un entorno de coacción* o de cualquier otro *entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento*, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

Como bien puede apreciarse, ahora debe analizarse como uno de los componentes del tipo penal, tanto la violencia física como la violencia psicológica. Adicionalmente, se inserta en el delito un nuevo elemento vinculado con el denominado “entorno de coacción”, o “entorno que impida dar libre consentimiento”, lo cual ya había sido anteriormente analizado en el *Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*, el cual reconocía

¹¹ Magíster en Ciencias Penales por la USMP. Doctorando en Derecho por la UNMSM. Fiscal Provincial Penal Titular de Lima. Profesor de derecho penal en la UNMSM (postgrado), y USMP (pregrado), así como Cursos de Especialización en IDEHPUCP y ESAN.

paralelamente a la violencia, la presencia de “circunstancias contextuales” concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima, por ejemplo, que una trabajadora sea obligada a mantener relaciones sexuales con su empleador a cambio de no despedirla injustificadamente. Dichas modificaciones se encuentran también en armonía con lo estipulado en el artículo 8, inciso c), de la Ley N.º 30364, el cual establece que la **violencia sexual** constituye acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

Asimismo, otra de las principales novedades ha sido la inclusión de los delitos de acoso sexual (artículo 176-B del C.P.): “*El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual...*”; y chantaje sexual (artículo 176-C del C.P.): “*El que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de tecnologías de la información o comunicación, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual...*”, específicamente teniendo en cuenta como nuevo elemento “actos de connotación sexual”.

1. Los alcances del Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116

El ***Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*** es uno de los hitos jurisprudenciales más importantes sobre la materia, pues lo que caracteriza a éste es su sólida fundamentación técnica y jurídica sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la Libertad Sexual, específicamente sobre los siguientes temas: i) La irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual, ii) La Declaración de la víctima y retractación, iii) Corroboración Objetiva: prohibiciones y autorizaciones, y iv) Evitación de una victimización secundaria.

1.1. La resistencia de la víctima

Sobre el concepto de la resistencia de la víctima en torno a los delitos de violación sexual, en la doctrina española, Gonzáles Rus ha señalado lo siguiente: “Aunque la resistencia no se ha recogido nunca de forma expresa como elementos del tipo de la violación, su presencia se ha considerado siempre esencial para la configuración del delito. Y ello porque la oposición de la víctima es la manifestación de su voluntad contraria al comportamiento sexual y la que exige la utilización de la fuerza como medio comisivo eficiente para el logro del mismo. La resistencia era también un parámetro de gran utilidad en la medición de la violencia necesaria para el delito, pudiendo afirmarse que, si la resistencia reúne las características necesarias para que se considere presente, la fuerza fue la suficiente que precisa el delito. La resistencia del sujeto pasivo se concibe, pues, como el obstáculo físico, el rechazo material y efectivo del mismo al atentado sexual, como expresión externa de una determinación psíquica contraria al acceso carnal (Gonzales, 2008, págs. 2014-2015)”.

Con relación a la “resistencia de la víctima”, la Corte Suprema ha establecido oportunamente en el FJ 18 del *Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*, que la falta de exigencia de este elemento como presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, tiene dos fundamentos, el primero debido a que el tipo penal comprende también la amenaza como medio comisivo del delito, y el segundo, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

1.2. La retractación de la víctima

Conforme lo señala Fuentes Soriano, en la jurisprudencia española: “La declaración de la víctima puede ser admitida como única prueba de cargo apta, por tanto, para enervar la presunción de inocencia que pesa sobre el acusado es una máxima comúnmente admitida por la jurisprudencia española desde hace décadas, si bien siempre bajo la concurrencia

de determinadas circunstancias que la dotarán de solvencia y verosimilitud (Fuentes, 2017, pág. 374)”.

En nuestra jurisprudencia, ha sido el *Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116*, el cual ha desarrollado los requisitos de la sindicación del agraviado. En efecto, en el FJ N° 10 establece que, tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Bajo el razonamiento de la Corte Suprema, las garantías de certeza serían las siguientes:

- A. Ausencia de incredulidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

- B. Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

- C. Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior [*donde se señala que debe observarse la coherencia y solidez del relato; y de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión no necesariamente la inhabilitaría para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones de este se haya sometido a debate y análisis, el juzgador podría optar por la que considere adecuada*].

Ahora bien, en cuanto a la “retractación de la víctima”, el *Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*, ha señalado que es posible hacer prevalecer como confiable aquella

declaración con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante, sobre la base la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima. Se recuerda igualmente que, la experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia, todo ello en suma explicaría una retractación y una ausencia de uniformidad.

Asimismo, se le brindó una relevancia muy significativa a los literales a), b) y c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, tales como: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

1.3. La corroboración objetiva de la prueba

En lo que respecta a la “corroboración objetiva”, el *Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*, ha desarrollado 6 pautas en función al principio de pertinencia, donde el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, debiéndose distinguir: a) por el grado de ejecución, si se trata de un hecho tentado o consumado; b) por el objeto empleado para la penetración, miembro viril o un objeto análogo; c) la zona corporal ultrajada, es decir, si fue vaginal, anal o bucal; d) por la intensidad de la conducta, si fue penetración total o parcial; e) por el medio coaccionante empleado, si hubo violencia física, violencia moral o grave amenaza; y f) por las condiciones personales de la víctima, si es mayor o menor de edad, persona que no pudo consentir por incapacidad jurídica, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

1.4. Evitación de una victimización secundaria

Otro aspecto importante, es que el *Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116*, ha establecido como excepción a la regla, que el Juez Penal podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración pre procesal -cámara Gesell-, no se ha llevado conforme a las exigencias mínimas que garanticen su derecho de defensa, o que resulte incompleta, o lo solicite la víctima o ésta se haya retractado por escrito, o para que se aclaren ciertos puntos ambiguos.

2. La conciliación

Como bien se sabe, la Ley N.º 30364, establece que no es admisible la “conciliación” entre agresor y víctima. En efecto, el artículo 25 de la Ley N.º 30364 señala “*En el trámite de los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar está prohibida la confrontación y la conciliación entre la víctima y el agresor*”.

Ello tiene una especial trascendencia debido a que los agresores que pertenecen a un círculo familiar o cercano con las víctimas tratan de revertir las sindicaciones iniciales por el abuso sexual cometido. Bajo estos alcances, una declaración jurada donde la víctima se desiste o indica que se ha reconciliado, no debería ser valorado como un elemento de prueba que genera exculpación *per se*.

3. Las medidas de protección

Otro factor que ingresa al campo de la valoración de la declaración de la víctima en el delito de violación sexual es la existencia de “*medidas de protección previas*”.

Dentro del análisis de este elemento, encontramos que el agente agresor puede incumplir las medidas de protección dictadas a favor de la víctima, en cuyo caso nos encontraremos frente a la comisión del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en la

modalidad agravada, la cual se encuentra prevista y sancionada en el artículo 368, primer párrafo, concordante con el segundo párrafo, parte *in fine*, del C.P., modificado mediante Ley N° 30862 del 25 de octubre de 2018:

“El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

(...) Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años”.

