



**Máster en
Razonamiento
Probatorio**


Universitat de Girona
Centre d'Estudis de Postgrau

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: El juramento y su valor en el proceso judicial

Alumno/a: Hernández Lehmann, Victoria Julieta

Tutor/a: Dr. Diego Dei Vecchi

Convocatoria (mes/año): mayo, 2019

1. Presentación

El juramento, definido por distintos autores como una suerte de residuo ordálico (NIEVA FENOLL, 2010; JACOB, 2014), es un rito que ha sido empleado en distintas culturas a lo largo de la historia². Puede encontrarse en numerosos espacios de interacción social donde coexistieron diversos tipos de juramento³, pero siempre bajo la idea de que este generaba una obligación de decir la verdad que no existía previo a su emisión (WHITE, 1903).

Tratándose de un rito presente en nuestras sociedades desde tiempos tan remotos puede que llame la atención su elección como tema de estudio. Sin embargo, como se verá a continuación, es también una herramienta que ha generado debates en relación a su exigencia en el relato de la persona acusada, que al día de hoy continúan vigentes⁴.

Su empleo como garantía de verdad en los últimos doscientos años ha resultado en la formulación de dos modelos opuestos: mientras en la tradición anglosajona derivó en una interpretación que equipara al acusado a la condición de testigo, y le recibe juramento en caso de ejercer su derecho de declarar, en la continental europea se considera una violación de derechos fundamentales.

El trabajo será tratado desde dos planos, uno normativo y otro epistémico. Desde el primero se verá que su historia más reciente se encuentra indefectiblemente relacionada al derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito de declarar en su propia causa, como así también al reconocimiento del privilegio de no declarar contra uno mismo, presentes en ambas culturas jurídicas como respuesta a los abusos de poder. Así, en las

¹ La autora es abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Master en Razonamiento Probatorio por la Universidad de Girona y Génova. Trabaja en la Defensoría General de la Nación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

² Pese a no haberse logrado identificar sus orígenes de manera precisa, se lo ha localizado en piezas tan remotas como el Código de Hammurabi (NIEVA FENOLL, 2010) y el libro del Génesis (WHITE, 1903), donde pueden encontrarse pasajes en los que se lo menciona.

³ Si bien excede al objeto de este trabajo, corresponde hacer mención al hecho de que existieron distintos tipos de juramentos, entre los que se encuentran el decisorio, y el purgatorio. Para conocer los distintos usos que se le han dado al rito se pueden consultar White (1903) y Jacob (2014). Los autores explican que el juramento se brindaba o era requerido en transacciones ordinarias, cuando una persona deseaba una aseveración solemne por parte de otra. Se lo empleaba, por ejemplo, para confirmar un contrato, y como exigencia impuesta a quien fuese a ocupar un puesto de confianza (WHITE, 1903).

⁴ Sin perjuicio de que en los últimos apartados del trabajo se hará mención a la posición que propone su implementación en el sistema romano-germánico, esta no es la posición dominante. Aun así corresponde mencionar que existen reclamos en esta dirección (CASTEX, 2018). Tal es el caso del proyecto de ley presentado en el mes de octubre de 2019 en Argentina, denominado ley de “La no mentira”, mediante el cual se prevé modificar artículos del Código Penal, del Código Procesal Penal de la Nación y del nuevo Código Procesal Penal Federal.

siguientes páginas se estudiarán los motivos que llevaron al sistema anglosajón a implementar la toma de juramento previo a la declaración de la persona acusada, y al continental europeo a prohibirlo. Este enfoque permitirá demostrar que no se han detectado objeciones normativas que vedan su disposición como regla jurídica, tal como lo sugiere gran parte de la doctrina en sistemas continentales.

El segundo plano analizará la calidad epistémica reconocida al rito, extremo que se verá a la luz de decisiones que dejan entrever el mayor valor atribuido a las declaraciones tomadas bajo juramento, frente al menor valor otorgado a las que se reciben sin este. A partir de ello se buscará determinar que la idea del incremento de la fuerza probatoria del testimonio desde la previsión del rito no encuentra en las sociedades actuales un respaldo justificado de manera racional.

2. Análisis histórico del juramento

Ignacio Tedesco (2015) inscribe la lógica del juramento en el surgimiento de la palabra en el plano del espacio público. Al vincularlo con la palabra judicial, lo relaciona también con la historia del proceso penal.

«[E]l juramento es un acto de la palabra, a la par que un acto de sacrificio eficaz. Prestar juramento es tomar un riesgo, uno se expone a una amenaza que supuestamente se realizará en caso de falso testimonio. El juramento se vincula a la idea de sanción, más allá de cuál puede ser su consecuencia jurídica. [...] Es una modalidad particular de aserción que garantiza y demuestra, mas no funda nada. El juramento no es más que un refuerzo solemne de las palabras vertidas que se constituye en un rito oral, cuya función no está tanto en la afirmación de lo que se enuncia, sino en la relación que se instituye entre la palabra enunciada y el poder invocado, esto es, entre la persona que jura y la sacralidad que se presenta» (TEDESCO, 2015, pp.283-284).

Así, como fenómeno dinámico, la *palabra jurídica* es empleada con la intención de destacar la distancia entre el público y los actores judiciales a partir del empleo de un lenguaje caracterizado por formas gramaticales complejas, muchas veces expresadas en latín y mediante fórmulas que tenían como fin fijarse en la memoria⁵. Es en este escenario que la

⁵ Una de las fórmulas que se destacan es la del juramento: «Jura decir/toda la verdad/y nada más que la verdad», donde «[e]l ritmo se encuentra subrayado por la repetición de la palabra ‘verdad’, lo que permite que aumente la fuerza de su invocación» (TEDESCO, 2015).

palabra judicial «con el objeto de reafirmarse en su expresión, a los fines de convertirse en la solemnidad propia de toda palabra jurídica, necesitó llevar adelante un proceso ritual: el juramento» (TEDESCO, 2015, p.286).

2.1. Antecedentes: el juramento decisorio y las ordalías

Previo a adentrarme en el juramento judicial tal como se lo conoce hoy en día se debe hacer mención a sus orígenes, puntualmente en lo que respecta al juramento decisorio. Este, al igual que su antecedente, la ordalía, consistía en un rito cuyo mecanismo era un intercambio verbal solemne, a partir del cual la palabra jurada debía ser aceptada por el demandante con el mismo fin con que se aceptaba la compensación económica, como un método de resolución de conflictos⁶ (JACOB, 2014).

Ahora bien, entendidos como rito decisorio, ni el juramento ni las ordalías constituyeron un medio de prueba, pese a habérselos definido en esos términos como resultado de un acercamiento que ignoró los orígenes históricos de estos rituales y el significado de sus conceptos (NIEVA FENOLL, 2010; JACOB, 2014). Y es que lejos de pretender averiguar la verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad, el juramento constituía la sentencia. Robert Jacob (2014) explica que la terminología propia de la Edad Media debería haber invitado a la reflexión: «‘*Ordal*’, ‘*iudicium Dei*’ remite al acto de zanjar, juzgar; no hace referencia a la idea de una administración de la prueba como etapa preparatoria a la sentencia (*judgement*), sino la sentencia misma» (p.50).

Desde este escenario, en el que se recurría al juramento para resolver conflictos sin que aportase nada respecto de los hechos, la verdad derivada de su decisión no podía ser otra que una verdad moral impuesta que se correspondiese con el orden divino (JACOB, 2014).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los juicios por juramento y ordalías fueron reemplazados, en primer lugar, por el derecho canónico, y luego, por sistemas legales que obedecían al surgimiento de Estados nacionales. Estos últimos pretendieron abandonar ciertas prácticas a partir de las que se buscaba extraer la confesión de la persona acusada, entendida ésta en tiempos de la Inquisición como el medio de prueba por excelencia para lograr la imposición de una pena.

⁶ Esta puesta a prueba en términos de ritual, si bien operaba de manera subsidiaria, allí donde ninguna otra prueba permitía determinar los hechos objeto de litigio, constituyó junto con el arreglo sobre una compensación, el modo más común de resolver conflictos durante la alta Edad Media (JACOB, 2014). En este tipo de juramento se exigía a su vez otro tipo de juramento, expresado por personas que se presentaban en nombre de uno de los litigantes, a fin de reforzar el juramento inicial. Estas personas eran llamadas consacramentales o conjurantes, y el juramento que ellos realizaban no versaba sobre los hechos, sino que cumplía la función de otorgar credibilidad a la persona a la que asistían (TEDESCO, 2015).

En el siguiente apartado se analizará la evolución histórica del juramento en el marco del ritual judicial y la relación que guarda ese proceso con los derechos de las personas acusadas, lo que permitirá un primer acercamiento a las raíces que explican las diferentes posiciones adoptadas. Es que como se adelantó en un comienzo, al día de hoy coexisten en las culturas jurídicas dos reglas contrarias: mientras en la tradición anglosajona se exige al acusado que desee declarar que lo haga bajo juramento, en la europeo continental esta práctica se encuentra expresamente prohibida. La vigencia de modelos opuestos encuentra su explicación en la historia de cada sistema, la cual derivó en una interpretación del rito que, según gran parte de la doctrina en los sistemas continentales, vulnera derechos fundamentales del acusado. A continuación se buscará reconstruir las razones normativas que permitieron estos escenarios, a fin de analizar la fuerza del argumento presente en nuestro sistema.

2.2. *La Inquisición: el acusado y su confesión*

El juramento como institución presente en las palabras emitidas por los actores del ritual judicial se relaciona, entonces, con la participación que históricamente le fue reconocida al acusado. Y es que la evolución del derecho del acusado a hablar o a callar en su propio proceso se vincula con la historia del juramento que pronunciara previo a su relato, y, necesariamente, a la libertad que tuviese éste en el ejercicio de su palabra, lo que requiere la convergencia de dos derechos, por un lado, a ser oído, y por otro, a guardar silencio, implícito en el derecho o privilegio contra la autoincriminación (TEDESCO, 2015).

Como se mencionó en el punto anterior, a partir del derecho canónico, la confesión de la persona acusada comenzó a representar el principal medio de prueba para arribar a la imposición de penas. Por ello, a partir del siglo XIII que se generaliza su uso, se generaliza también la aplicación de tormentos con el fin de obtener mediante estos la confesión. Estos métodos de tortura se observaban en los interrogatorios, oportunidad en la que, mediante la implementación de un tipo de juramento inquisitivo, el juramento *ex officio*, el juez sometía al acusado a una serie de preguntas destinadas a revelar la verdad de los hechos. Frente a esta realidad de excesos que caracterizara los orígenes de la declaración del acusado, los sistemas de enjuiciamiento adoptaron distintas respuestas. Veamos.

2.3. *El sistema anglosajón y los orígenes del privilegio contra la autoincriminación*

La reacción del sistema de enjuiciamiento anglosajón frente a los métodos característicos de la inquisición se debió principalmente a la labor de dos cortes británicas que funcionaron durante los siglos XV y XVI implementando al juramento inquisitivo con fines políticos: la *Star Chamber* y las *Courts of High Commision* (ROBERTS Y ZUCKERMAN,

2010). Estos tribunales tenían la potestad de investigar denuncias de traición y herejía, sometiendo a los acusados a responder las preguntas que les formularan bajo juramento. Estas prácticas implicaban en muchos casos la inflicción de tortura con el fin de obtener una confesión que luego constituiría las bases de su condena. Sin embargo, en muchas ocasiones este procedimiento se iniciaba, incluso, sin que existiesen cargos formulados en su contra, por lo que la confesión obtenida gracias al juramento *ex officio* resultaba la única prueba disponible⁷.