Este elemento debería ser valorado de manera conjunta con las demás pruebas, a fin de determinar la verosimilitud de las imputaciones formuladas por la víctima. Ahora bien, será importante determinar qué medida de protección, conforme al artículo 22 de la Ley N° 30364, se habría impuesto previamente a la agresión sexual (por ejemplo: *retiro del agresor del domicilio, impedimento de acercamiento o proximidad, prohibición de comunicación, prohibición de portar armas de fuego, etc.*). Aunado a ello, debería tomarse en consideración cuántas medidas de protección se concedieron, así como también el periodo de tiempo que vienen concediéndose estas medidas.

No olvidemos que en la mayoría de los casos las agresiones sexuales son “progresivas” e “invasivas”, es decir, que el agresor poco a poco busca ganar espacios dentro de la esfera de la indemnidad o libertad sexual de la víctima, comenzando con el acoso simple o el acoso sexual, el chantaje sexual, los actos contra el pudor o actos libidinosos, las tentativas de violación sexual, hasta que finalmente se materializan en la consumación de este delito de naturaleza muy grave.

Ahora bien, bajo esta perspectiva, se debe realizar una evaluación integral con los procesos tutelares que se hubiesen podido instaurar en favor de la víctima con anterioridad a la agresión sexual propiamente dicha. En ese sentido, el **Acuerdo Plenario N° 5-2016/CIJ-116** ha establecido en su FJ 10° que las medidas de protección:

- A. Deben entenderse como medidas provisionales que inciden, de uno u otro modo, en el derecho a la libertad del imputado, y también según la Ley N° 30364, en el derecho de propiedad, aunque en este caso su calidad cautelar sería indiscutible.
- B. Buscan otorgar a la víctima la debida protección integral frente a actos de violencia.
- C. Inciden en el *periculum in damnum*, peligro fundado en la reiteración delictiva, pero es apropiado enfatizar que apuntan a otorgar a la víctima la protección necesaria para que pueda hacer efectivo el ejercicio cotidiano de sus derechos.

Asimismo, conforme a los lineamientos acuñados por la Corte Suprema, las medidas de protección tendrían tres notas características:

- i. Son aquellas que se reconocen en el artículo 22 de la Ley N° 30364 y artículo 37 del Reglamento, entendiéndose como *medidas específicas*.
- ii. Incoado el proceso penal, bajo la dirección del juez penal, también pueden imponerse, sin perjuicio de aquellas, otras previstas taxativamente en los artículos 248 y 249 del CPP.
- iii. Como medidas provisionales están sujetas al principio de variabilidad, como lo definen el artículo 41 del Reglamento y, especialmente, el artículo 250 del CPP.

4. Las pericias psicológicas y psiquiátricas

Resulta también importante la pericia psicológica y psiquiátrica de la agraviada, no solo porque nos permite evidenciar la existencia de afectación o maltrato psicológico, sino porque nos podría orientar sobre la verosimilitud en las versiones de la víctima, como por ejemplo el trastorno psicológico de la mitomanía.

En este ámbito resultará especialmente importante los alcances establecidos en la “*Guía de Evaluación Psicológica Forense en caso de Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar y en otros casos de Violencia*”, la cual fue aprobada

mediante Resolución de Fiscalía de la Nación N° 3963-2016-MP-FN, publicada el 11 de septiembre de 2016.

Asimismo, conforme lo señala el artículo 26 de la Ley N° 30364: “*Los informes psicológicos de los Centros Emergencia Mujer y otros servicios estatales especializados tienen valor probatorio del estado de salud mental en los procesos por violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*”.

En este ámbito, el **Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116**, ha fijado en el FJ N° 29, que la valoración de la pericia psicológica forense debe ser realizada de forma rigurosa, por lo que el juez debe preguntar al perito y verifica lo siguiente:

- A) El evaluado tiene capacidad para testimoniar.
- B) Puede aportar un testimonio exacto, preciso y detallado sobre los hechos cuya comisión se estudia.
- C) Puede ser sugestionado, inducido y llevado a brindar relatos y testimonios inexactos o por hechos falsos.
- D) Puede mentir sobre los hechos de violación sexual.
- E) Tiene capacidad y discernimiento para comprender lo que se le pregunta.

Por ello, señala también que, para realizar un análisis de credibilidad, resulta imprescindible realizar evaluaciones a los sujetos que brindan su declaración como testigos, atendiendo a un nivel cognitivo de las personas, y un componente motivacional.

5. Testigo de primera revelación

También como complemento para la valoración se tiene la declaración del “*testigo de primera revelación*”, que puede ser una madre, una amiga, una profesora, una vecina, una hermana, o un familiar cercano que es la primera persona que recibe la revelación por parte de la víctima de la existencia de una agresión sexual. En esta declaración de apoyo es posible percibir los primeros datos periféricos que permitan establecer la verosimilitud de la sindicación de la víctima, así como el real contexto de la revelación, tal como el

estado emocional y la afectación personal, es decir, si hubo temor, tristeza, llanto, nerviosismo, congoja, etc.

6. El certificado médico legista

La evaluación médico legal es otro elemento importante al momento de la verificación de la sindicación de la víctima de agresión sexual, sobre todo porque tiene la condición de un informe pericial oficial.

Ahora bien, el artículo 178 del NCPP regula el contenido del informe pericial oficial: a) El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria; b) La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; d) La motivación o fundamentación del examen técnico; e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; f) Las conclusiones; y g) La fecha, sello y firma.

En efecto, se deberá analizar la ubicación y características de las lesiones, pues todas las lesiones no necesariamente deben ser atribuidas al imputado, sino aquellas en las que exista correspondencia en el relato de la agraviada, y así poder determinar aquellas que pudieron ser producto de un contacto fortuito, producidas por un tercero, o incluso si hubo autolesión.

En lo que respecta a la agresión sexual propiamente, generalmente se puede presentar el caso de que la víctima tenga himen complaciente, y exista la dificultad de establecer si el acceso carnal se materializó con anterioridad a la denuncia o se realizó en la fecha de los hechos denunciados.

Ahora bien, en cuanto a la valoración probatoria de un dictamen pericial, Neyra Flores ha señalado: “La fuerza probatoria del dictamen pericial será valorada entonces, conforme a los principios de la sana crítica y la libre convicción. El Código Nacional prevé pautas

ejemplificativas que deberá especialmente tener en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad u disconformidad de sus opiniones, los principios científicos, criterios técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen, en que se fundan, su concordancia con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca (Neyra, 2010, pág. 584)”.

Del mismo modo, el *Acuerdo Plenario N° 4-2015/CJ-116*, sobre “*Valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual*”, ha fijado en su FJ 25 que en una víctima de agresión sexual se debe establecer si ha sido posible de desfloración vaginal, acto contra natura y de otras lesiones físicas en el cuerpo, conforme a estos criterios el profesional examinador no sólo debe limitarse a dichas zonas físicas, sino que deberá incluir cualquier tipo de vestigio material que se pueda vincular al delito, como por ejemplo vellos púbicos, manchas de semen y muestras de contenido vaginal y/o anal, entre otros.

7. El examen de ADN

Sobre este asunto, resulta importante lo desarrollado por la *Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433*, en el FJ 41°, donde fija como punto de controversia la exclusión de la paternidad mediante el examen de ADN, y si es suficiente dicha constatación para optar por la absolución del imputado excluido. Sobre el particular, se parte del caso de una imputación por delito de violación sexual de menor de edad, donde la exclusión del imputado de la paternidad, mediante esta prueba, solo constituiría un contra indicio, más no excluiría la posibilidad que el imputado excluido haya vulnerado la indemnidad sexual de la víctima. Bajo el razonamiento de la Corte Suprema, sí es posible que la menor agraviada haya sido víctima de violación por el imputado excluido, pero haya resultado embarazada por acción de otro agresor, por lo que, el Juez debería valorar otros indicios que pueden llevar al hecho indiciado, poniendo como ejemplos el indicio de capacidad, el de mala justificación, el de sospecha, el de oportunidad, y el antecedente.

No obstante, las pautas jurisprudenciales no se agotan en un análisis desde la perspectiva del examen de ADN como prueba de descargo, sino que también incluye un análisis sobre

la visión de prueba de cargo. De esta forma, en el FJ 42° señala que tratándose de violaciones de mayores de edad la no exclusión de paternidad del agresor tampoco podría constituir indicio de cargo único y suficiente para optar por la responsabilidad del acusado. En dicho análisis la Corte Suprema admite que constituye un indicio fuerte y concluyente de la materialidad del delito, pero que debe complementarse con otros indicios que cubran la involuntariedad de la víctima en la realización del acto sexual. Por otro lado, añade que tampoco es evidente si lo que es objeto del proceso comprende un periodo de tiempo en el que puedan haberse realizado varios actos sexuales, por lo que las “circunstancias del caso concreto” y la valoración de los medios de prueba y elementos externos periféricos determinará la conclusión jurisdiccional.

8. La entrevista única de Cámara Gesell

En cuanto a la entrevista única de Cámara Gesell, se tiene muchas veces que las menores de edad que han sido víctimas de violación sexual, no son llevadas por sus padres o sus representantes legales a dicha diligencia, o también se desisten en plena declaración y exculpan a su agresor como el autor de la violación sexual, por lo que en estos casos será importante verificar si existieron elementos suficientes para investigar estos hechos como delitos Contra la Administración de Justicia, tales como el delito de ocultamiento de menor a la investigación (artículo 403 del C.P.): *“El que oculta a un menor de edad a las investigaciones de la justicia o de la que realiza la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”*; o el delito de obstrucción de la justicia (artículo 409-A del C.P.) cuando se obstaculiza que un testigo declare: *“El que mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”*.

BIBLIOGRAFÍA

Gonzales, J. (2008). “¡No!, y basta. (A propósito de la resistencia como elemento de los delitos de violación y de agresiones sexuales)”. En A.A.V.V., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo II* (págs. 2014-2015). Madrid: EDISOFER.

Fuentes, O. (2017). La prueba de la violencia de género. En J. Hurtado, *Género y Derecho Penal – Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (págs. 374-375). Lima: INSTITUTO PACÍFICO.

Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: IDEMSA.

CAPÍTULO III

La valoración de la declaración del colaborador, testigo y coimputado dentro del Proceso Penal

Frank Almanza Altamirano¹²

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL NUEVO PROCESO PENAL

En el ámbito general es menester valorar distintos criterios dentro del proceso penal; sin embargo a efecto de analizar el valor que debe darse a la declaración del colaborador, testigo o coimputado, es preciso partir de la valoración que se efectúa respecto de la prueba, entendida esta en un sentido amplio, en atención a ello la prueba en materia jurídica es de suma importancia para el desarrollo del derecho, ya que no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca sus fundamentos en ellas, pues es derecho de las partes que la decisión judicial se sustente en prueba conocida y debatida dentro del proceso, ello es respeto del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, porque no debe existir una sentencia en materia penal que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado o bien que el actor acredite sus pretensiones.

Así entonces, desde todos los tiempos, la prueba tiene una gran importancia en la vida jurídica, tal como nos lo hace saber la doctrina, de tal forma que Devis Echandía sostenía que: *“No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba”*. Entonces, sin la prueba, el Juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal, cabe resaltar que el hecho que el Juzgador admita, y valore la prueba es una actividad que evidencia el respeto por el principio de interdicción a la arbitrariedad.

Y, por ello la forma mediata de comprobar que la persona a la cual se le acusa de haber cometido un hecho punible, es culpable o inocente; tratándose de Derecho Penal, es agotando todos los medios legales de la prueba, solo de esta forma se puede llegar a dicha conclusión, facultad que la misma ley ha concedido, tanto al Estado representado por el Ministerio Público, en tanto el artículo 159° de la Constitución Política del Perú le confía la función de velar por la correcta administración de justicia, en cuanto al juez, este en

¹² Fiscal Superior Penal De Lima. Profesor en la Academia de la Magistratura, Universidad San Martín de Porres y ESAN.

virtud de criterios de imparcialidad deberá regir su comportamiento a los parámetros del debido proceso así como al acusado y su defensa.

En relación a lo expuesto en el párrafo anterior se desprende que en el procedimiento penal, por ser el instrumento de la definición de las relaciones de orden público, el Tribunal debe procurar llegar al conocimiento de la verdad efectiva, analizando escrupulosamente el material probatorio, en su doble aspecto de cargo y descargo, entendiendo que hay una serie de actuaciones por parte del representante del Ministerio Público y otros criterios con los que refutara la defensa del procesado.

Consecuentemente, se tiene, como lo dice García Falconí, la prueba, de cargo y descargo; esta no habla por sí sola, está llena de detalles, de inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos caracteres para valorarlas y fundamentar la sentencia a dictarse, y que por ello la prueba debe ser necesaria, legal, oportuna, libre, controvertida y practicada en la etapa del juicio.

Entonces, dada la importancia de los medios de prueba en el proceso penal, resulta necesario que el juzgador realice una correcta valoración de los medios de prueba para arribar a la verdad histórica de los hechos y, sobre la base de ello, sentenciar al acusado.

NOCIÓN DE “PRUEBA”

En primer orden resulta necesario establecer un concepto de la prueba, y para ello debemos recurrir a su sentido etimológico, pues la palabra “prueba”, deriva del término latín *probatio* o *probationis*, que a su vez procede del vocablo *probus* que significa “bueno”; por tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa, ello deberá efectuarse dentro de lo que es el proceso penal.

Dentro del proceso penal, la prueba, señala Andrés De La Oliva, *“es la actividad procesal de las partes y el juzgador, dirigida a formar la convicción de este último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral”*.