Pese al intento de la Corona por generalizar estas prácticas, fueron los tribunales de derecho común quienes, en el contexto de la revolución puritana, se opusieron y lograron objetar el uso del juramento para la obtención de confesiones autoincriminantes a partir de la máxima *nemo tenetur seipsum prodere*: ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo. Así, fue gracias al aporte de actores que participaban de las cortes comunes que a partir del siglo XVI se comienzan a detectar decisiones que rechazan estas prácticas eclesiásticas⁸, proceso que llevó a que en el año 1641 el Parlamento Inglés decidiera, por un lado, abolir tanto a las *Courts of High Commission* como a la *Star Chamber*, y por otro, prohibir al juramento *ex officio* en causas penales (TEDESCO, 2015).

Sin embargo, el reconocimiento de la máxima por parte del mundo anglosajón no se tradujo en su efectivo ejercicio, ya que ella coexistía con un procedimiento que le prohibía al acusado contar con un abogado defensor que lo asistiera, lo que lo conducía a la necesidad de ejercer él mismo su defensa (TEDESCO, 2015). Langbein (1994), a partir de investigaciones que realizara al respecto, explica que la prohibición⁹ derivó en una concepción de juicio

⁷ Resulta interesante destacar que el juramento *ex officio* no se empleaba de forma exclusiva en las cortes antes señaladas, ya que en ciertos juicios criminales también se exigía al acusado que declare previo su formulación. No obstante ello, el motivo por el cual su práctica no estaba presente en todo juicio criminal no se debe a un intento por proteger al procesado, sino todo lo contrario: se temía que el juramento fuese ejercido por el acusado para negar la imputación en su contra, y de esta manera se influyera al jurado a partir de una negación de culpabilidad realizada bajo juramento. «[El acusado] no era colocado bajo juramento, porque permitirle tomar el juramento sería brindarle un medio muy fácil de evitar su responsabilidad» (TEDESCO, 2015, p.295).

⁸ Los aportes fueron del juez Dyer, presidente de la *Court of Common Pleas*, quien en el año 1568 concedió un *habeas corpus* y liberó a un prisionero obligado a tomar juramento; y del Sir Edward Coke, *chief justice of the Common Pleas*, quien procuró limitar la jurisdicción de las cortes eclesiásticas. Sin embargo, la labor que se destaca es aquella que aportara el editor John Lilburn, quien fuera arrestado e interrogado por la *Star Chamber* entre los años 1637 y 1638, acusado de imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra. Lilburn si bien negó los cargos se opuso luego a responder otras preguntas y se negó a prestar el juramento exigido. Por ello fue multado y torturado. Sin perjuicio de ello, el 4 de mayo de 1641, a partir de una petición formulada por Lillburn, el Parlamento resolvió que «la sentencia de la *Star Chamber* contra John Lilburn [era] ilegal, y contraria a la libertad de la persona; y también sangrienta, cruel, malvada, bárbara y tiránica» (TEDESCO, 2015, p.296). Luego, la Cámara de los Loes, en febrero de 1645, decidió que la sentencia contra Lilburn debía ser anulada, en tanto la consideraron «ilegal y muy injusta, contraria a la libertad de la persona, a la ley del país y a la Carta Magna» (TEDESCO, 2015, p.297).

⁹ La prohibición se sustentaba en distintas razones. Por un lado, se consideraba que la corte era quien velaba por los intereses del acusado, lo que se restringía a una protección contra procedimientos ilegales y acusaciones

criminal en el que el acusado debía hablar, y por lo tanto, la función testimonial y la defensiva se encontraban fusionadas»(p.1048). Al referirse al juicio criminal de ese entonces distintos autores lo caracterizan como una larga discusión entre el representante de la Corona y el acusado, en el que se interrogaban mutuamente (POPPER, 1962).

No fue hasta la conquista del proceso penal por parte de los abogados que el acusado vio como una verdadera posibilidad el ejercicio de su derecho a guardar silencio y de esta manera evitar su autoincriminación a través de su propia defensa (TEDESCO, 2015). El autor sostiene, incluso, que la captura del proceso por parte de los abogados que tuvo lugar a partir del año 1696 con la sanción del Treason Act, permitió no sólo la consagración del privilegio contra la autoincriminación, sino también que ello es lo que hoy permite comprender la relación entre el derecho a callar y el derecho a hablar (TEDESCO, 2015).

Como consecuencia de esta reforma se explica en parte el reconocimiento del acusado a ser testigo en su propia causa, lo que tuvo lugar recién en el año 1878 en Estados Unidos, y en 1898 en Inglaterra, en tanto permitió distinguir su declaración forzada, producto de la obligación que pesaba sobre aquel de tener que ejercer su propia defensa, de la prestada por propia iniciativa como expresión del derecho a declarar (TEDESCO, 2015).

2.3.1. *Estados Unidos: de la incompetencia a la declaración bajo juramento*

De la mano de la prohibición de contar con la asistencia técnica de un abogado, al acusado se le prohibió, también, la posibilidad de declarar en su propio juicio como testigo y de convocar testigos de descargo (POPPER, 1962).

Recién en el siglo XVII se sancionaron estatutos que permitieron convocar testigos que declararan bajo juramento a favor de la defensa. Sin embargo, hasta el siglo XIX las partes no fueron consideradas competentes para declarar en su propio juicio, antes bien se dictaron reglas descalificándolos con base en el supuesto interés que tenían en el resultado del proceso: el relato de sus testigos constituía evidencia, pero sus dichos no (POPPER, 1962). En ese entonces se creía que el temor del acusado a ser castigado, sin perjuicio de que fuese culpable o inocente, lo llevaría a cometer perjurio, y por ese motivo, para evitarlo, no se le permitía declarar (POPPER, 1962).

Otros argumentos que se oponían a la modificación de la regla de exclusión sostenían que, de permitirle ser testigo en su causa, el acusado se vería forzado a declarar a partir de las inferencias contrarias que podrían extraer los jurados en caso de no hacerlo. Por lo que, de ser culpable, se incriminaría o cometería perjurio. Por otro lado, desde esta perspectiva se creía

falsas. Mientras que por otro lado se enaltecía la «calidad de testigo privilegiado» que detentaba el acusado; considerado el único y quien estaba en mejores condiciones, de hablar en su defensa (TEDESCO, 2015, p.305).

que la propuesta violaba al privilegio contra la autoincriminación, pese a que en esta se estipulaba que, en caso de no declarar, no se podría crear ninguna presunción en contra del acusado (POPPER, 1962).

Fue en el siglo XIX, a partir de los aportes de distintos autores, entre ellos, Bentham, que se comenzaron a cuestionar las reglas de exclusión en función del interés de las partes. En 1827, a través de su obra, *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham criticó la teoría de la incompetencia en tanto creía que el presunto interés de las partes en mentir debía ser ponderado al momento de evaluar su credibilidad, pero no como argumento para no admitirlo al debate (O'NEILL, 1990).

En Estados Unidos, John Appleton, Juez de la Corte Suprema de Maine y discípulo de Bentham, fue el primero en promover las reformas en esta dirección con base en que el testimonio del acusado resultaba crucial a fin de alcanzar la verdad de los hechos, al ser quien se encontraba más familiarizado con estos. A ello agregaba que la postura que descalifica al acusado resultaba contraria a la presunción de inocencia: el negarle la posibilidad de declarar, implícitamente significaba que la ley lo consideraba culpable, y al acusador veraz (POPPER, 1962).

Dadas las influencias de Appleton, fue Maine en el año 1864 el primer Estado en implementar las reformas que le permitieron al acusado declarar en su propio proceso, el cual fue seguido, en un lapso de veinte años, con la excepción de Georgia que recién lo implementó en el año 1973, por el resto de los Estados (POPPER, 1962).

2.3.2. *Ferguson v. Georgia: el derecho del acusado a declarar bajo juramento*

Pese a haberle reconocido competencia para declarar, lo cierto es que no todos en Estados Unidos estaban convencidos de las propuestas de Appleton. Por lo tanto, ello llevó a que, si bien se reconociera la injusticia de la antigua regla de exclusión de su relato, se implementara una solución intermedia. Esta le permitía al acusado declarar frente al jurado pero no bajo juramento, lo que le impedía prestar testimonio en los mismos términos que un testigo ya que no podía ser sometido a un interrogatorio por la contraparte. De esta manera, mediante el procedimiento implementado se evitaba el perjurio al tiempo que se permitía al jurado tener acceso a todos los medios de prueba disponibles.

El estatus de la declaración del acusado sin juramento y su consiguiente reconocimiento del derecho del acusado a declarar fue motivo de revisión por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1961 en el caso *Ferguson v. Georgia*¹⁰, en un

¹⁰ *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570 (1961).

contexto en el que la mayoría de los Estados ya le habían reconocido al acusado la posibilidad de declarar bajo juramento.

En el fallo, la Corte debió analizar el procedimiento previsto en el Estado de Georgia para la declaración de los acusados en causa criminal. Allí, si bien se reconocía su competencia para declarar, se limitaba a una declaración sin juramento que no podía someterse al contraexamen de la parte contraria, y que no podía obtenerse con la ayuda o guía de su abogado defensor.

Ferguson, condenado a pena de muerte por homicidio, presentó un recurso por considerar que, si bien se le había permitido realizar una declaración no juramentada durante el juicio, no se le había permitido ser interrogado por su abogado, lo que había vulnerado su derecho a un debido proceso. La Corte resolvió a su favor y declaró que el estatuto de Georgia que limitaba la presentación del acusado en juicio a una declaración no juramentada, violaba la cláusula de debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda. Ello, en la medida en que privaba al acusado del derecho a que su abogado lo interrogue a fin de producir su descargo.

Si bien la decisión no se refirió a la constitucionalidad de los estatutos que establecen una declaración del acusado sin juramento ni se expidió respecto a la existencia de un derecho constitucional a declarar, el voto liderante del Juez Brennan examinó los antecedentes históricos y consideró que el retardo en el reconocimiento de competencia al acusado en causa criminal debía atribuirse a aquellos que consideraban que la declaración jurada resultaba una amenaza al privilegio contra la autoincriminación. Posición que se veía reforzada por el hecho de que sus impulsores, Bentham y Appleton, no estaban de acuerdo con este (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 579).

De esta manera, en su voto el Juez Brennan reconoció que el desarrollo de la práctica de declaraciones no juradas del acusado obedecía a un intento por mitigar los efectos de la postura que los consideraba incompetentes y excluía su testimonio del proceso. Sin embargo, también visibilizó que esta implementación era ampliamente entendida como una respuesta provisoria a la regla anterior, por lo que la reforma que había buscado abolir la regla de incompetencia había llevado, también, a que muchas jurisdicciones eliminaran la práctica de la declaración no juramentada. Desde esta óptica, destacó, con cita a otras decisiones, que:

«[la declaración no juramentada] se otorgó a los presos porque se les impedía declarar bajo juramento y solo por esa razón. Cuando se modificó la ley y se les concedió el derecho de contar su historia bajo juramento como cualquier otro

testigo, se eliminó la razón que justificaba una declaración no jurada» (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 586 -traducción propia).

A ello le sumó el hecho de que las declaraciones prestadas sin juramento eran percibidas como manifestaciones de bajo valor probatorio en comparación con aquellas juramentadas, donde el procedimiento establece que el acusado puede ser sometido a contra-examen. Al respecto, Brennan sostuvo que «[l]a declaración sin juramento pocas veces resulta de mucho valor, ya que generalmente es incoherente y deja abiertas muchas dudas que no pueden resolverse mediante un examen cruzado» (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 587-traducción propia).

De esta manera, la decisión de la Corte en *Ferguson* resultó relevante en tanto permitió que se comenzaran a delinear los alcances del derecho del acusado a declarar en su propia causa, lo que sería reconocido veinticinco años después en otro fallo de trascendencia, como un derecho contenido en la Constitución.