En cada etapa procesal; desde la investigación preliminar hasta la sentencia, la prueba tiene distintas connotaciones que nos permiten identificar diferentes categorías de pruebas; a las cuales Botero identifica las siguientes categorías:

Los medios de búsqueda de pruebas, que son actos investigativos, consentidos a las partes en el curso de las investigaciones preliminares para adquirir las fuentes de prueba.

Las fuentes de prueba que son elementos adquiridos en el curso de la investigación preliminar que obligan a las partes a demandar su admisión, se forman luego delante del Juez a través de los medios de prueba. **Los medios de prueba** que son instrumentos a través de los cuales las pruebas son aportadas al conocimiento del juez. Las pruebas que son elementos adquiridos delante del juez en contradicción entre las partes en la audiencia oral y puestos de base de la sentencia¹³

En ese sentido es posible afirmar que la prueba es la verificación de afirmaciones que se lleva a cabo, utilizando los elementos de prueba con los que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de medios de prueba y con arreglo a ciertas garantías. De ello deducimos, primero, que la prueba no consiste en averiguar sino en verificar; y, segundo, precisamos que el elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva, en tanto que, el medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley, dirigido a lograr el ingreso del elemento de prueba al proceso.

Cabe resaltar también que la prueba que se incorpora, o que dicho de otro modo se ofrece, debe ser lícita, puesto que de obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, estas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez ni directa ni indirectamente.

FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Al respecto existen diversas posiciones en la doctrina, uno de ellas es la señalada por Mixán Mass quien refiere que:

La actividad probatoria en el proceso penal tiene como finalidad específica indagar y verificar las afirmaciones constitutivas de la imputación sobre el “tema probandum” (sobre el objeto de la prueba en el caso singular). En síntesis, la finalidad de la actividad probatoria en el procedimiento penal es buscar la verdad concreta sobre la imputación para una correcta aplicación de la ley¹⁴.

¹³ BOTERO, Martín. (2008). *El Sistema Procesal Acusatorio*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

¹⁴ MIXAN MASS, Florencio. (2002). *Teoría de la Prueba*, Trujillo: Ediciones BLG.

Por otro lado, el destacado jurista Rivera Morales sostiene que dos son los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo: a) Cognoscitivismo racional garantista; fundado en el ideal que en el proceso se debe administrar justicia, por tanto, uno de los principales propósitos es establecer la verdad y que esta sea rasgo esencial de la decisión. b) Decisionismo procesal, por el cual se sostiene que la finalidad de la prueba es ser una herramienta de persuasión. Debe recordarse que el decisionismo sostiene que la decisión que tome el juez siempre es correcta, pues estará basada en el razonamiento jurídico que efectúa el juez en la sentencia, tomado como libertad de apreciación¹⁵.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El profesor Gonzales Navarro, indica que *“por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende de la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse en su contenido”*¹⁶. Cada medio de prueba es susceptible de valoración individual, y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, pero lo ordinario es que se requieran varios, de la misma o de distinta clase para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos.

Por otro lado Manzini a expresado que la valoración de la prueba consiste en el análisis crítico, hecho por el magistrado del resultado del examen probatorio y en la consiguiente valoración de él acerca de lo concluyente de esa misma prueba a los fines procesales¹⁷. En relación a ello, ha sido objeto de desarrollo académico diversos sistemas que se emplean para la valoración de la prueba, en ese sentido se tiene:

a) La sana crítica

En relación a este sistema, Couture, tras afirmar que la valoración de la prueba es a la vez expresión de ciencia y de experiencia, la define como “reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”¹⁸.

¹⁵ RIVERA MORALES, Rodrigo. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*, Marcial Pons.

¹⁶ GONZALES NAVARRO, Antonio, *La Prueba en el sistema penal acusatorio*, Bogotá: Leyer, p. 288.

¹⁷ MANZINI, citado por Gonzales Navarro, Antonio, op. cit., p. 289.

¹⁸ COUTURE, Eduardo. (1941). *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial*, Montevideo: , pp. 19 y 21.

El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que el de íntima convicción (criterio de conciencia), establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye, que se fundamenten los fallos teniendo en consideración las pruebas aportadas en el devenir del proceso. Claro que si bien el Juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y gozan de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. Al respecto sostiene Walter Gerhard que *“la libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común”*¹⁹.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya.

b) El sistema de la prueba legal o tasada

El sistema de prueba legal o tasada fue introducido en el derecho canónico, como un freno, un obstáculo, a los ilimitados poderes que tenía el juez, que ejercía absoluto dominio sobre el acusado y que frecuentemente se traducían en arbitrariedades.

En este sistema se suprime el poder absolutista del juez, ya que no son los jueces los que según el dictado de su conciencia debe juzgar el hecho determinado, sino que sus fallos han de ajustarse a la pauta de la norma jurídica; ya no es solo su convicción la que prevalece, sino que sus resoluciones deben dictarse apreciando la prueba de acuerdo con las normas procesales.

Por tanto, el sistema de la prueba tasada es aquel que consistía en el establecimiento de ciertas reglas a que de manera rígida asignaba un determinado resultado a los medios de prueba en sentido formal que se utilizaban en el proceso, y que no se dirigían a formar el

¹⁹ GERHARD, Walter. (1985). *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá: Themis.

conocimiento del juzgador sino a la obtención de un resultado absoluto, en un principio y más tarde sustituido por normas que obligaban al juzgador a formar un criterio según el contenido de estas, criterios que hoy por hoy dentro de un estado constitucional de derecho no pueden ser avalados por vulnerar una serie de principios constitucionales tales como el de presunción de inocencia y en sentido estricto el debido proceso.

c) Reglas de la lógica

Estas constituyen un límite a la libertad de apreciación de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional, esto debido a que tiene que respetar las leyes del pensamiento al momento de valorar las pruebas, por lo que un error de logicidad puede provocar un recurso que tienda a atacar la motivación del juez al momento de analizar las pruebas²⁰. Como muestra de ello se señalan dos principios de la lógica que deben ser observados al momento de valorar las pruebas:

- **Principio de identidad:** se enuncia de la siguiente forma: “*Todo objeto de conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo*”²¹. En otras palabras “una cosa es lo que es”; esta ley del pensamiento exige que todo concepto y todo juicio debe ser idéntico a sí mismo y no se puede cambiar un concepto por otro, ya que se corre el riesgo de cometer un error lógico²².
- **Principio de no contradicción:** significa que “una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto”. De acuerdo con esta regla si en dos juicios enunciativos, uno afirma y el otro niega la conveniencia de tal o cual determinación, relativo al mismo objeto-sujeto, en iguales condiciones de espacio y tiempo, estos juicios son contradictorios, y por tanto, no es posible que los dos sean verdaderos²³.

d) Conocimientos científicos

En la importancia de la valoración de las pruebas, un referente obligado es la correcta apreciación de los conocimientos científicos. Esto significa que el órgano jurisdiccional

²⁰ KLUG, Ulrich. (2004). *Lógica Jurídica*. (J. C. Gardella, 4.ª Ed). Colombia: Themis, p. 204.