2.3.3. *Rock v. Arkansas: reconocimiento de las bases constitucionales del derecho a declarar.*

Sin adentrarme en los hechos del caso, lo cierto es que la decisión de la Corte que data del año 1987 debe mencionarse en tanto es la primera oportunidad en la que se reconoce el carácter constitucional del derecho del acusado a declarar en su propia causa. Si bien en fallos anteriores¹¹ ya se había sugerido el carácter fundamental del derecho, fue en *Rock*¹² que los jueces indicaron que el derecho surge de un juego interpretativo entre la Quinta, Sexta y Decimocuarta Enmienda, donde se prevé el derecho del acusado a escoger entre guardar silencio o declarar, la cláusula que establece el debido proceso, y la que garantiza al acusado el derecho a ofrecer testigos (O'NEILL, 1990).

De esta manera, al establecer por primera vez el origen constitucional del derecho del acusado, la Corte lo hace a partir de un modelo de declaración juramentada, considerada por sus antecedentes como el máximo reconocimiento posible al derecho del acusado a declarar. Así, al ser competente para declarar en su propia causa se lo equipara a la condición de testigo, por lo que su declaración, en caso de decidir prestarla, será bajo juramento, y sometida a interrogatorio por la contraparte. Esta propuesta es la que continúa vigente al día de hoy.

¹¹ O'Neill (1990) menciona que entre las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos donde se hace mención al derecho del acusado se encuentran: *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971); *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570 (1961).

¹² *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987).

2.4. *Sistemas romano-germánicos: el interrogatorio y la cancelación del derecho a guardar silencio.*

A diferencia de la realidad que experimentaron aquellos bajo el sistema anglosajón, en los romano-germánicos los excesos eclesiásticos se caracterizaron por una mayor presencia de tormentos. De allí que el Iluminismo haya procurado centrarse en estas prácticas infringidas a los acusados (TEDESCO, 2015). Así, si bien en el año 1788 en Francia se propuso la abolición del juramento¹³ y de la tortura, estas reformas mantuvieron al interrogatorio preliminar como uno de los primeros actos del procedimiento.

Por su parte, la Constitución de 1791 estableció un nuevo sistema de enjuiciamiento y restableció el carácter del acusado como sujeto dentro del procedimiento. Sin embargo, no hizo mención alguna al privilegio contra la autoincriminación y fue seguida de leyes que establecieron al interrogatorio tanto como medio de defensa, como medio de instrucción: el acusado podía ser interrogado previo a la lectura de la acusación que pesaba en su contra (TEDESCO, 2015).

En esta línea, Tedesco (2015) explica que, si bien se prohibió al juramento en toda declaración del acusado, el interrogatorio no fue eliminado como práctica, «[y], en tanto no se consagró efectivamente la participación del defensor en este, se mantuvo plenamente vigente un modelo de enjuiciamiento en que el acusado no encontraba otra alternativa más que la de hablar» (p.310).

Recién en el año 1897 con la sanción de la Ley Constans se reconoció el derecho del acusado a contar con un abogado desde el primer interrogatorio, oportunidad en la que también se estableció el derecho a abstenerse de declarar (TEDESCO, 2015). Sin embargo, el derecho a una asistencia técnica se limitaba a una presencia meramente formal de control de los actos de instrucción. Es que con su participación se pretendía garantizar la presunta libertad del acusado, quien debía hablar por su propia boca.

El autor citado advierte a partir de este punto la diferencia del derecho a contar con un abogado en ambos sistemas, y destaca que mientras en el anglosajón los abogados capturaron al proceso penal a fin de controlarlo, lo que le permitió finalmente al acusado consagrar su derecho a guardar silencio ya que otro podía ejercer por él su defensa, en el continental europeo se les permitió participar con la sola razón de legitimarlo (TEDESCO, 2015). En este nadie más podía responder por él la imputación formulada en el interrogatorio, acto al que,

¹³ Su eliminación finalmente sucede en el año 1789, como una de las primeras reformas al enjuiciamiento penal. Esta fecha resulta determinante en tanto «marca el punto en el cual, con el tiempo, se terminan distanciando un sistema del otro, en relación a la posibilidad de que el acusado preste juramento al momento de su declaración» (TEDESCO, 2015, p.301).

además, no podía oponerse. En ese sentido, sostiene que «en vez de avanzarse hacia un verdadero sistema adversarial que hiciera posible la libertad en la declaración del acusado, se legitimó una estructura inquisitiva de la averiguación de la verdad». Y es que «[l]a cuestión no reside en reconocer al defensor, sino en que este pueda conquistar el verdadero papel que le corresponde en el proceso penal: ser una de sus partes» (TEDESCO, 2015, pp.310-312).

2.4.1. *El escenario en Argentina: una Constitución que mira a Estados Unidos y un procedimiento que prohíbe el juramento del acusado.*

En el caso de Argentina el derecho contra la autoincriminación surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, donde valiéndose de la Quinta Enmienda de la Carta Magna de los Estados Unidos, se establece que «[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo»¹⁴. Así, pese a haberse inspirado la Constitución Nacional en la Carta Magna del país del norte, el sistema de justicia argentino implementó un sistema procesal penal que refleja sus orígenes continentales, y por ese motivo, el juramento fue prohibido del acto de indagatoria impuesto al imputado¹⁵.

El asunto fue tratado en numerosas oportunidades por la Corte Suprema del país, donde en distintos pronunciamientos¹⁶ hizo referencia a la garantía contenida en el artículo 18 y su compatibilidad con el juramento del acusado. Los primeros fallos fueron «Mendoza» y «Diario El Atlántico», donde la Corte estableció que cualquier orden de recibir declaración bajo juramento a una persona acusada de la comisión de un delito resultaba «contrario al art. 18 de la CN que dice en una de sus cláusulas: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, y que por consiguiente (la orden judicial) adolece de una nulidad absoluta» (Fallo Mendoza CSJN - Fallos, 1:350). A ello agregó que el instituto en cuestión

«entraña, en verdad, una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra (...) la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de

¹⁴ La Quinta Enmienda de los Estados Unidos afirma en cuanto al privilegio contra la autoincriminación que, «[No person] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself» (Cornell Law School).

¹⁵ Conf. artículos del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina: Art. 296, Libertad de declarar. «El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinararlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenções tendientes a obtener su confesión»; y Art. 277, «Los que hubieren sido careados prestarán juramento antes del acto, bajo pena de nulidad, a excepción del imputado», entre otros.

¹⁶ Entre los primeros fallos de la Corte se encuentran: «Mendoza» (CSJN - Fallos, 1:350); «Diario El Atlántico» (CSJN - Fallos, 281: 177), «Rodríguez Pamias» (CSJN - Fallos, 227:63); «Cincotta» (CSJN - Fallos, 255:18); «Bacque» (CSJN - Fallos, 249: 530); y «González Bonorino» (CSJN - Fallos, 300: 610).

conciencia, cuál sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad» (CARRIO, 2014, p.484).

Por otro lado, en decisiones más recientes¹⁷ la Corte planteó explícitamente que exhortar al acusado a decir la verdad no resultaba violatorio de la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución, y desde ese criterio confirmó las condenas dictadas en el marco de procesos en los que los acusados habían sido incentivados a pronunciarse con la verdad (CARRIO, 2014). Para arribar a este criterio, Carrio (2014) explica que la Corte destacó que lo determinante había sido que a ambos acusados «se les había hecho conocer su derecho a negarse a declarar. De tal manera, razonó la Corte, quedó garantizado que las declaraciones prestadas fueran expresión de la libre voluntad del encausado» (p.491). Carrio (2014), en ese sentido, si bien no realiza objeciones al estándar que establece la Corte para evaluar la validez de las declaraciones con base en la voluntariedad con la que la presta la persona acusada, entiende que para ello se debería reconocer jerarquía constitucional al derecho del acusado a negarse a declarar, como así también a la obligación del juez de comunicarle ese derecho.

Ahora bien, a fin de dar respuesta al interrogante planteado en cuanto a la justificación de la exclusión del juramento del acusado en la tradición europea continental, se debe comenzar por recordar que el privilegio o derecho contra la autoincriminación surgió en la cultura anglosajona en el Siglo XVII¹⁸ y que con él se pretendía eliminar todo procedimiento que de forma compulsiva determinara al acusado a responder preguntas o proveer información en el marco de un proceso. Por ese motivo, por un lado, se le prohibió a la acusación la posibilidad de convocarlo a declarar y, por otro, se le garantizó al acusado el derecho a negarse a hacerlo, es decir, su derecho al silencio (ROBERTS Y ZUCKERMAN, 2004).

Roberts y Zuckerman (2014) se encargan de señalarlo: el privilegio está dirigido a evitar que se lo someta de forma compulsiva a un interrogatorio. De modo que, una vez garantizado su derecho a guardar silencio y el de ser oído, el acusado que elija libremente declarar no podrá oponer el privilegio. Por lo tanto, se puede sostener que el juramento no sea en sí mismo una coacción que enfrenta el acusado ya que únicamente se enuncia ante la elección libre de prestar declaración.

Distinto es lo que sucede en un modelo como el europeo continental, donde, si bien el acusado puede negarse a declarar, el interrogatorio no es una opción. Se trata, como advierte

¹⁷ Ver los fallos «Schoklender y Otro» (CSJN - Fallos, 311:345) y «Agüero Corvalán» (CSJN - Fallos, 312:2146).

¹⁸ En 1641 Carlos I lo reconoció por primera vez en el derecho inglés por un estatuto del año 1641 que prohibió el juramento *ex officio*. Luego Estados Unidos en el año 1791 lo incorporó a la V enmienda de la Constitución Federal, tras haberlo reconocido en la Declaración de derechos de Virginia en 1776 y en la Carta constitucional de todos los estados americanos (FERRAJOLI, 2011)

Damaska al estudiar la transformación obligada de las partes en medio de prueba, de una diferencia sustancial con el modelo anglosajón: «[a]l contrario de los acusados en los sistemas del common law, el acusado continental no puede elegir si someterse al interrogatorio o no; solo tiene derecho a negarse a responder en general o a una pregunta en particular» (DAMASKA, 2000, p.221). El autor sostiene, por otro lado, que un modelo de implementación de políticas¹⁹ como lo son los procesos penales de origen continental donde los funcionarios someten a un interrogatorio a un acusado, «es en sí mismo suficiente para crear una atmósfera que impone presión para responder» (DAMASKA, 2000, p.287).

De allí se explica que la exclusión del juramento del acusado se justifique a fin de evitar que el acusado sienta una coacción moral a declarar, que lo obligue a manifestarse y de esa manera se vulnere el derecho contra la autoincriminación. Sin embargo, el fundamento que este sistema le atribuye a la exclusión del juramento parecería ignorar las reglas procesales que delinean su propio procedimiento: en este el acusado no puede decidir someterse o no al acto de la declaración indagatoria. En los sistemas romano-germánicos, a diferencia del anglosajón donde el privilegio rige hace más de cuatro siglos²⁰, el derecho a guardar silencio no se terminó de configurar, toda vez que el imputado se ve sometido a un interrogatorio compulsivo al comienzo del proceso mediante el cual se le pide que dé una explicación sobre la hipótesis formulada en su contra, donde, de ejercer su derecho a negarse a declarar, quedará plasmado en el acta que se labre a tal efecto. Bovino (1995), al respecto señala que «[l]a pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone, de modo manifiesto, la responsabilidad del imputado» (pp.38-40).