²¹ COPI, Irving. (2002). *Introducción a la Lógica*, México: Limusa, p. 367.

²² GARCIA RESTREPO, Luis. (2003). *Elementos de la Lógica para el Derecho*, Colombia: Themis, 2003, p. 110.

²³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. (1999). *La lógica del raciocinio jurídico*, México: Fontamara, p. 104.

no puede otorgar valor alguno a aquellas pruebas que manifiestamente contradigan el conocimiento vigente aprobado y reconocido por alguna ciencia.

e) Máximas de la experiencia

Las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos²⁴.

Responden al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, producen únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que le corresponde como criterio de orientación en la valoración, no como juicio confirmativo de los hechos²⁵.

De tal forma que en el presente artículo, habiendo ya desarrollado a modo de preambulo un concepto general de lo que es prueba, se abordara a continuación la importancia de la declaración tanto del colaborador, como la del testigo o imputado dentro del proceso penal, para ello debemos entender que el Derecho Procesal Penal es el medio por el cual se busca llegar a la verdad de los hechos, no a aquella verdad absoluta a la que hacía referencia el sistema inquisitivo de antaño, sino a aquella verdad a cual se pueda llegar luego de recabar los elementos de convicción que se consideren necesarios, y habiendo sido debidamente valorados, en ese sentido uno de elementos que se obtienen a lo largo del proceso de investigación, son las declaraciones de los propios imputados, testigos o colaboradores, en ese sentido es propicio corroborar dichos elementos a efectos de acreditar o desvirtuar alguna posición.

A efectos de brindar un aporte preliminar es menester efectuar una distinción entre el sistema penal inquisitivo propio del antiguo regimen, y el sistema penal acusatorio, que en teoría se pone en práctica con la entreda en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, la conducta de los sujetos procesales es distinta en relación a cada sistema, mientras que en el sistema inquisitivo se busca llegar a la verdad absoluta sin importar los medios que se empleen, en el sistema acusatorio, que no es más que un sistema garantista se toma

²⁴ STEIN, F. (1988). *El conocimiento privado del juez*. (de A. De la Oliva). Bogotá: Themis, p. 27.

²⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés." *Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal*", p. 288.

como referencia la presunción de inocencia, la misma que deberá ser desvirtuada con elementos de convicción respecto de un hecho ilícito que deba probarse.²⁶

Mientras que en el Sistema Inquisitivo se tenía como punto de partida la presunción de culpabilidad o cualquier otra medida destinada a obtener una declaración autoinculpatoria, vulnerando de tal forma el principio de no autoincriminación, evidenciando de tal forma una afectación a derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que nuestro sistema procesal vigente no puede avalar dichos criterios hoy en día, y en ese sentido es preciso valorar la declaración del inculpaado en relación a parámetros de legalidad.

En relación a ello existe diversas posiciones entre juristas, uno de ellos, Alexander Villegas paiva ha expresado lo siguiente en relación a la declaración del investigado:

“Ciertamente, la idea de colaboración en el esclarecimiento de los hechos presupone la idea misma de culpabilidad, pues se pretende con ello que el imputado declare su participación en los mismos y no entorpezca la investigación. Así, antes de las reformas legislativas habidas al respecto a lo largo del siglo XIX, el sujeto procesado –o, simplemente, sospechoso de la comisión de un delito– estaba sometido a determinadas actuaciones procesales durante la fase sumarial que ponían de manifiesto su deber de colaboración con la justicia, puesto que todas ellas estaban dirigidas a obtener su confesión: si se declaraba culpable recibiría beneficios en relación con la pena; se le tomaba juramento antes de prestar declaración, en tanto no se le reconocía un derecho al silencio y a no/declarar contra sí mismo en los términos en los que hoy lo conocemos; se le sometía a “indagación” (diligencia que consistía en dirigirle preguntas capciosas, engañosas o sugerentes, a fin de hacerle incurrir en contradicciones que posteriormente pudieran ser utilizadas como indicios de cargo), al trámite de la “confesión con cargos” (el juez le exponía todos los indicios reunidos contra él para que alegara lo que estimara oportuno) y, por último, en los casos de delitos muy graves, el procesado podía ser sometido al tormento como último recurso para obtener su confesión”

Como se ha visto esta concepción es propia del regimen anterior; donde se consideraba muchas veces a la tortura como un mecanismo para llegar a la veradd absoluta y partiendo del hecho que la colaboración significaba un deber jurídico del imputado para colaborar con la justicia; sin embargo el referido autor también se pronuncia sobre los ideales que

²⁶VILLEGAS PAIVA, Alexander *“La presunción de inocencia en el Proceso Penal Peruano”*. Lima: Editorial Gaceta Juridica, pp 47.

inspiran el nuevo modelo penal, haciendo mención a la contribución de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, que consecuentemente originaron el paradigma de un Estado Constitucional de Derecho.

Si bien es cierto en ocasiones dentro de un proceso penal, el defensor de la legalidad que es el llamado a dirigir la investigación desde que recepciono la noticia criminal es el que debe formular la estrategia necesaria para efectuar los actos de investigación útiles, pertinentes y conducentes, en algunos casos se hace referencia a la legalidad de los mismos, para tal fin cuenta con el apoyo de la Policía Nacional del Perú, en esa línea de ideas es que en ciertas oportunidades se ha notificado a ambas partes para que puedan brindar su declaración; sin embargo solo concurre la parte agraviada, el cuestionamiento que surge ante este contexto es ¿Qué hacer si solo se tiene la declaración del agraviado? Ante tal situación es la Corte Suprema quien se ha encargado de brindar un aporte mediante el **Acuerdo Plenario 2-2005/116-CIJ**, en ese orden de ideas, en el considerando octavo y noveno de la referida resolución se establece las circunstancias que han de valorarse en el caso de la declaración del coimputado, sosteniendo que la versión que brinde será en relación a hechos propios, por lo que su condición o declaración no deberá ser valorada de igual forma que la de un testigo.

“a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida

en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.”

La solución que la jurisprudencia le ha dado a este problema no se centra en la declaración, sino en la credibilidad de la misma, por lo que no se está ante un problema de legalidad, puesto que en ciertas circunstancias una sola manifestación que debe ser evaluada de manera pormenorizada puede sustentar una condena. La jurisprudencia ha establecido criterios de evaluación del testimonio para evitar arbitrariedades en la valoración y el resultado que se obtenga de la misma.

En cuanto a la declaración del agraviado, cuando este es el único testigo de los hechos deberá considerarse otras circunstancias, como las que ha hecho mención el referido Acuerdo Plenario, las cuales son las siguientes:

“a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación”

Como es de verse, tales presupuestos deben concurrir en la declaración que brinde el agraviado a efectos de enervar la presunción de inocencia, del mismo modo la incriminación debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituye la única prueba enfrentada a la negativa del acusado. Cuando éste proclama su inocencia, la única posibilidad de evitar la indefensión es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalan su falta de veracidad.