Al no poder decidir si participar o no de este acto, y no poder responder por él su abogado por tratarse de un acto personal, el derecho a no ser obligado a autoincriminarse no

¹⁹ Damaska (2000) en su obra propone distintas formas de organización estatal, que abarcan diferentes modelos de participación del Estado en la sociedad, lo que determina, a su vez, el tipo de administración de justicia que lo sigue. Así, el autor sostiene que «[c]uando el Estado es concebido como gestor, la administración de justicia parece estar dedicada al cumplimiento de los programas de Estado y a la implementación de sus políticas. En contraste, cuando el Estado se limita a mantener el equilibrio social, la administración de justicia tiende a asociarse con la resolución de conflictos» (Damaska, 2000, p.26). Ante esta idea, en el capítulo 5 de su obra, Damaska (2000) sugiere que gran parte de los procesos penales de Europa continental se organizan bajo un modelo de implementación de políticas, en los que su legislación impone a las personas acusadas de la comisión de delitos que se sometan a interrogatorios, y colaboren con el proceso.

²⁰ No solo resulta relevante la vigencia del privilegio en aquel sistema, sino que allí el acusado no es sometido a un interrogatorio a través de la declaración indagatoria como en el continental. En el sistema anglosajón, iniciada una causa penal, se convoca al acusado a fin de explicarle los hechos que motivan el proceso, y se le pregunta cómo se declara. Bovino (1995) señala que se trata de «una pregunta que no versa sobre el hecho y la responsabilidad, sino sobre la actitud del imputado en el procedimiento, tendiente a obtener la respuesta de si el imputado va a resistir la imputación del fiscal o no va a hacerlo» (p.38). A ello agrega que en ese sistema «nadie llama a declarar al imputado en ningún momento y el ejercicio de su derecho a no declarar no es manifestado expresamente frente al jurado y, por lo tanto, no se ve obligado a expresar que no declara en ejercicio de sus derechos constitucionales» (BOVINO, 1995, p.38).

encuentra garantizada de forma acabada su contraparte, el derecho a guardar silencio. Obligado a hablar²¹, el sistema romano-germánico resolvió dispensarlo del juramento, por entender que era a través de éste que se vulneraba el privilegio, sin advertir que era el mismo procedimiento previsto mediante el interrogatorio el que ya establecía las bases de la afectación. Por lo tanto, de ello es dable sostener que no se advierten motivos constitucionales que justifiquen de manera racional la prohibición de la declaración bajo juramento del acusado, ya que lo que aparenta ser la fuente de la alegada coacción no es el rito, sino el procedimiento del interrogatorio compulsivo que caracteriza al sistema.

3. Análisis del valor epistémico del juramento

Tal como surge del análisis normativo de las posiciones que existen respecto a la declaración juramentada del acusado, no se han advertido razones constitucionales que justifiquen o impongan su prohibición, lo que permitiría su incorporación a la tradición jurídica europea continental²².

Ahora bien, dejando de lado la discusión acerca de su compatibilidad con derechos fundamentales, resulta imposible negar que ambos sistemas se valen del juramento, implementándolo o excluyéndolo, en tanto asumen que se trata de una herramienta empleada con el fin de obtener la verdad de quien lo preste. En ese sentido, en el siguiente punto se buscará analizar si aquel fin que le es atribuido encuentra una explicación racional que lo corrobore. Ello, con la intención de determinar si su empleo en el marco del proceso deviene necesario con fines epistémicos.

²¹ Corresponde aclarar que no se sostiene en el trabajo que el acusado en el sistema continental europeo no tiene reconocido el derecho a negarse a declarar. Antes bien, se busca marcar una distinción en la forma en la que se configura el derecho a guardar silencio en ambos sistemas y sus implicancias.

²² Sin perjuicio de ello, no debe dejar de advertirse que la incorporación del juramento del acusado al sistema romano-germánico requiere de determinadas reformas procesales que permitan su implementación de manera pacífica. Sin que se trate precisamente del trasplante de una institución jurídica de un sistema extranjero, ya que se trata de dos sistemas liberales donde el juramento está previsto para los testigos, lo cierto es que deberían tomarse las mismas precauciones que se imponen ante una introducción de derecho extranjero, a fin de lograr que sea compatible con el resto del ordenamiento jurídico (SONZINI ASTUDILLO, Urbano, 2017). Así, si bien no se analizará en detalle el ya mencionado proyecto de ley de “La no mentira”, este merece que se critique su contenido. No solo por cuanto amplía la cantidad de conductas criminalizadas sin que quede claro el fin político criminal que con su reforma se pretende perseguir. Como tampoco explica que resulte necesaria si se tiene en cuenta que ya está prevista en el Código Penal la figura de falso testimonio. Sino que parece hacerlo desde una postura moralista que asume como fin de la prueba, entendida como resultado probatorio, a la averiguación de la verdad. Ello, en un contexto en el que se alega tener como fuente al derecho anglosajón al tiempo que se desconoce que, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, el imputado en aquel modelo nunca será citado a declarar en el juicio sino que elegirá hacerlo o no como estrategia de defensa durante la celebración de la audiencia. De esta manera, en los términos en los que se presentara el proyecto es dable sostener que nos encontramos ante una reforma de clara afectación al derecho de defensa, contraria a la prohibición de autoincriminación.

3.1. *Marco teórico*

Previo a adentrarme en el siguiente análisis, corresponde adelantar que el marco teórico bajo el cual se analizará el valor epistémico del juramento como herramienta judicial presupone a la averiguación de la verdad como fin de la actividad probatoria, por lo tanto, su valor se verificará en función del aporte que realice con fines a su concreción. Esta propuesta a su vez parte de asumir una idea de verdad como correspondencia entre los enunciados fácticos y la realidad, que encuentra fundamento, por un lado, en el principio de legalidad desde el que parte la función jurisdiccional característica de un Estado de Derecho (TARUFFO, 2009, pp. 132ss). Y por otro, en la concepción del derecho como regulador de conductas (FERRER BELTRAN, 2007, pp. 29ss).

De allí que, en tanto ambas explicaciones presuponen el acaecimiento del condicionante de las normas jurídicas a fin de que puedan aplicarse las consecuencias previstas en ellas, resulte evidente que lo esencial del proceso sea comprobar la verdad de los enunciados que las partes formulen respecto a los hechos objeto de conflicto.

Ferrer Beltrán (2007) en esa misma línea explica que,

«si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias» (p.30).

Por lo tanto, pensar en otro escenario en el que las consecuencias previstas en las normas se apliquen de forma aleatoria o bajo una lógica distinta en la que no exista vínculo entre las conductas y la posibilidad de ser sancionado, conllevaría al fracaso de la función motivadora de conductas del derecho.

Resulta, así, importante destacar que lo que se podrá juzgar como verdadero o falso serán los enunciados expresados con fuerza asertiva, es decir, aquellos empleados a efectos de transmitir información acerca del mundo, para describir o informar. Así, en tanto los hechos en sí mismos no podrán ser probados ya que únicamente existen o *sucedan*, serán las proposiciones relativas a ellos, afirmando o negándolos, las que podrán juzgarse como verdaderas o falsas, en la medida en que se ajusten a la realidad a que refieren. Por lo tanto, cuando se afirma que un enunciado formulado por las partes durante el proceso es verdadero, es porque se entiende que aquel se corresponde y refleja la realidad, al menos entendida esta como reconstrucción que se acerca bastante a lo realmente ocurrido.

Sin perjuicio de ello, en tanto el término presenta distintas acepciones también se debe señalar que la propuesta de averiguación de la verdad como finalidad de la prueba se refiere a

la actividad probatoria como institución jurídica, y no ya a la prueba entendida como resultado probatorio. Esta confusión presente en críticas elaboradas por algunos doctrinarios²³ se debe a los distintos sentidos que existen del término, tal como nos explica Ferrer Beltrán (2005), quien aclara:

«[u]na cuestión es que la finalidad de la actividad probatoria en el proceso sea la averiguación de la verdad sobre las proposiciones fácticas relevantes para la aplicación del derecho, para lo que se aportan elementos de juicio (medios de prueba) que deberían permitir acercarse razonablemente a esa finalidad; y otra que, como resultado probatorio, no sea concebible la prueba de una proposición falsa» (pp.30-31).

Por su parte, González Lagier (2003) entiende que,

«[s]i consideráramos a la verdad como la finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable y, por tanto, como apunta Cabañas García, si el fin de la prueba es irrealizable, la misma carecería de sentido» (p.47).

De allí, entonces, que la averiguación de la verdad como finalidad de la actividad probatoria no signifique que el resultado exitoso de esa actividad consista en alcanzar la verdad. En efecto, un enunciado fáctico podría muy bien estar probado aun siendo falso, en tanto existan suficientes elementos de juicio a su favor. Esto último no necesariamente implica la correspondencia del enunciado con el mundo. Esto es lo que Ferrer Beltrán explica al referirse a la distinción entre ser verdadero y ser tenido por verdadero o ser aceptado como verdadero (FERRER BELTRAN, 2005).

3.2. *El juramento como garantía del argumento*

El empleo del juramento como presupuesto de toda declaración testimonial, pretende garantizar que lo que introduzca el testigo al debate se corresponda con la realidad, y así se logre un aporte en miras de alcanzar el fin institucional de la prueba, la averiguación de la verdad²⁴.

²³ Ferrer Beltrán (2005), al explicar la confusión se refiere a la crítica elaborada por Miranda Estrampes, quien cuestiona a quienes postulan a la verdad como la finalidad de la prueba procesal, y entienden a la prueba como la demostración o averiguación de la verdad de un hecho.

²⁴ Si bien será mencionado más adelante se debe recordar que la psicología del testimonio ha enseñado que aun cuando un testigo crea estar siendo veraz en su relato de los hechos, igual su contenido puede no corresponderse con lo sucedido, en tanto puede actuar en función de falsos recuerdos formados en su memoria. Ello, dado el verdadero funcionamiento de la memoria, que pese a resultar contraintuitivo, no opera como una videgrabadora, ni es un fiel reflejo de lo que realmente ocurrió, sino una interpretación subjetiva que se va formando y continuamente adaptando en nuestras mentes a partir de cada reconstrucción que hacemos e interferencias externas (LOFTUS Y KETCHAM, 1991). Por lo tanto, aun cuando se considere que el juramento

Ahora bien, según la teoría de la argumentación de Toulmin, a la que recurre González Lagier para trasladar al razonamiento judicial en materia de hechos, todo razonamiento está compuesto, necesariamente, por cuatro elementos: pretensión, razones, garantía y respaldo. La primera, la pretensión, es aquello que quiere fundamentarse, lo que se alega. Si se cuestiona, esta debe contar con razones que permitan sostenerla, o que demuestren su corrección. Sin embargo, tal como adelanta González Lagier al explicar la propuesta de Toulmin, en determinados casos se debe hacer explícito cómo es que las razones sostienen la pretensión, y «ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión» (GONZALEZ LAGIER, 2013, p.27).

Este elemento es el que Toulmin llama garantía, el cual es definido como la regla, o, enunciado hipotético de carácter general, que permite el paso del dato - o indicio- a la conclusión, y que éste, a su vez, sea legítimo (TOULMIN, 2007).

Bajo este esquema es dable observar que el rito del juramento ocupa el lugar que, en la estructura de los argumentos presentada por el autor, le corresponde a la garantía. El juramento ha sido empleado desde sus orígenes como garantía de verdad del relato del testigo y de ello se ha inferido que al enunciarlo, previo a una declaración testimonial, el contenido de la declaración sería probablemente veraz: el testigo declaró bajo juramento, por lo tanto, su declaración es probable²⁵ que sea verdadera.

El puente que en el caso vincula al dato con la conclusión se encuentra en el hecho de que el juramento es utilizado como una herramienta que garantiza la verdad del enunciado²⁶: *la declaración juramentada probablemente sea verdadera en tanto el juramento hace que las personas generalmente declaren conforme sucedieron los hechos.*

Tal como se puede advertir desde la perspectiva histórica desarrollada en el punto anterior, principalmente en lo que respecta al proceso de reformas de Estados Unidos, el juramento exigido al acusado que decidiera declarar obedece a una lógica implícita que reconoce a la declaración prestada bajo juramento mayor valor por sobre aquella que se recibiese sin. Allí, tras reconocer al acusado competente para declarar, con el tiempo se abandonó el modelo que postulaba una declaración sin juramento, para finalmente

efectivamente opera como garantía de verdad del relato, eso no permite asumir de manera automática que el testimonio se corresponde con los hechos objeto de la controversia.

²⁵ Dado que se admite que aún bajo juramento puede mentirse, se debe insertar la palabra «probable» como modalizador, tal como lo propone Toulmin (2007).

²⁶ Una de las definiciones que se puede encontrar en la literatura jurídica argentina en esa línea enuncia que «[e]l juramento o la promesa de decir verdad es requisito destinado a dar garantía de veracidad a las manifestaciones de quien lo presta» (NAVARRO Y DARAY, 2006, p.507).

equipararlos al resto de los testigos, exigiéndoles jurar o afirmar previo a brindar su relato sobre los hechos. Ello, por considerarla la propuesta que garantizaba de manera más acabada el derecho de las partes a declarar en juicio²⁷.

Más allá del caso de Estados Unidos, esta idea se puede encontrar también en otras piezas judiciales de distintos países y sistemas. A modo de ejemplo y a fin de permitirle al lector un acercamiento a este razonamiento se transcriben a continuación extractos de resoluciones judiciales y de doctrina que permiten identificar esta máxima implícita acerca de la declaración juramentada.

1) «[La] [r]egla 84 bis (A) del Reglamento prevé que el acusado puede escoger hacer una declaración en el acto de apertura que puede no ser juramentada o sometida a contraexamen. Al declarar, ya sea bajo juramento o sin este, el acusado acepta que la Cámara de juicio ‘decida el valor probatorio del relato, si es que lo tiene’, bajo la regla 84 bis (B) del reglamento. La valoración de declaraciones no juramentadas bajo la Regla 84 bis es, por lo tanto, una función discrecional de la Cámara. A una declaración bajo dichas características, generalmente, se le asigna menor valor probatorio que a una declaración prestada bajo juramento, la cual se somete a contraexamen y a un interrogatorio desde el banco» (*Prosecutor v. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Musliu*, Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, Caso ro. IT-03-66-A, Cámara de apelaciones, 27 de septiembre de 2007, p.30 -traducción propia).

2) «‘Si el acusado decide no requerir la producción de prueba alguna, o, no presentar prueba el mismo, en muchas ocasiones realizará una declaración no juramentada. Ello es ampliamente reconocido entre los abogados como una declaración de poco valor probatorio en comparación con la declaración jurada en la que el acusado puede ser contraexaminado’. *Rex v. Zware*, [1946] (...) ‘La declaración sin juramento pocas veces resulta de valor alguno, ya que generalmente es incoherente y deja muchos interrogantes que no pueden ser resueltos a partir del contraexamen’ 69 L. Q. Rev. 22, 25» (*Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 587 -traducción propia).

3) «Frente a dichas afirmaciones y constancias se erige la versión exculpatória ensayada por V. V. al ser convocado a declarar en los términos del artículo 294 del C.P.P en la que negó haber participado en los sucesos mencionados, lo que frente a las declaraciones

²⁷ *Ferguson v. Georgia*, 365 U.S. 570 (1961).

juramentadas de los damnificados resulta un intento de mejorar su comprometida situación procesal» (Procesamiento en causa número 28037/2018, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Nro. 38, Secretaria Nro. 132, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

4) «Para el segundo grupo de posibles careados, los testigos frente a los imputados (o acusados), los problemas son distintos, pero no menos graves. (...) [E]s que, en estos supuestos la diligencia de careo mezcla dos posiciones procesales incompatibles entre sí. Pretender situar en el mismo plano de discusión a quien -por un lado- puede faltar a la verdad, frente a quien -por otro- se halla obligado a ser veraz, carece de toda entidad probatoria; dicho de una forma gráfica, se trata de dos personajes procesales que hablan distinto idioma, de tal modo que de una <conversación> entre ambos, ningún corolario seguro podrá ser extraído» (SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, 2012, pp.188-189).²⁸

Todos estos extractos, más allá de las observaciones que pueda hacerse a su comparación dado a que pertenecen a distintos tipos de procedimiento, dejan entrever un punto en común: que una declaración bajo juramento tendrá mayor valor que la que se reciba sin, en tanto la primera permitirá garantizar de manera más acabada su correspondencia con la realidad, y por lo tanto permitirá cumplir con el objeto de la actividad probatoria. El mayor valor alegado obedece a una lógica que presupone que el testimonio que se obtiene por parte de quien presta juramento brinda una mayor garantía de la verdad del relato.

Esta atribución de valor se debe a la remisión a máximas de experiencia empleadas como garantía de las inferencias probatorias que derivan en un mayor valor atribuido a las declaraciones testimoniales recibidas bajo juramento. Al respecto, cabe señalar que el término fue empleado por Stein en el año 1893, quien presentó a las máximas de la experiencia como reglas generales 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 habían inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos» (ANDRÉS IBAÑEZ, 2005, p.78).

²⁸ Si bien del texto extraído del libro no surge que se trate de una declaración tomada bajo juramento de manera explícita, lo cierto es que el autor al referirse a los testigos como aquellos sujetos que dentro del proceso se encuentran obligados a decir la verdad, lo hace en referencia al artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige la toma de juramento a los testigos. En oposición al caso del acusado a quien se encuentra prohibido recibirle juramento, y de ello, ciertos doctrinarios han derivado un supuesto derecho a mentir de su declaración (REVILLA GONZÁLEZ, 2000). Sin perjuicio de ello, más adelante se analizará con detalle la supuesta fuente de motivación que insta a declarar con la verdad. Esta, lejos de justificarse a partir del rito, tal como se verá, parece guardar más relación con la amenaza penal del delito de falso testimonio, y dependerá, en ese sentido, de la eficacia que tenga esta herramienta en su aplicación.

De La Oliva Santos, por otro lado, explica que se trata de *reglas generales de carácter empírico*

«[s]on reglas, en cuanto no están codificadas ni recogidas en texto legal alguno, y actúan como principios, máximas, o juicios hipotéticos. Son empíricas, en cuanto parten de la observancia de una regularidad de conductas. Y están frecuentemente contrastadas porque la validez y el correcto funcionamiento de la máxima de experiencia se basa en su soporte cognoscitivo y su fundamento en leyes científicas» (LLUCH, 2015, p.91).

Otro aspecto que debe destacarse es el tipo de conocimiento que puede extraerse de ellas, en tanto jurisprudencialmente se les ha dado tratamiento lógico de inferencia deductiva del que se ha pretendido atribuirles un grado de certeza distinto del que en verdad les corresponde. En esta línea, Perfecto Andrés Ibáñez (2005) explica que «[l]a máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable» (p.79). Sin embargo, resulta esencial su aporte, ya que continua y sostiene que ello «no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de búsqueda de verdad de los hechos» (ANDRÉS IBAÑEZ, 2005, p.79). De esta forma, al serle exigible al juez una debida motivación del razonamiento empleado para decidir el caso, ello permitirá controlar la corrección de su argumentación, lo que incluirá un debido control de las máximas de experiencia empleadas a fin de determinar si están fundadas racionalmente y si cuentan con el grado de solidez necesario para ser empleadas como garantía de la inferencia probatoria en cuestión.

En esos términos, la máxima de experiencia detectada en relación al juramento exigido previo al testimonio puede enunciarse de la siguiente manera: *usualmente quien jura previo a prestar testimonio declara conforme a como sucedieron los hechos.*

Sin embargo, corresponde preguntarse qué es lo que explica que el juramento haga más probable que las personas declaren conforme sucedieron los hechos, si es que lo hace. A fin de dar respuesta a ese interrogante se debe retomar la propuesta de Toulmin, quien sugiere que las garantías deben contar, a su vez, con un respaldo, es decir, aquella información que la fundamenta y sin la cual la garantía carecería de autoridad.

Ahora bien, no toda garantía estará constituida por máximas de experiencia genuinas, en tanto que para ello se requiere contar con un respaldo que sea empírico, ya que de lo

contrario no se estará ante auténticas máximas de experiencia, sino antes bien ante meros enunciados sin validez universal.

A continuación se verá que el respaldo de la garantía sobre la que recae el mayor valor atribuido a las declaraciones juramentadas ha variado a lo largo de la historia en función de la sociedad que lo ha empleado, de castigos divinos a seculares. A partir de ello se analizará la solidez de las distintas explicaciones que se brindaron como respaldo, a fin de corroborar o descartar su autoridad como máxima de experiencia.

3.3. El juramento como herramienta preventiva de la mentira: el castigo de los dioses

Máxima de la experiencia: Usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos en tanto no desea ser castigado por los Dioses.

La supuesta eficacia de este método se explica en sociedades caracterizadas por una «profunda unidad de sus creencias, sin la cual los mecanismos de la ordalía y del juramento no podrían funcionar» (JACOB, 2014, p.51).

Jacob (2014), en palabras de Henri Levy - Bruhl, explica que «‘un régimen tan imperfecto no podría mantenerse sino en una sociedad donde una fe ciega, unánimemente extendida, asegura el respeto de todas las decisiones supuestamente emanadas de las fuerzas sobrenaturales (...). Toda la institución del juramento reposa, pues, sobre un sistema de creencias universalmente extendido que no encuentra oposición’. En esas sociedades, se piensa, cada uno cree firmemente en la capacidad de los dioses, de los espíritus o de los santos para hacer aparecer la verdad, por lo que la creencia unánime y unánimemente fuerte determina a cada uno a anticipar la manifestación de una verdad que parece ineluctable» (p.51).

Para que tuviese eficacia disuasoria era necesario que concurrieran dos condiciones. Por un lado, que la deidad en la que se creía y se invocaba durante la ceremonia tuviese efectivamente el poder de detectar la mentira de su testimonio y, a su vez, que esta entidad se enfureciera a partir del falso juramento y lo castigase con los medios con los que contaba para ello. Así, siempre que la persona que prestara declaración creyera en este Dios, y fuera instada a decir la verdad, lo más probable es que fuese veraz en su relato (WHITE, 1903).

Sin embargo, de la mano del Iluminismo esta concepción teológica del mundo fue cuestionada, y con ella también la idea del castigo divino a quien rompiese el juramento y mintiese durante la ceremonia del juicio, cuya eficacia dependía, como ya se vio, exclusivamente de una aceptación generalizada de tales creencias.

El autor de *De los delitos y de las penas* ya en el año 1764 sostuvo que: «[e]l juramento deviene poco a poco una simple formalidad, destruyéndose de esa manera la fuerza de los sentimientos de religión, única garantía de la honestidad de la mayor parte de los hombres. La experiencia ha permitido ver qué inútiles son los juramentos, porque cada juez puede dar testimonio de que ningún juramento le hizo decir la verdad nunca a reo alguno: lo permite ver la razón, que declara inútiles y en consecuencia perjudiciales todas las leyes que se oponen a los sentimientos naturales del hombre. Les sucede a ellas lo que a los diques opuestos directamente al curso de un río: son inmediatamente abatidos o un vórtice formado por ellos mismos los corroe y los mina insensiblemente» (BECCARIA, 1764, capítulo XVIII).