Por otro lado, se tiene la declaración de los colaboradores, quienes de alguna manera son catalogados como colaboradores testigos, a quienes necesariamente deberá llevar al estadio de Juicio Oral a efectos de corroborar su dicho en el contradictorio; sin embargo existe senda jurisprudencia que se ha encargado de desarrollar la valoración que deba

efectuarse a la declaración del colaborador eficaz en algunos casos, como las que a continuación se desarrollan:

LA VALORACIÓN RESPECTO DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR (ACUERDO PLENARIO 2-2017-SPN)

Es menester precisar que en opinión del jurista Emilio Resta, el proceso de colaboración eficaz es denominado como el Derecho Penal Premial, recayendo en la figura del arrepentido, quien admite los hechos delictivos que se le atribuyen, y del mismo modo proporciona información, “suficiente, eficaz e importante”, el arrepentido o también denominado colaborador, es el imputado quien una vez disociado, es decir una vez que ha abandonado sus actividades delictivas, se presenta ante la autoridad para brindar una información calificada, lo que también suele denominarse como proceso de delación, en relación a ello se ha dicho que es preciso que la declaración de colaborador se encuentre mínimamente corroborada, esta premisa tiene su sustento normativo en el artículo 158° del NCPP, el mismo que a la letra señala:

Artículo 158 Valoración. -

2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

En cuanto al testigo de referencia, es importante precisar que su aporte no es suficiente por sí solo como medio de conocimiento válido para desvirtuar la presunción de inocencia, pues para tal efecto es indispensable la presencia de otros medios probatorios para verificar o confirmar el contenido del relato indirecto. Así es que, la entidad suasoria de la prueba de referencia no depende de sí misma, sino del respaldo que le brinden las otras pruebas, aunque sea a través de la construcción de inferencias indiciarias.

El problema central lo constituye la credibilidad que pueda otorgarse a la declaración referenciada, pues estos testigos son transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, por lo cual, se insiste, la credibilidad que pudiere derivar de ese aporte probatorio queda supeditada al complemento con otro género de pruebas, y condicionada a que no sea posible la intervención de los testigos directos.

En lo que corresponde a la declaración de arrepentidos y colaboradores, es importante hacer mención a la sentencia del Tribunal Supremo Español N° 233/2002, de 9 de diciembre, la cual señala:

“La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido este mínimamente corroborado; se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso”

Con relación al artículo citado también guarda relación el Acuerdo Plenario 2-2017-SPN el cual sostiene que la sola declaración del colaborador no puede ser utilizada para la imposición de una medida de coerción personal, en el citado acuerdo plenario se establece que, la declaración del colaborador eficaz debe ser corroborada internamente para su objeto; sin embargo para ser utilizada en un requerimiento de medida coercitiva (ejem: prisión preventiva) debe estar acompañada con elementos de corroboración propios del proceso especial de colaboración eficaz, la misma resolución precisa que no es admisible una corroboración del colaborador eficaz con otro colaborador o aspirante, dada la escasa fiabilidad de su versión, es aquí donde el juzgador deberá evaluar la presencia o no de criterios de incredulidad subjetiva, entre otros, a modo de conclusión los integrantes de la Sala Penal Nacional han establecido lo siguiente²⁷:

“Necesariamente debe haber elementos de corroboración interna, para el uso de la declaración del aspirante a colaborador eficaz, en efecto para utilizar la declaración del colaborador eficaz se debe acompañar los elementos de convicción corroborativos del proceso de colaboración eficaz. La sola declaración del aspirante a colaborador eficaz no puede ser utilizada sin acompañar los elementos de corroboración del proceso de colaboración eficaz. Se precisa que i) los elementos que corroboren internamente la declaración del colaborador servirán para el objeto del proceso de colaboración eficaz,

²⁷Acuerdo Plenario 2-2017-SPN-fundamento 19 y 20

ii) empero, **para habilitar su utilización en el requerimiento de una medida coercitiva es necesario que el Ministerio Público acompañe los elementos corroborativos del proceso de colaboración eficaz**, estos elementos serán sometidos a contrainterrogatorio en la audiencia de medida coercitiva; pero además será necesario el debate de otros elementos de convicción, producidos en el proceso receptor que amerite la medida coercitiva. Los elementos de corroboración del proceso de colaboración deben ser sometidos a contradictorio en el proceso receptor para ser considerados como elementos de convicción validados”

En ese orden de ideas el Acuerdo Plenario distingue dos figuras, tanto la utilización de la declaración del colaborador y su posterior valoración, en cuanto a la valoración se ha señalado que esta se puede efectuar en razón de elementos de convicción actuados en el proceso de colaboración eficaz o con elementos obtenidos con posterioridad o que preexistan a la postulación del proceso especial, ello debe efectuarse en aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL COLABORADOR EFICAZ (RECURSO DE NULIDAD 99-2017-NACIONAL)

Del mismo modo el citado Recurso de Nulidad establece que en materia de arrepentidos o colaboradores la sola sindicación que efectuen no es suficiente para concluir el relato incriminador, hará falta la corroboración del mismo, para de esta forma poder desvirtuar la presunción de inocencia, ¿por qué resulta necesario corroborar dichos testimonios?, la respuesta se basa en que se trata de testimonios de escasa credibilidad, puesto que lo que buscan a cambio de brindar información es en muchos de los casos por no decir en su totalidad, un beneficio, lo que hace que su versión posea escasa credibilidad, por ello es que para evitar dicha situación mínimamente deberán corroborarse con mínimos datos objetivos, externos del testimonio incriminador, en atención a ello lo que textualmente ha sostenido la honorable Corte Suprema, es lo siguiente:

“En materia de colaboradores o arrepentidos su sola sindicación no es suficiente para concluir que el incriminado, en efecto, cometió la conducta delictiva atribuida, hace especialmente prueba de corroboración externa a dichos testimonios, como exigencia derivada de la presunción de inocencia. Se trata de testimonios en si mismos, es escasa credibilidad, por los beneficios buscados por los arrepentidos- declaraciones intrínsecamente sospechosas, como dice la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos, del seis de abril del dos mil- de suerte que deben de extremarse las precauciones para aceptar sus versiones y para con ellas, condenar por su merito a una persona”

LA CORROBORACIÓN DEL TESTIMONIO DEL COLABORADOR (CASACIÓN 292-2019-LAMBAYEQUE – CASO EDWIN OVIEDO PICHOTITTO)

Si bien el contexto del caso que desarrolla la casación se da en el marco de una prisión preventiva, dentro de los graves y fundados elementos de convicción se ha debatido el testimonio del colaborador, es por ello que en opinión de la Corte Suprema, el testimonio del colaborador o aspirante debe estar escoltado de otras pruebas que corroboren su versión inculpativa, lo que en doctrina suele ser denominada “prueba sospechosa”, otro criterio adicional y que en consideración nuestra es debatible, es que la Corte Suprema ha dejado una puerta abierta cuando sostiene que *“por razones legales claro está no se cumplió con el principio de posibilidad de contradicción”*, tanto más si ha hecho referencia a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán y otros contra Chile, en la que se ha dejado evidenciado que resulta necesario que se concrete el derecho a la contradicción de los testimonios, puesto que la reserva de la identidad limita el ejercicio de este derecho al impedir la realización de preguntas.