De esta manera, al convivir hoy en día en sociedades en las que no puede garantizarse la fe en la deidad por parte de quien debe testificar y quien debe escucharlo, no puede tampoco explicarse de manera suficiente una mayor atribución de verdad de las declaraciones juramentadas apoyada en un supuesto poder de disuasión que proviene de un castigo divino en el que no se cree. Jordi Nieva Fenoll (2010) en este sentido sostiene que «si se exige el juramento es porque, en el fondo, se sigue creyendo en una justicia divina, en un vano intento humano de entrometer forzosamente a la divinidad en los pequeños asuntos de los individuos» (p.45). A lo que agrega que «[s]i no se confía en el mismo, el juramento no es más que un residuo de las antiguas ordalías y, por consiguiente, no tiene ninguna razón de ser» (NIEVA FENOLL, 2010, pp.45-46).

3.4. *El Juramento como herramienta preventiva de la mentira: la amenaza penal*

Máxima de la experiencia: Usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos en tanto no desea ser condenado por el delito de falso testimonio o perjurio

Tras haber perdido fuerza explicativa la idea del juramento como garantía de verdad con fundamento en el comportamiento basado en las creencias religiosas de quien lo emitiese, el rito no dejó de ser empleado en los procesos judiciales, sino que recibió un fundamento de tinte secular, ya que si bien se mantuvo su exigencia previo a toda declaración testimonial, el castigo, en caso de comprobarse su falsedad, sería la aplicación de la consecuencia prevista en la ley formal, y no el de un Dios (HIBSCHMAN, 1933).

Esta relación de tipo normativa entre el juramento y la amenaza penal se da desde que a toda declaración testimonial que se le exige el juramento, se le advierte, a su vez, de la

posible aplicación de pena en caso de probarse el falso testimonio²⁹. Sin embargo, se trata de dos elementos independientes entre sí, dado que uno podría imponerse sin el otro. Por ello, si bien se analizará la tesis que la toma como respaldo de la máxima de experiencia en cuestión, no se debe perder de vista que la amenaza penal como herramienta para motivar conductas no trasladará su fuerza al juramento, por lo que la atribución de valor probatorio del rito con base en la observación de que quien declara lo hará conforme a la verdad a fin de evitar la pena, depende en realidad de una relación establecida en las normas que podría ser derogada.

A fin de evaluar la teoría que sostiene que la fortaleza del respaldo que en el caso recae en la eficiencia de una norma de tipo penal³⁰, resulta de utilidad el enfoque que plantean los conocimientos del análisis económico del derecho. Estos permiten la incorporación de estudios de índole positivo que «se interesan en medir el impacto que una determinada norma o cuerpo normativo tendrá sobre la eficiencia -en alguno de sus múltiples variantes» (PAPAYANNIS, 2009, p.30).

En este caso, el objetivo socialmente deseable o el tipo de eficiencia del que se trata se relaciona con la calidad del testimonio que se incorpora como medio de prueba durante un proceso y el fin último de la prueba, la averiguación de la verdad en términos de correspondencia. Si lo que se pretende a partir del juramento es incorporar al proceso una herramienta que incentive a quienes deban brindar testimonio, a ser veraz en sus dichos, o los disuada de ser falsos, las medidas dirigidas en esta dirección, deberán procurar determinar su conducta. En el caso, la motivación que encuentran para no ser falsos en su declaración es en términos negativos a partir de la incorporación del delito de perjurio o de falso testimonio y su vinculación a las declaraciones bajo juramento, donde se prevé la aplicación de una pena de prisión para el caso de que se determine que el testigo hubiese «afirmado una falsedad, negado o callado la verdad» (D'ALESSIO Y DIVITO, 2004, p.895). Bajo este esquema se asume que quien declare en un debate, escogerá no ser mendaz en su relato por temor a ser condenado.

²⁹ Conf. artículo del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, Artículo. 249: Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de las penas por falso testimonio y prestará juramento de decir verdad, con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo.

³⁰ En el sistema anglosajón el delito de perjurio previsto para los testigos no se introdujo hasta el Siglo XV con el Estatuto del Perjurio del año 1563, en tanto antes únicamente estaba previsto para los miembros del jurado (*Perjury: The Forgotten Offense*, 1974). Fue la *Star Chamber* la que en 1613 resolvió que el perjurio cometido por un testigo fuese punible en el common law, extendiéndose más allá de las Cortes Reales (*Perjury: The Forgotten Offense*, 1974). Mientras que en Estados Unidos se introdujo en el año 1790, pudiéndose encontrar la figura en distintos estatutos: el 18 U.S.C. § 1621, y el 1623 (UNDERWOOD, 1993).

Ahora bien, esta función disuasoria que se le atribuye al juramento con fines epistémicos, supuestamente respaldada por el delito de perjurio, parte de asumir la concurrencia de dos aspectos que resultan implícitos al razonamiento:

- 1) Que existe la motivación en la norma.
- 2) Que la conducta ilícita es perseguida y condenada penalmente.

Respecto al primer aspecto que hace a la motivación en la norma, este se corresponde con los postulados que explican la pena de acuerdo a una función de prevención general negativa. Esta teoría, desarrollada por Feuerbach quien la llamó teoría psicológica de la coacción, «busca provocar en la psique del indeciso unas sensaciones de desagrado, que hiciesen prevalecer los esfuerzos por impedir la comisión y, de esta manera, pudiesen ejercer una ‘coacción psíquica» (ROXIN, 1997, p.90). Así, a partir de ello «aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo» (ZAFFARONI, 2011, p.57).

Esta lectura de la realidad, que presupone que las personas decidirán evitar la sanción penal y por lo tanto serán veraces en sus dichos, se explica desde el modelo de sujetos racionales sostenido desde el enfoque más ortodoxo de la economía, el cual «asume que un individuo racional elige siempre aquella alternativa que maximiza su utilidad con independencia del contexto» (STORDEUR, 2011, p.25). Y a su vez, «que el actor siempre está finalmente intentando maximizar su utilidad o bienestar, es decir, obtener sus fines a menores costos posibles» (STORDEUR, 2011, p.25). Sin embargo, la economía de la conducta ha demostrado en las últimas décadas que el comportamiento humano en verdad presenta un escenario de toma de decisiones más complejo, partiendo de que «las personas tienen racionalidad limitada y forman su preferencia de modo contextual, razón por la cual el modo en el cual se presentan las alternativas tiene peso decisivo en la elección» (STORDEUR, 2011, p.52). Ello conduce a un escenario en que el acusado culpable, o incluso el testigo, bien podrán decidir, sin perjuicio de la posible sanción penal que les pueda corresponder, ser mendaz en sus dichos aún encontrándose bajo juramento o afirmación.

Estos hallazgos, tal como explica Stordeur (2011), resultan importantes «[s]i bajo determinadas condiciones las personas no se comportan conforme predice el modelo tradicional, algunas predicciones, explicaciones y recomendaciones de la economía ortodoxa podrían conducir a hipótesis y evaluaciones del sistema legal incorrectas» (p.54).

En esa línea, los conocimientos introducidos desde la economía conductual permitirán cuestionar las predicciones que realiza la economía clásica. Por lo tanto, si el fundamento para reconocerle valor epistémico al juramento recae en la predicción de que el sujeto

racional decidirá evitar una pena, ello, como se vio, no podrá ser tenido sin más como un argumento suficiente por cuanto se ha demostrado que la realidad no se condice necesariamente con aquella expectativa. De manera tal que la adjudicación de mayor valor a una declaración por el solo hecho de haber sido tomada bajo juramento, no estará debidamente justificada bajo esta explicación. Y en cualquier caso, no es el juramento el que está en juego bajo este argumento. Por el contrario, tal como se especificó en un comienzo, lo que tendría relevancia ‘epistémica’ es la amenaza de pena ante la mentira, sin importar que se haya mentado bajo juramento o no.

Por su parte, incluso dejando de lado este primer argumento, el segundo aspecto tampoco logra acreditarse, lo que descarta también el valor que se le atribuye a la amenaza de pena. Como se vio, uno de los motivos por los que la averiguación de la verdad constituye el fin institucional de la prueba es, necesariamente, la determinación de la conducta, para lo cual se requiere la imposición de la consecuencia jurídica prevista en la norma, una vez acreditado el acaecimiento del antecedente (FERRER BELTRÁN, 2007). Lo mismo explica Roxin (1997) respecto a la teoría Feuerbach: «al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye asimismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza (...). [Para Feuerbach] ‘el fin de infligir’ la pena está en la ‘motivación de la eficacia de la amenaza legal, en hasta qué punto sin ella esta amenaza carecería de contenido (sería ineficaz)’ » (p.90).

En el caso del perjurio, si bien ha sido incorporado como delito hace más de doscientos años, muchos autores concuerdan en la dificultad que presenta su persecución penal, lo que resulta en su ineficacia como método disuasorio de la mentira para quienes prestan testimonio (HIBSCHMAN, 1933; DAMASKA, 2000). Ello resulta evidente de las cifras que presentan los organismos gubernamentales de Estados Unidos³¹, donde es dable observar que entre los años 2008 y 2014 el número total de casos criminales por perjurio que iniciaron en las cortes de distrito de los Estados Unidos fue de 2007, lo que representó el 0.35% del total de casos iniciados en ese periodo de tiempo³².

³¹ Se pueden consultar estadísticas publicadas por el *Bureau of Justice Statistics del U.S. Department of Justice*, accesibles en <https://www.bjs.gov>.

³² La cifra se obtuvo a partir del análisis de las diferentes estadísticas que brinda la *Bureau of Justice Statistics del U.S. Department of Justice*. Allí, una de las estadísticas brindadas es la que refiere a los datos de la justicia federal, donde se toma como uno de los valores a analizar el número de defendidos en casos criminales que hubiesen comenzado, según el tipo de ofensa, por año, criterio que es medido entre los meses de Octubre y Septiembre del año siguiente. Un dato que corresponde señalar, en tanto resulta relevante para el trabajo, es que la información corresponde no solo a la figura de perjurio, sino que abarcan, también, al desacato (*contempt*) e intimidación (*intimidation*), lo que parecería reflejar que los casos de perjurio no representan una ofensa lo

En relación al deber de verdad que pesa sobre los testigos en el sistema estadounidense, Damaska (2000) también advierte la dificultad que se presenta en la práctica, puntualmente en lo que hace a los sistemas de implementación de políticas. El autor entiende que aun ante medidas de sanción que en principio aparentan ser eficaces, en muchas ocasiones los participantes escogen mentir, a lo que se suma que resulta difícil establecer con certeza la falsedad de los testimonios que se incorporan al proceso. De ello entiende que esos sistemas «deben ceder ante el hecho de que el deber de la parte de cooperar con las autoridades, a menudo carecerá de sanciones eficaces, transformando la amenaza en una espada sin filo» (DAMASKA, 2000, p.286).

Por lo demás, más allá de la dificultad que presenta este tipo de delito con base en sus exigencias normativas³³, la falta de persecución se puede explicar a partir de otras respuestas que brindan los operadores del sistema estadounidense, quienes entienden que no hay necesidad de otro castigo por sobre la pena impuesta en la causa penal (DAMASKA, 2000). Damaska (2000), por su parte, considera que si bien en caso de declarar el acusado es tratado como un testigo ordinario, «[e]n la práctica [se advierte una] relajación de esta actitud rígida, con una mayor tolerancia para la mala información de la parte, [lo que] ocurre principalmente en casos penales» (p.225). En línea con lo antes analizado, el autor explica que mientras los tribunales angloamericanos condenan a acusados que declararon su inocencia, «muy rara vez los acusan de perjurio» (DAMASKA, 2000, p.225). Así, sostiene que el castigo se encuentra en la condena más grave que recibe el acusado que ha faltado a la verdad (DAMASKA, 2000)³⁴. De lo expuesto se puede concluir que el perjurio como respaldo del juramento no garantiza sin más la verdad de la declaración, ni tampoco aumenta la probabilidad de que ella sea

suficientemente relevante como para ser medida de forma autónoma. Para más información, se pueden consultar los datos relevados en: <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs09st.pdf>; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs10st.pdf>; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs11st.pdf>; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs12st.pdf>; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs13st.pdf>; <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/fjs14st.pdf>.

³³ El estatuto que lo contiene y distintos fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos han determinado que el perjurio del estatuto 1621 exige que 1) El testimonio bajo juramento se preste ante tribunal competente; 2) Ante un caso en que la ley estadounidense autorice la administración del juramento; 3) Que el contenido del testimonio sea falso; 4) Que verse sobre un objeto materia del litigio; 5) Que quien declare falsamente tenga conocimiento de aquello y lo haga de manera intencional. Uno de los requisitos que más dificultades probatorias ha generado es aquel establecido por la Corte Suprema que exige que la falsedad de la declaración juramentada sea probada a partir del testimonio de dos testigos, o de uno pero seguido de circunstancias que lo corroboren (Fallo *Hammer v. United States*, 271 U.S. 620, 626, 1926). Otro es el requisito de la materialidad que exige que la declaración falsa verse sobre algún elemento sobre los que el juez deba decidir, o tener el potencial de influenciar el asunto sometido a decisión (Fallo *United States v. Burge*, 711 F.3d 803, 812 (7mo Circ. 2013) (DOYLE, 2018).

³⁴ A ello se agrega la interpretación que se ha hecho en distintos fallos donde se reconoció la posibilidad de agravar la pena en caso de demostrarse el falso testimonio del acusado. Ver fallo *United States v. Grayson*, 438 U.S. 41 (1978).

verdadera. Así, quien cree que no será condenado o piensa que evitará la condena, no se verá realmente motivado a ser veraz y podrá -aún bajo juramento- mentir en el marco de su declaración, lo que parecería traducirse en una falta de valor del juramento asociado a su capacidad disuasoria en términos normativos. O, en tanto se trata de herramientas distintas, de lo que podría considerarse un fracaso de la amenaza penal que ve frustrada su función preventiva de la mentira, en tanto no impide que ingrese al proceso.

3.5. *El juramento y su valor asociado a su procedimiento: el contraexamen*

Si el castigo sobre el cual se justificaba el valor del juramento no se aplica, corresponde preguntarse, entonces, cómo es que se sostiene hoy en día. En este escenario resulta interesante volver sobre los argumentos históricos que en el sistema anglosajón llevaron a un modelo de declaración del acusado equiparado al del testigo, ambos de manera juramentada. Allí, las reformas que implementaron este modelo explican que la diferencia entre una y otra declaración, se debe a la posibilidad de contra interrogar a la persona que declare: de colocar -en el caso de las declaraciones bajo juramento- al denunciante en el mismo estatus que al testigo, y someterlo a uno de los controles procedimentales por excelencia, el principio de contradicción entre las partes. El mayor valor, por lo tanto, no proviene del rito en sí mismo, sino del procedimiento que sigue a este, el cual, lejos de constituir un elemento sobre el cual se puede observar una motivación de la conducta de quien declara, constituye una herramienta de control de la información que ingresa al debate. El contraexamen aumentará las posibilidades de controlar la credibilidad del testigo, pero no aumentará las posibilidades de que su relato sea creíble.

El principio de contradicción, en este caso materializado en la posibilidad de contra interrogar al testigo o acusado que desee declarar, se trata de un control del procedimiento de carácter preventivo, ya que opera previo a la toma de decisión por parte del juez, y por lo tanto permite a las partes intervenir «en todo aquello que pueda influir sobre la decisión de la controversia» (TARUFFO, 2005, p.428). Taruffo (2005) sostiene, en este sentido, que la incidencia de las partes sobre la prueba que se incorpora al debate «está destinada a enriquecer el material probatorio sobre el que se basará la decisión y, por tanto, opera en la línea de incrementar la base cognoscitiva de la determinación del hecho» (pp.428-429).

La relevancia epistémica reconocida al contraexamen puede encontrarse también en el trabajo que Hock Lai Ho lleva a cabo al explicar el fundamento de la regla de exclusión de la declaración de testigos de oídas. En su tesis, Ho hace referencia al valor del contraexamen en relación a lo que él denomina una justificación externa e interna de la regla de exclusión

(AMAYA, 2009). El autor expone en su trabajo que la exclusión del testimonio de oídas no se explica de forma suficiente a partir de la justificación externa, la cual sugiere que el no contar con la fuente de información para su contraexamen resulta en una inferencia de menor calidad. Existe, a su criterio, una dimensión interna de la regla, para lo que elabora dos argumentos, el testimonial y el de derrotabilidad (AMAYA, 2009).

El primero sugiere que, para poder inferir que lo que el testigo -«S»- dijo -«p»- resulta cierto, por el simple hecho de que lo dijera, se debe contar con información acerca de la credibilidad de «S» en relación a «p», lo que no es posible en el caso de los testimonios de oídas ya que «S» no está presente durante el juicio, lo que lleva a que el juez no pueda creer «p», de manera justificada. Por otro lado, el segundo argumento, el de la derrotabilidad, sostiene que aun en los casos en los que se cuente con dicha información acerca de la credibilidad de «S», el hecho de que no se pueda examinar a «S» durante el debate conduce a que la credibilidad que se le pueda reconocer a «p» en función de su relato sea factible de ser derrotada (AMAYA, 2009).

Así, sin perjuicio de que Ho explica esta postura desde una concepción moralista de la conducta del juez, lo cierto es que ello no resulta un impedimento para trasladar sus ideas al presente análisis. Y es que en el caso de las declaraciones tomadas sin juramento opera la misma lógica, estas no son sometidas a un conainterrogatorio, por lo que, no solo la inferencia que afirme su credibilidad será débil, sino que resultará derrotable por otras explicaciones que no podrán ser descartadas, al menos no mediante el interrogatorio de la parte contraria. Por ese motivo, creer en el contenido de lo declarado en estas condiciones deviene en un argumento poco confiable en términos epistémicos, que, según Ho Hock, también será moralmente equivocado (AMAYA, 2009). De esta manera se advierte que lo determinante en la atribución de valor no proviene del juramento que ocupa en verdad un plano meramente secundario, sino de la calidad epistémica que se le reconoce al interrogatorio cruzado. Así, mientras se mantenga el contraexamen, bien podría eliminarse la formalidad del rito, en tanto su valor proviene de la conexión indirecta y artificiosa que le atribuyen con la herramienta de control.

En definitiva, el análisis de credibilidad de la prueba testimonial impone que se la someta a una valoración que debe ser llevada a cabo por las partes a través del interrogatorio y su contraexamen. Este intercambio, tras descartar los desafíos que presenta el medio de

prueba en términos de errores de percepción e interpretación³⁵, permitirá al juzgador establecer el grado de corroboración que pueda extraerse para confirmar una determinada hipótesis. Ello conduce a que el relato de un testigo no pueda ser tenido sin más como creíble por haberlo hecho bajo juramento, ya que este, como herramienta dirigida a obtener un relato de las partes que se acerque a la verdad de los sucesos investigados, resulta ineficiente. El juramento en sí mismo, como se vio, no se ve dotado de fuerza alguna para alcanzar dicho propósito. En todo caso, es la amenaza penal ante la mentira -debidamente perseguida y castigada- la que sin necesidad de este podría tener una incidencia en la conducta de quienes declaren durante el proceso.

3.6. *El juramento: su valor simbólico y su efecto en las declaraciones que lo excluyen*

Tal como quedó demostrado, se puede afirmar que el juramento no tiene ningún valor epistémico intrínseco ya que el respaldo con el que cuenta la garantía que sugiere una mayor veracidad del relato juramentado no está justificado de manera racional.

Ello se puede concluir ya que no se ha advertido evidencia alguna que, sobre la base de una observación empírica, haga plausible a la máxima de experiencia según la cual usualmente quien jura previo a prestar declaración testimonial declarará conforme a cómo sucedieron los hechos. En primer lugar, dado que las sociedades actuales ya no están regidas por la religión, no es dable detectar una creencia en la amenaza de un castigo por parte de una entidad superior. Por lo tanto la garantía de la máxima de experiencia deviene irrelevante, carente de fuerza alguna. Por otro lado, si bien coloca al juramento en un segundo plano, lo cierto es que la amenaza penal asociada normativamente a este tampoco resulta, al menos en el contexto de la sociedad estadounidense, una herramienta que, dada la baja eficacia que presenta su persecución, permita impulsar a declarar la verdad. Mientras que, por último, se pudo reconocer que el valor que se le suele atribuir al juramento en realidad no proviene de una fuerza propia, sino ya del contraexamen, el cual no requiere -al igual que sucede con los delitos de perjurio y falso testimonio- de la toma del juramento para poder llevarse a cabo, y tampoco representa una herramienta sobre la cual se observe una motivación para declarar con la verdad o que aumente las posibilidades de esto.

Sin embargo, no puede dejar de reconocerse su valor simbólico como ritual asociado a un fin determinado. Esta asociación, pese a no encontrar un respaldo, convive en la

³⁵ Tal como se sostuvo en la nota número 24, debe recordarse la forma en la que funciona la memoria, la cual se va formando y continuamente adaptando en nuestras mentes a partir de cada reconstrucción que hacemos e inferencias externas (LOFTUS Y KETCHAM, 1991).

conciencia colectiva³⁶ de modo que tiene su efecto en ella, toda vez que pese a lo aquí señalado, puede resultar contraintuitivo que el juramento sea simplemente un ritual, y en definitiva, un resabio de sociedades atravesadas por la religión.

Ahora, si bien la eficacia real del juramento puede vencerse a través del contraexamen, donde se aplicará el test de credibilidad a fin determinar la verdad de los hechos, corresponde hacer hincapié en el efecto que la teoría intuitiva tiene en las declaraciones que se reciben sin la fórmula. Es que si se convive con la idea de que el juramento en realidad sirve a los fines para los que se emplea, entonces ¿cómo impacta en las declaraciones del acusado su ausencia?

Para responder aquel interrogante basta con volver sobre las resoluciones traídas a estudio en puntos anteriores: su ausencia impacta en las declaraciones que no lo contengan y hace que se las juzgue como si tuvieran un menor estatus epistémico³⁷. La interpretación del derecho contra la autoincriminación que realiza la Corte Suprema Argentina, conlleva a la prohibición del juramento en la declaración del acusado. Sin embargo, si el juramento es epistémicamente irrelevante, como aquí se propone, el hecho de que esté previsto para los testigos y prohibido para los imputados, tiene como consecuencia que, simbólicamente, se asuma que el primero tiene más valor que el segundo, lo que coloca -siempre de manera simbólica- a la versión de la persona acusada en un estatus de prueba de menor calidad.

En esta misma línea, Guillermo Orce argumenta que este modelo de declaración previsto para quien sea acusado en causa penal presupone su despersonalización por parte de las reglas del proceso que se sigue en su contra. En ese sentido sostiene que:

«la falta de una regla que imponga responsabilidad por la falsedad de sus dichos durante el proceso, le impide al imputado, vía despersonalización, convertirse en objeto de prueba a su favor. La idea de que el imputado no declare bajo juramento (incluso la prohibición de ello) y que por lo tanto, no esté sujeto a la amenaza penal por perjurio bien puede tener un origen bien intencionado, pero sus consecuencias actuales son intolerables para sus derechos de defensa en juicio» (ORCE, 2012, p.554).

³⁶ Como se vio en la definición del juramento de la nota al pie nro. 26, existe en uno de los manuales de Derecho Penal de amplia difusión en Argentina la idea del juramento como garantía de verdad.