DECLARACIÓN DE COLABORADORES

Al respecto corresponde hacer una distinción entre las clases de colaboradores, por un lado se tendrá a los colaboradores testigos, a quienes necesariamente se le corroborará su dicho, llevándolos al estadio de juicio oral, a efectos de evidenciar la persistencia en la inculpativa, y por otro lado se tendrá a los colaboradores informantes, quienes tienen otros datos objetivos con los cuales corroborar su relato inculpativo, aunado a ello, a los colaboradores informantes no necesariamente deberá protegerseles, ello bajo el argumento que corroborare su versión con otros elementos de convicción, ya sea documentales o periciales, según el caso, sin embargo en cuanto a los colaboradores testigos no tengo mayor información que su sola versión, por lo que resultará útil, pertinente, conducente y legal su participación en el Juicio Oral, ello a fin de que se ratifique en el contenido de su versión.

En relación a lo anteriormente expuesto, deberemos recordar el significado de testimonio, a efectos de tener un conocimiento certero de lo que se actuará en Juicio Oral, en base a ello Cafferata Nores precisa que *“es la declaración de una persona física, recibida en el curso de un proceso generalmente penal, acerca de lo que pueda conocer, por percepciones de sus sentidos, sobre los hechos investigados, con el propósito de contribuir a la reconstrucción conceptual de estos”*; sin embargo no es el único autor que se ha pronunciado al respecto, también se tiene el aporte brindado por Jairo Parra Quijano, quien ha referido lo siguiente en relación al concepto de declaración:

“es un medio de prueba, que consiste en el relato de un tercero al juez sobre el conocimiento que tenga de hechos en general”; de esta definición él mismo deduce a) que la persona (el tercero) que rinde el testimonio debe ser una persona física (que es la que tiene capacidad para percibir hechos, acontecimientos en general); por tanto no puede ser testigo la persona jurídica. Los representantes (personas físicas) de las personas jurídicas sí pueden ser llamados a rendir testimonio; b) que en sentido estricto, no puede rendir testimonio quien tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades y c) debe versar sobre hechos en general, teniendo en cuenta que el juez vigilará lo referente a la conducencia y la pertinencia de la prueba, pero esto tiene que ver con la eficacia del testimonio, y jamás con la existencia; por ello, en la definición se habla de hechos en general”²⁸

El objeto de valorar la declaración que vayan a brindar ya sea los imputados, agaraviados o colaborados no solo ha sido objeto de estudio y desarrollo jurisprudencial a nivel nacional, sino también organismos Internacionales se han pronunciado al respecto, tal es así que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Labita contra Italia²⁹ estudia si la declaración de un “arrepentido” podría servir a efectos de la detención de una persona, al respecto a señalado que las mismas pierden pertinencia con el devenir del tiempo, dado que necesariamente tienen que ser corroboradas con otros elementos de prueba, puesto que la libertad de la persona es un derecho tutelado constitucionalmente, para la imposición de alguna medida que limite el ejercicio de tal derecho el nivel de

²⁸ PARRA AQUINO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial: el testimonio*. Tomo I, 3ª edición, Bogotá: Ediciones Librería del profesional, pp. 3-4.

²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Labita contra Italia. Sentencia del 6 abril de 2000, párr. 159

exigencia, de tal forma que para la aplicación de la detención preliminar judicial bastará elementos con un determinado grado de probabilidad que generen una sospecha razonada de la comisión del delito y de la vinculación de este con el imputado, mientras que para imponer una prisión preventiva, ya no basta un sospecha razonada, sino un muy alto grado de probabilidad, cuyo margen de error sea mínimo.

De tal forma que debe entenderse como testimonio a toda aquella declaración de una persona que ha percibido algo o escucho algo, en base a lo cual brindara una declaración para el esclarecimiento de los hechos denunciados, testimonio que deberá ser brindado en observancia del principio de legalidad y buena fe procesal.

Por otro lado, el jurista William Quiroz Salazar, ha clasificado las declaraciones que se brinden en el proceso penal en base a los siguientes criterios:³⁰

SEGÚN LA SENSOPERCEPCIÓN DEL TESTIGO SOBRE LOS HECHOS

- **Testimonio propio-directo o in facto.-** Dentro de esta categoría jurídica se encuentran aquellos que perciden directamente el hecho, es aquella persona que lo ve,escucha y de tal forma lo expondra en el Juicio Oral.
- **Testimonio impropio-indirecto o post factum.-** El conocimiento es narrado por otras personas, el que brinda el testimonio no es el receptor directo de los hechos, no los percibió, es conocido como el testimonio de referencia, dicha figura podría asemejarse a un testigo de oidas o de referencia.

SEGÚN LA POSICIÓN DEL TESTIGO EN LA EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA DEL CASO

- **Testimonio de aserción.-** No es más que el testimonio de cargo, aportado en su momento por el acusador, el agraviado material de los hechos
- **Testimonio de refutación.-** Es el testimonio de descargo que presenta la defensa para desvirtuar las imputaciones. Puede ser un testigo directo de los hechos o de

³⁰QUIROZ SALAZAR, William. *“El interrogatorio y contrainterrogatorio en el Nuevo Código Procesal Penal”*. Lima: I Edición Gaceta Jurídica, pp13

refutación según su teoría del caso, normalmente se centran en desacreditar a la otra parte evidenciando contradicciones entre sus dichos.

- **Testimonio Técnico.** - Lo emite un testigo sin tener la condición de testigo directo, ni ser citado como perito, que declara en el juicio oral en calidad de testigo de aserción o refutación sobre su conocimiento especializado de la ciencia, técnica o arte para ilustrar el conocimiento del juez. Depone sobre teorías, doctrinas, deducciones gracias a un conocimiento especial. No tiene necesidad de haber presenciado los hechos. Puede ser un docente, un investigador, un científico; el que declara por conocimiento superior. Es diferente al testimonio del perito. Su testimonio constituye elementos de juicio y deben ser apreciados en la valoración de la prueba por el juez.

SEGÚN EL TIPO DE TESTIMONIO

- **Testimonio común.**- El testigo no requiere conocimiento especial o técnico, lo primordial es que conozca los hechos. No emite posiciones técnicas ni científicas, de exigirla el interrogador se puede plantear una objeción bajo el argumento que es una pregunta que pide opinión a un testigo. El testigo puede ser un profesional, pero eso no le hace exigible que tenga que deponer sobre estos aspectos. Solo le es exigible lo que vio o escuchó sobre los hechos.
- **Testimonio de perito o de comprobación.** - Es el testimonio *post factum* emitido por un testigo calificado en una ciencia o arte que ha examinado un elemento material o evidencia física. Se ubica acá al policía que actúa después del acontecimiento criminal (testimonio de comprobación).

Como es de verse, estos son mecanismos que sirven para ser empleados en el estadio de Juicio Oral, donde el rol del Fiscal como del abogado defensor es emplear muchas veces la declaración de diversos testigos a efectos de narrar como se dieron los hechos, todo ello se producira dentro del llamado interrogatorio, sin embargo se ha cuestionado mucho la finalidad a la que responde el contrainterrogatorio, muchas juristas refieren que en esta etapa del proceso se trata de desvirtuar la posición del testigo ofrecido por la otra parte,

sin embargo, desde la perspectiva del Fiscal, defensor de la legalidad, este deberá probar todos y cada uno de los puntos en que se basa su acusación, inclusive aquellos que aparentemente la defensa no vaya a cuestionar y lo hará por medio del testimonio que brinden los testigos en el contrainterrogatorio, para lo cual deberá en un primer momento situar el lugar de los hechos, y en un sentido coloquial podría decirse, lograr que el testigo cuente la versión planteada por el Fiscal por medio de sus propias palabras.

En atención a ello, no solo el Fiscal deberá dominar las técnicas propias del contrainterrogatorio, sino también el Juez de la causa e incluso el abogado defensor, cada quien dentro de su rol funcional, por ello que el Fiscal y abogado defensor deberán tener precaución al momento de formular sus preguntas o plantear las objeciones que consideren pertinentes y por otro lado, el Juez deberá atender a tales peticiones declarando no ha lugar a la objeción o en caso contrario declarándola fundada.

CONCLUSIONES:

- La valoración de la prueba constituye, indudablemente, una operación fundamental, de gran importancia en todo proceso y, más aún en el proceso penal, puesto que de ella depende que el tribunal llegue o no a una certeza; es decir, va a determinar el carácter absolutorio o condenatorio de la sentencia para el acusado.
- Precisamente, al momento de la valoración de las pruebas, el Juez no sólo pone al servicio del Estado su intelecto y raciocinio, sino incluso su honestidad como persona.
- La valoración de la prueba determina el resultado de la práctica de los medios de prueba, es decir, el grado de convicción o persuasión que la prueba practicada por las partes logró sobre el juzgador. Porque además, la apreciación probatoria se da desde el momento en que el Juez tiene contacto con el medio de prueba, porque desde ese instante se irá formando su juicio acerca de la credibilidad y la eficacia de cada medio de prueba, para que al final se confronten todas las pruebas receptadas, depurarlas y tomar una decisión, esto es valorarlas en conjunto para sentenciar sobre la base de la convicción lograda, luego de dicha valoración.
- Al valorar los medios de convicción debe analizarse el sistema que se sigue, el cual puede ser libre, tasado o mixto.
- Podemos decir que en el sistema libre de la apreciación de la prueba el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación; no es la ley quien fija el valor de la prueba, es el juzgador.
- En el sistema de la prueba tasada, la ley fija de manera determinada el valor de la prueba; con lo que se pretende evitar arbitrariedades por parte del juzgador.
- Es propicio distinguir los fines entre el sistema penal inquisitivo propio de antaño y el sistema procesal penal acusatorio, con virtudes más garantistas, este último precisamente es el que busca llegar a la verdad de los hechos pero respetando los lineamientos del principio de debido proceso, para tal fin como una de los actos de investigación que normalmente el Ministerio Público programa, es la declaración del denunciado y/o procesado, el que en ejercicio de su derecho puede decidir guardar silencio lo que a diferencia del sistema inquisitivo, es que tal comportamiento no podrá en esencia ser considerado como obstruccionista.

- En cuanto a la declaración del imputado o el agraviado en caso este sea el único testigo de los hechos, bastará su sola declaración ello de conformidad con el acuerdo Plenario 2-2005-116-CIJ, siempre y cuando cumpla con ser persistente en la incriminación y no se presenten criterios de incredibilidad subjetiva que hagan que el agraviado por razones de odio u enemistad brinde datos inexactos con relación a los hechos denunciados.
- Con relación a la declaración del colaborador se exige que esta se encuentre debidamente corroborada con otro dato objetivo a efectos de generar en el Juzgador cierto grado de convicción que lo lleve a determinar la imposición de una medida de coerción personal, tal como lo es la prisión preventiva, la declaración del colaborador por sí sola no bastara para tal efecto, puesto que su relato carece de certeza.
- Es preciso hacer la distinción entre dos tipos de colaboradores basicamente, el colaborador testigo y el colaborador informante, la distinción entre ambos radica que la versión del colaborador testigo solo podrá ser corroborada en el estadio de Juicio Oral, ello mediante el contrainterrogatorio, mientras que el testigo informante es aquel que proporciona un relato que se puede corroborar con otros elementos ya sea documentales o de otra indole.
- Resulta necesario a efectos de corroborar el dicho de los testigos colaboradores, el dominio de las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio por parte de los sujetos procesales, es decir el representante del Ministerio Público, los integrantes de la defensa técnica así como el Juzgado, dado que este último como director de debates y por ende encargado de dirigir la audiencia deberá tener el conocimiento necesario para declarar fundada o no ha lugar cualquier objeción que formulen las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTERO, Martín. (2008). El Sistema Procesal Acusatorio, Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- MIXAN MASS, Florencio. (1992). Teoría de la Prueba, Trujillo: Ediciones BLG.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. (2011). La prueba: un análisis racional y práctico, Marcial Pons.
- GONZALES NAVARRO, Antonio, La Prueba en el sistema penal acusatorio, Bogotá: Leyer, p. 288.
- MANZINI, citado por Gonzales Navarro, Antonio, op. cit., p. 289.
- COUTURE, Eduardo. (1941). Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial, Montevideo: pp. 19 y 21.
- GERHARD, Walter. (1985). Libre apreciación de la prueba, Bogotá: Themis.
- KLUG, Ulrich. (2004). Lógica Jurídica. (J. C. Gardella, 4.a Ed). Colombia: Themis, p. 204.
- COPI, Irving. (2002). Introducción a la Lógica, México: Limusa, p. 367.
- GARCIA RESTREPO, Luis. (2003). Elementos de la Lógica para el Derecho, Colombia: Themis, p. 110.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. (1999). La lógica del raciocinio jurídico, México: Fontamara, p. 104.
- STEIN, F. (1988). El conocimiento privado del juez. (A. De la Oliva). Bogotá: Themis, p. 27.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal”, p. 288.
- VILLEGAS PAIVA, Alexander. La presunción de inocencia en el Proceso Penal Peruano, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pp 47.
- PARRA AQUINO, Jairo. Tratado de la prueba judicial: el testimonio. Tomo I, 3ª edición, Bogotá: Ediciones Librería del profesional, pp. 3-4
- QUIROZ SALAZAR, William. El interrogatorio y contrainterrogatorio en el Nuevo Código Procesal Penal. I Edición, Lima: Gaceta Jurídica, pp13