³⁷ Para analizar con mayor profundidad este punto resultará necesario, en una segunda instancia del trabajo, realizar una investigación más detenida de jurisprudencia que de cuenta del menor valor reconocido a la declaración del acusado por el hecho de no prestarla bajo juramento. Sin perjuicio de ello, ya desde un plano normativo puede reconocerse el tratamiento diferencial que reciben ambas declaraciones.

El autor considera que si bien no puede cuestionarse su carácter como sujeto del proceso, se le debe garantizar la utilización de sí mismo como objeto para ofrecer prueba a su favor. De lo contrario, entiende que

«[s]e trata de una despersonalización intolerable: el imputado no puede hacer valer sus declaraciones como prueba que pese. Bien puede ser oído en el sentido de un sujeto (del proceso): puede indicar pruebas para que sean corroboradas, argumentar sobre ellas, etc.; pero no puede ser oído como objeto de prueba: sus dichos no valen como prueba de descargo, y ello simplemente porque quien no es suficientemente tenido en cuenta como para ser responsable por sus dichos, simplemente no puede ser tenido en cuenta en absoluto» (ORCE, 2012, p.555).

Orce (2012) considera que la legitimidad del resultado del proceso se alcanza con el derecho de la persona acusada a no declarar, pero que, «una vez elegida libremente la opción de declarar, la libertad de no decir la verdad solo opera como una libertad natural que despersonaliza al imputado y que solo le quita posibilidades de defensa» (p.556). Así, critica que «[l]a ampliación paternalista de la libertad hacia un modelo de permisión de la mentira tiene el efecto paradójico de que el imputado no pueda defenderse adecuadamente» ya que «quien pueda mentir no será tomado en serio y ninguna regla puede romper esa dinámica lógica» (ORCE, 2012, pp.562-563). De ello concluye que la implementación del juramento es recomendable en tanto beneficiará al acusado inocente por otorgarle un «arma de defensa, su propio testimonio, con la que antes no contaba» (ORCE, 2012, pp.562-563). Mientras que el acusado culpable, si bien puede verse perjudicado, contará con el derecho a guardar silencio, sin que de este se puedan extraer inferencias.

En suma, el análisis de Orce presenta distintas interpretaciones posibles. Entre ellas, parecería que el autor le reconoce al juramento cierto valor asociado a la observación de que la sociedad declara conforme sucedieron los hechos con base en la creencia de que de lo contrario le aplicarán una sanción penal, sin detenerse a evaluar su real su eficacia. Mientras que, por otro lado, su posición resulta compatible incluso con la idea que aunque el rito no tenga relevancia epistémica en sí mismo, el modo en que se encuentra legislado –obligatorio para los testigos, y prohibido para los acusados- opera como un bloqueo del compromiso de la verdad para el acusado, que la aserción de por sí tendría. De manera que el juramento sólo operaría como una explicitación del compromiso con la verdad por parte del testigo, al tiempo que la ausencia del juramento del acusado opera como una explicitación del descompromiso con la verdad de este, sugiriendo por ello que puede estar mintiendo.

Sin perjuicio de cuál sea su postura, lo cierto es que su obra permite destacar los problemas que presenta la presencia del juramento en el procedimiento, y los efectos que trae a la declaración del acusado, que es justamente marcar una diferencia simbólica en el estatus epistémico de sus declaraciones frente a la de los testigos, con base en una herramienta atravesada por una creencia implícita que carece de una justificación racional válida.

4. Conclusión

Tal como se desprende del trabajo, la principal discusión en ambos sistemas de enjuiciamiento en relación a la exigencia del juramento del acusado gira en torno a su compatibilidad con las garantías fundamentales que lo protegen: si este afecta o no al privilegio de autoincriminación. Sin embargo, este obstáculo constitucional que surge de la interpretación del sistema romano-germánico, no se condice con los fundamentos históricos que dieron lugar al privilegio, el que-como explican Roberts y Zuckerman (2004)-supone la eliminación de los interrogatorios compulsivos, aspecto ignorado ya desde las bases procedimentales del sistema en cuestión al imponer un interrogatorio, donde, si bien el acusado puede guardar silencio, no puede evitarlo. De allí se llegó a concluir en el trabajo que la implementación del rito en la declaración de las personas acusadas sería viable en el sistema romano-germánico, ya que no se encontraron razones históricas de recibo ni incompatibilidades con las garantías constitucionales.

Ahora bien, pese a que la declaración juramentada del acusado no resulta censurable desde la crítica clásica, lo cierto es que ninguno de estos sistemas se ocupó, en sus diferentes posturas, del valor epistémico del rito, empleado de manera acrítica como garantía de verdad de las declaraciones. Así, mientras en el sistema anglosajón se exige respecto a las declaraciones de testigos y acusados, sin cuestionar su verdadero aporte, en la tradición europea-continental la información deficitaria ingresa en un doble sentido: se le reconoce mayor relevancia probatoria a la declaración del testigo por ser juramentada, y por otro, al no imponer un deber de verdad en la declaración del acusado, se le reconoce doctrinariamente un supuesto derecho a mentir.

El análisis llevado a cabo permitió demostrar que en verdad el juramento como herramienta no permite, por sí solo, obtener declaraciones de mejor calidad, (i.e. que se correspondan en mayor medida a los eventos materia de investigación), ya que no se ha observado que en las sociedades actuales se le pueda imputar un efecto disuasorio destinado a motivar conductas. En ese sentido, la mayor relevancia epistémica que se le atribuye no se encuentra debidamente justificada, ya que esta le corresponde al procedimiento del

contraiterrogatorio que se asocia al rito, el cual permite a las partes controlar lo que luego será valorado por el juzgador, pero no incentivar a los testigos a que declaren con la verdad.

Este escenario conduce a elaborar diferentes propuestas; por un lado se podrán implementar medidas dirigidas a incentivar la persecución de la mentira a través del delito de falso testimonio o perjurio, para de esa manera devolver a la motivación normativa su poder disuasorio. En este supuesto, entonces, deberá exigirse su presencia también en la declaración del acusado a fin de evitar colocarlo, aunque sea simbólicamente, en desigualdad de condiciones por no contar con una de las garantías normativas para una mejor calidad de la información que introduce al relato. Por otro, o incluso de forma simultánea, se podrá también proponer la eliminación del juramento de toda declaración por carecer de valor epistémico alguno que justifique su exigencia en el proceso, lo que genera actualmente el ingreso de información que se asume relevante sin su debido control.

En conclusión, cualquiera sea el escenario, aun en caso de mantener su exigencia en el proceso, se debe partir de que el juramento no dotará de credibilidad al testigo, en tanto esta dependerá siempre de su grado de certeza. La declaración testimonial, con o sin juramento, deberá ser analizada y controlada por el juzgador que determinará el grado de corroboración que sea factible extraer para confirmar la hipótesis que pretenda sostener.

Bibliografía

AMAYA, A., 2009: «The Ethics of Trial Deliberation: Moral Agency in Legal Fact-Finding», en *International Commentary on Evidence*; 7 (2): 1-47.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2005: *Los 'hechos' en la sentencia penal*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México: Distribuciones Fontamara.

BECCARIA, C., 1982: *De los delitos y de las penas*, Trad. de J.A. de las Casas), Madrid: Alianza Editorial.

BOVINO, A., 1995: «Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado», en *Ius et Veritas: Revista de la Asociación*, 11: 33-40.

CARRIÓ, A. D., 2014: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

CASTEX, F., 2018: «¿El imputado tiene derecho a mentir?». Recuperado de *Diario DPI Cuántico*:<http://dpicuántico.com/sitio/wpcontent/uploads/2018/04/Castex-PENAL-6.4.pdf>.

CORNELL LAW SCHOOL, (n.d.). *Legal Information Institute*. Recuperado de https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment.

DAMASKA, M. R., 2000: *Las caras de la justicia y el poder del estado. Análisis comparado del proceso legal*, Trad. de Andrea Morales Vidal, Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.

D'ALESSIO, A. J., y DIVITO, M. A., 2004: *Código Penal: Comentado y anotado, Parte especial*, (artículos 79-306), Buenos Aires: La Ley.

FERRAJOLI, L., 2011: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco y Rocío cantarero Bandrés, Madrid: Editorial Trotta.

FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Filosofía y derecho, Madrid: Marcial Pons.

FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid: Marcial Pons.

FOUCAULT, M., 1978: *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Lynch, Barcelona: De Río de Janeiro, 1996.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2013: *Quaestio Facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción*, México D.F.: Distribuciones Fontamara.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 2003: «Hechos y argumentos: racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal», en *Jueces para la democracia*, 47.

HIBSCHMAN, H., 1933-1934; «You do Solemnly Swear or that Perjury Problem», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 24 (5).

JACOB, R., 2014: *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

- LANGBEIN, J., 1994: «The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law», *Michigan Law Review*, 92 (5):1047-1085. Recuperado de https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/550/
- LOFTUS, E. Y KETCHAM, K., 1991: *Juicio a la memoria: testigos presenciales y falsos culpables*, Trad. de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín, Barcelona: Alba oscura, 2010.
- LLUCH, X. A., 2015: *Las reglas de la sana crítica*, Madrid: La Ley.
- NAVARRO, G. R. Y DARAY, R. R., 2006: *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo I y II*, Buenos Aires: Hammurabi.
- NIEVA FENOLL, J., 2010: *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- O'NEILL, T. P., 1990: «Vindicating the Defendant's Constitutional Right to Testify at a Criminal Trial: The Need for an On-The-Record Waiver, 51 U. Pitt. L. Rev. 809», Recuperado de: <https://repository.jmls.edu/facpubs/260/>.
- ORCE, G., 2012: «Despersonalización del imputado: la desconsideración de su defensa como consecuencia de su falta de responsabilidad al declarar», en *Cuestiones penales. Homenaje al Profesor Doctor Esteban J.A. Righi*, Buenos Aires, Ad Hoc: 549-64.
- PAPAYANNIS, D. M., 2009: *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- POPPER, R., 1962: «History and Development of the Accused's Right to Testify», *Washington University Law Review*, 1962 (4): 454-55.
- «Perjury: The Forgotten Offense. *The Journal of Criminal Law and Criminology*», 1973, Northwestern University School of Law, 65 (3): 361-372. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1142605?mag=why-is-perjury-so-rarely-prosecuted>.
- ROBERTS, P., Y ZUCKERMAN, A., 2004: *Criminal Evidence*, Second Edition, Nueva York: Oxford University Press.
- ROXIN, C., 1997: *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito*, Trad. de la 2.a edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, S. A.
- SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, J., 2012: *Variaciones sobre l presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons.
- SONZINI ASTUDILLO, U., 2017: «Transplantes jurídicos: un debate enriquecedor», en *Cuadernos Universitarios*, Publicaciones Académicas, Universidad Católica de Salta, 10: 49-61.
- STORDEUR, E., 2011: *Análisis económico del derecho. Una introducción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- TARUFFO, M., 2005: *La prueba de los hechos*, Madrid: Editorial Trotta.

TARUFFO, M., 2009: *Simplemente la verdad*, trad. cast. por Daniela Accatino, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

TEDESCO, I. G., 2015: *El acusado en el ritual judicial*, Buenos Aires: Ediciones Didot.

TOULMIN, S., 2007: *Los usos de la argumentación*, Trad. de María Morras y Victoria Pineda, Barcelona: Ediciones Península.

UNDERWOOD, R. H., 1993: «False Witness: A Lawyer's History of the Law of Perjury», 10 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 215.

WHITE, T. R., 1903: «Oaths in Judicial Proceedings and Their Effect upon the Competency of Witnesses», *The American Law Register, The University of Pennsylvania Law Review*, 51 (7): 373-446.

ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A. Y SLOKAR, A., 2000: *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar.