

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LOS TESTIGOS DE OÍDAS

Alumno: Rodrigo Almeida Idiarte

Tutor: Dr. Arturo Bárcena Zubieta

Convocatoria (Abril/2022)

LA PRUEBA TESTIMONIAL Y LOS TESTIGOS DE OÍDAS*

Rodrigo Almeida Idiarte**

1. INTRODUCCIÓN

La prueba testimonial ha sido objeto de diversos estudios que conectan el derecho con la epistemología y la psicología del testimonio. Es justamente esta mirada interdisciplinaria lo que ha permitido conocer —con cierto nivel de aproximación— los caracteres o propiedades epistémicamente relevantes de la prueba testimonial en general¹. Sin embargo, pocos han sido los estudios que con esa mirada han concentrado esfuerzos en relevar los problemas particulares que gravitan en torno a las declaraciones de oídas², por lo que tal proyección concreta queda aún pendiente de profundizar³.

Tradicionalmente se ha dicho que el testigo de oídas es aquel que declara con base a lo que escuchó decir de otra u otras personas (DEVIS ECHANDÍA, 1987: 76, PARRA QUIJANO, 2010: 28). Por este motivo, algunos autores refieren a que sus declaraciones son de baja calidad epistémica (cfr. FERRER BELTRÁN, 2007: 44; GASCÓN ABELLÁN, 2010: 118; AYALA YANCCE, 2020: 471). Esta consideración ha tenido especial incidencia en el ámbito jurídico, pudiéndose encontrar ordenamientos en los que se postula su inadmisibilidad sujeta a ciertas excepciones (entre otros, Regla 802 de las Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos, art. 804 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico), o su admisibilidad bajo el debido resguardo en términos de fiabilidad, lo que queda encomendado a la actividad de valoración probatoria (entre otros, art. 383 del Código de Procedimiento Civil Chileno, art. 154 del Código General del Proceso Uruguayo⁴).

* Este trabajo constituye una versión ligeramente ajustada del Trabajo Final de Máster presentado y aprobado para la obtención del título de Magister en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). El trabajo fue realizado bajo la dirección del Dr. Arturo Bárcena Zubieta, a quien agradezco muy especialmente por sus críticas, comentarios y sugerencias a los distintos borradores que fui presentando. Asimismo, agradezco las observaciones y comentarios de la Dra. Carmen Vázquez y del Dr. Vitor de Paula Ramos, que integraron junto al Dr. Arturo Bárcena Zubieta, el tribunal evaluador de la defensa de este trabajo. Por último, quiero agradecer a quienes tuvieron la generosidad de leer mis ideas y darme su parecer, en especial a Sebastián Bravo, Santiago Martínez y Henry Reyes.

** Abogado. Profesor Adscripto de Derecho Procesal. Especialista en Derecho Procesal (Facultad de Derecho, Universidad de la República Oriental del Uruguay). Magister en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona y Universidad de Génova). Email: rodrigoalmeidaidiarte@gmail.com.

¹ Entre otros: MANZANERO y DIGES (1993); CONTRERAS ROJAS (2015); MANZANERO (2018); DE PAULA RAMOS (2019); MAZZONI (2019).

² Me refiero a los desarrollos efectuados en el ámbito de la literatura hispana.

³ Cabe aclarar que, sin perjuicio de propiciar un análisis multidisciplinario acerca del tema, no me desligaré del concepto de prueba testimonial entendida en términos jurídicos (DE PAULA RAMOS, 2019).

⁴ En Uruguay, parte de la doctrina ha propuesto su inadmisibilidad. Así, se ha sostenido que el testimonio de oídas: “no es admisible, salvo que ese tercero sea una persona (inclusive un interesado principal) que no puede declarar por sí mismo, por ejemplo, por haber fallecido o estar incapacitado. En este caso el

En este contexto, la cuestión radica en dilucidar si tiene sentido que permanezcan vigentes las reglas que inadmiten a los testimonios de oídas; anticipo que no. Pero, para poder formular conclusiones acerca del trato que debe otorgarse a este tipo de pruebas, considero relevante estructurar el trabajo en tres apartados: el primero, que estará destinado a conceptualizar al testigo de oídas, proponiéndose criterios para su identificación; el segundo, que estará dirigido a analizar —en forma primaria— los problemas epistémicos y “normativos” que aquejan a este tipo de testimonios; y el tercero, que estará dedicado a formular una serie de consideraciones de cara a la etapa de composición del acervo probatorio y a la valoración de la prueba testimonial.

2. LOS TESTIGOS DE OÍDAS

2.1. Decantando conceptos: ¿es necesario establecer un criterio para su identificación?

ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015: 101), han señalado que la base de una afirmación testimonial puede derivar del conocimiento personal que se tenga sobre los hechos; de la información de “segunda mano” que se haya obtenido por parte de otra u otras personas; y del razonamiento inferencial que se haya formulado a partir de la observación de otros eventos (“prueba testimonial de opinión”). Mientras que los testigos presenciales declaran con base a su conocimiento personal y directo, los tradicionalmente conocidos como testigos de referencia⁵⁻⁶ declaran con base a la información de “segunda mano” que conocen por parte de otros⁷ (cfr. RODRÍGUEZ TIRADO, 2003: 43; HERRERA ABIÁN, 2006: 104; BUJOSA, 2008: 59; AYALA YANCCE, 2020: 471).

testigo de oídas será el medio a través del cual se incorpora —en forma admisible— la declaración de un interesado principal o de otro tercero (es decir de otro testigo)” (ABAL OLIÚ, 2014: 332).

⁵ La prueba de referencia ha sido definida como “*la que consiste en el interrogatorio de un testigo, con la finalidad de probar la verdad del contenido de una afirmación fáctica originaria de un tercero, quien no coincide con la persona que se somete pasivamente a la práctica de la diligencia de prueba*” (VELAYOS, 1998: 550). También se habla de prueba de referencia para aludir a otro tipo de declaraciones que en los sistemas legales como el uruguayo suelen ser calificados como un medio de prueba distinto a la prueba testimonial (art. 148 del Código General del Proceso). Nos referimos a la declaración de parte, prestada, por ejemplo, por el representante legal de la persona jurídica demandante o demandada (cfr. NIEVA FENOLL, 2010: 259).

⁶ También se los ha dado en llamar “testigos de segunda mano” (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno de Uruguay, Sentencia N° 53/2021 de fecha 15 de junio de 2021) o “testigos indirectos”, aunque parte de la doctrina le ha dado otro significado a esta última expresión (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno de Uruguay, Sentencia N° 92/2021 de fecha 21 de octubre de 2021). En este sentido, SOBA BRACESCO (2019: 216-217), ha señalado: “*Lo que a veces el testigo ‘presencia’ u observa no es el hecho o aquello que se quiere probar, sino algo que podría eventualmente —no siempre— ser de utilidad para realizar algún tipo de inferencia o razonamiento probatorio en la etapa de valoración, y que sucede, por ejemplo, después del hecho o acontecimiento ‘central’. A este testigo se lo puede catalogar de ‘indirecto’ (no apreció directamente los hechos que sustentan una determinada reclamación, sino, por ejemplo, la conducta de algunas personas con posterioridad al hecho acontecido)*”.

⁷ La jurisprudencia uruguayana permite dar cuenta que estos testigos son propuestos en procesos de distinta naturaleza. En este orden, se ha identificado como tal, entre otros a: el recluso que en el marco de un proceso penal en el que se persiguió la comisión del delito de abuso de funciones por parte de la autoridad policial, declaró conocer los malos tratos que recibieron sus compañeros de módulo con base a lo que le dijeron

El denominador común de todos los testigos referenciales es que disponen de información de “segunda mano”. Pero, entre ellos pueden trazarse diferencias de acuerdo a la forma en la que han tomado conocimiento de esa información (podemos pensar en el testigo que escuchó, en el que leyó, en el que recibió un mensaje transmitido por medio del lenguaje de señas⁸). Esta precisión no parece fútil cuando se trata de delimitar los problemas particulares —de corte epistémico— que atañen a cada testigo, respecto de la comunicación cursada entre el emisor y el receptor. Por ello, y a los efectos de este trabajo, calificaré al testigo de oídas como aquel testigo referencial que ha conocido la información de “segunda mano” por medio de la audición.

2.1.1. El testigo de oídas y el testigo presencial que ha conocido los hechos por medio de su audición

Los hechos pueden percibirse por medio de los cinco sentidos. Si bien la doctrina se ha concentrado en la percepción de tipo visual, es útil conocer las distintas experiencias sensoriales que ha experimentado la persona que es llamada a declarar en el proceso⁹. En muchos casos será relevante conocer las palabras que ha pronunciado una persona¹⁰, los sonidos que ha emitido un animal (por ejemplo, los aullidos de un perro en el marco de un proceso en el que se persigue el delito de maltrato animal), o los ruidos que ha producido un objeto (por ejemplo, los provenientes de una alarma en el marco de un proceso en el que se cuestiona el cumplimiento de las obligaciones asumidas por una empresa de seguridad). En tales supuestos, el testigo declarará con base a su conocimiento personal, no habiéndose verificado un enlace comunicacional por medio del cual haya circulado la información, lo que caracteriza, esto último, a todos los testigos de referencia.

otros reclusos del mismo recinto penitenciario (Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno de Uruguay, Sentencia N° 60/2021 de fecha 27 de mayo de 2021); el testigo que en el marco de un proceso laboral, declaró acerca de las condiciones emergentes de la relación contractual, en mérito a lo que le escuchó decir a la trabajadora (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno de Uruguay, Sentencia N° 230/2021 de fecha 22 de septiembre de 2021); y el testigo que en el marco de un proceso de divorcio por la causal de riñas y disputas, declaró conocer las desavenencias de la pareja en función de los dichos que le transmitió uno de los cónyuges (Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno de Uruguay, Sentencia N° 231/2010 de fecha 8 de septiembre de 2010).

⁸ Cfr. DE URBANO CASTRILLO y TORRES MONTANO, 2007: 105.

⁹ Lo percibido por medio del tacto será relevante si se trata de probar la humedad de una pared o el ardor que produce estar expuesto a determinada sustancia. Lo percibido por medio del olfato será relevante si se trata de probar la intensidad del olor que desprende un vertedero industrial o la asociación que existe entre dos fragancias. Lo percibido por medio del gusto será relevante si se trata de probar la confundibilidad que existe entre dos productos alimenticios que se comercializan en un mismo mercado.

¹⁰ Recientemente, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno de Uruguay, se pronunció acerca de un caso que me permite visualizar esta idea con claridad. Se trató de un proceso laboral promovido por una maestra que fue despedida por el centro de estudios para el que se desempeñaba, tras haberle dicho a los familiares de una de sus alumnas que existían instituciones de mejor calidad para la formación de la menor (según la versión de la demandada). Como la empleadora desvinculó a la trabajadora por la causal de notoria mala conducta, la que la exime del pago de la indemnización por despido (art. 12 de la Ley N° 12.597), resultó relevante demostrar si la actora dijo tal cosa o no. En el caso, los familiares a los que la maestra les comentó su impresión no fueron testigos de oídas, sino testigos presenciales que escucharon sus expresiones (Sentencia N° 119/2021 de fecha 3 de junio de 2021).

En este sentido, son testigos presenciales, y no de oídas: el que en un proceso de insania declara haber escuchado al presunto incapaz decir que está viviendo en otra época (por ejemplo, en el 1900, y no en el año en curso); el que en un proceso penal en el que se persigue el delito de homicidio por encargo (“sicariato”) declara haber escuchado a los imputados plantear y aceptar la promesa remuneratoria; el que en un proceso provocativo o de jactancia declara haber escuchado al demandado atribuirse la titularidad de un determinado derecho¹¹; y el que en un proceso en el que fuera perseguido el delito de “galantería ofensiva”, actualmente derogado en Uruguay, declara haber escuchado al imputado decirle improperios a la víctima¹².

No obstante, no es inusual encontrar sentencias en las que se marca la distinción entre el testigo de oídas y el testigo presencial que ha conocido los hechos por medio de su audición. Ello se debe a la falta de discernimiento que existe entre ambas figuras, las que resultan claramente diferenciables: *“para fijar el concepto de ‘testigos de oídas’, debe tenerse en cuenta que una cosa es el testimonio de hechos que el testigo ha oído personalmente, y otro distinto lo que se ha dado en llamar ‘testimonio de oídas’ o ‘de común renombre’, pues el primer caso, se refiere a una audición directa que, aun sometida a todas las deficiencias posibles, revela el conducto inmediato del testigo con el suceso, y el segundo, por el contrario, es una simple evocación indirecta”*¹³⁻¹⁴.

En Uruguay, en un proceso en el que se persiguió una acción simulatoria¹⁵, la parte demandada (para probar la regularidad del negocio impugnado) ofreció la declaración testimonial de una agente inmobiliaria que dijo haber sido consultada personalmente acerca de los precios de venta del mercado. Tras su declaración, la parte actora pretendió

¹¹ El art. 299 del Código General del Proceso Uruguayo establece: *“Cuando el sujeto jurídico, civilmente capaz (artículo 32), afirmare ser acreedor de otra persona o titular de derecho real o personal de contenido económico sobre bienes de los que otro se considerare titular, quedará habilitado éste para iniciar un proceso provocativo con el fin de obtener la certidumbre jurídica de los derechos alegados”*.

¹² El art. 361.5 del Código Penal Uruguayo, reguló, hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 19.120 (“Ley de Faltas”) del año 2013, el denominado delito de “galantería ofensiva”. Dicho delito era cometido, por quien *“en un lugar público o abierto al público, importunare a una mujer que no hubiere dado motivo para ello, con palabras o ademanes groseros, o contrarios a la decencia”*.

¹³ Supremo Tribunal de Justicia de la 3ª Sala de México, Sentencia de fecha 9 de enero de 2014 (TOCA 751-2013).

¹⁴ En el mismo sentido se pronunció la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en Sentencia N° 1759 de fecha 8 de noviembre de 2017: *“Respecto a lo dicho por el recurrente, este Tribunal de Casación considera adecuado que primero se deje en claro la diferencia existente entre un testimonio directo o de testigo presencial y uno referencial o de oídas, en tanto se observa que el actual debate se contrae al valor que uno y otro tienen, en aquellas situaciones en las que su contenido es contradictorio: El testimonio directo o de testigo presencial, es el que brinda aquel individuo que en forma ‘... personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir [los hechos sobre los que declara]’, sin tener necesidad, por tanto, de un intermediario que le comente sobre la forma en la que ocurrieron. Por su parte, el testimonio de oídas o referencial, es aquel que consiste en la ‘declaración del testigo que no ha percibido los hechos atribuidos al acusado...’, sino que le han sido ‘... narrado[s] por otras personas que conocieron directamente [de] [el]los”*.

¹⁵ El art. 1296 del Código Civil Uruguayo establece: *“Podrán también los acreedores pedir a nombre propio que se rescindan o revoquen las enajenaciones otorgadas por el deudor con fraude y en perjuicio de ellos...”*.

calificarla como de “oídas” por haber atestado lo que le consultó el demandado. Por el contrario, la testigo aportó información que conoció de manera directa, extremo que fue advertido por el propio tribunal¹⁶.

En consecuencia, corresponde concluir que no todo lo que escuchamos nos convierte en testigo de oídas. Más bien, habrá que atender a si lo que se ha escuchado redundante en información de “primera mano” o de “segunda mano”, aspecto que retomaré luego.

2.1.2. El testigo de oídas y la *hearsay evidence* del *common-law*

A diferencia de lo que se ha asumido por TUZET (2021), que asimila ambos conceptos¹⁷, vale decir que no existe una correspondencia exacta entre la noción de testigo de oídas¹⁸ y la noción de *hearsay evidence* del *common-law*. Tras el estudio de las Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos, BACHMAIER ha concluido que *hearsay* alcanza a “todo tipo de actos probatorios no sometidos a confrontación”, como consecuencia de la “influencia de los abogados defensores que exigían someter a *cross-examination* cualquier fuente de prueba” (2019: 296). A partir de ello puede inferirse que *hearsay* comprende a las declaraciones de oídas (y a todas las referenciales en general), pero no se limita a ellas. Su alcance es tan amplio que ha llegado a traspasar los límites de la prueba testimonial, entendida en términos jurídicos, como lo han advertido distintos autores (TARUFFO, 2008: 44; BACHMAIER, 2009: 126; VARELA, 2015: 180).

En este sentido, se han planteado supuestos que encuadrados bajo la noción de *hearsay* exceden el objeto de este trabajo¹⁹. A título ilustrativo, se suele pensar en las grabaciones²⁰ o lecturas de declaraciones prestadas por testigos presenciales que fueron rendidas previo al juicio oral²¹. En estos casos, y con independencia de la forma en que se incorpore o se reproduzca la declaración testimonial, accedemos —aunque por vía oblicua— a información de “primera mano”²². Por el contrario, a través de las declaraciones de oídas accedemos —siempre— a información de “segunda mano”.

2.1.3. Recapitulando

En este punto, conviene señalar que el testigo de oídas y el testigo presencial que ha conocido los hechos por medio de su audición son figuras distintas, discernibles con

¹⁶ Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno de Uruguay, Sentencia N° 132/2019 de fecha 14 de agosto de 2019.

¹⁷ Tal asimilación parece desprenderse de las conclusiones presentadas por TUZET en la conferencia dictada el día 8 de octubre de 2021, en el marco del Máster en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona).

¹⁸ Ni siquiera con la de testigo de referencia, tal como ha sido definido por la doctrina.

¹⁹ Cfr. DAMÁSKA (1992), VELAYOS (1998), HO (2004), VARELA (2015), ALLEN (2016), ROVATTI (2020).

²⁰ Como las discutidas en el caso *Michael D. Crawford v Washington*.

²¹ Sobre el tema, puede verse, entre otros, VARELA (2015) y ROVATTI (2020).

²² Para evitar distorsiones, y coincidiendo con VÁZQUEZ (2022: 277), considero que lo mejor es que se filmen las declaraciones que se prestan previo al juicio oral.

base al tipo de información que vuelcan en el proceso (información de “primera mano” o información de “segunda mano”). A su vez, la *hearsay evidence* del *common-law*, constituye una categoría probatoria que engloba a las declaraciones de oídas, pero que regula otros actos probatorios que no serán analizados en este trabajo.

A partir de ello, estimo conveniente trazar un criterio de distinción que permita identificar en qué casos nos encontramos frente a un testigo de oídas y en cuáles no.

A estos efectos, y tal como he venido anticipando, considero que para identificar a un testigo de oídas es necesaria la concurrencia de dos requisitos que presuponen la comunicación entre —por lo menos— dos personas:

- (I) La existencia de un enlace comunicacional interpuesto entre la persona que presencié los hechos y la que declara en el proceso, con relación al enunciado fáctico que se pretende probar;
- (II) La presencia de un “mensaje auditivo” que derive en un acto de escucha por parte del receptor.

2.2. Mi propuesta conceptual

2.2.1. La existencia de un enlace comunicacional interpuesto entre la persona que presencié los hechos y la que declara en el proceso, con relación al enunciado fáctico que se pretende probar

Con el propósito de discernir el límite que existe entre información de “primera mano” e información de “segunda mano”, debemos atender al enunciado fáctico que se pretende demostrar, conforme a la pretensión que se haya movilizad o en el proceso (HOO LEE, KRAUSS y LIEBERMAN, 2005: 590²³). A raíz de ello se podrá distinguir a los testigos presenciales (que perciben los hechos de manera directa) y a los de referencia en general (en los que se entromete dicho enlace comunicacional²⁴).

Para explicar esta idea, plantearé el siguiente ejemplo. Supongamos que Carlos suscribió un contrato con Livia en el que se estipuló una cláusula de confidencialidad.

²³ Los autores señalan que sería de oídas la declaración de un testigo que testifica que su amiga le dijo ‘Vi a John tomar dinero de la caja registradora durante su descanso’, en el marco de un proceso penal en el que se persigue el delito de hurto. Sin embargo, no sería de oídas su declaración, si se refiriera al idioma en el que se expresa su amiga, en caso de que en un proceso en particular ello resultara relevante (2005: 590).

²⁴ Como se ha visto anteriormente, en ocasiones, se suele confundir al testigo de oídas con el testigo presencial que conoce los hechos por medio de la escucha. Para “enmendar” esta confusión, se han trazado criterios que no resultan útiles, ni tienen sustento empírico. Así, la jurisprudencia uruguaya ha apuntado a la calidad de la persona que ha transmitido la información, considerando si se trata de un interesado principal en la causa o no: “*Tampoco se comparte la categoría de ‘testigo de oídas’ que la defensa pretende adjudicar a los testigos que declararon en el juicio, puesto que los declarantes no dijeron haber oído a una tercera persona... sino que son testigos que narraron lo que personalmente les manifestó el propio acusado*” (Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en Sentencia N° 191/2020 de fecha 9 de julio de 2020).

Posteriormente a ello, Carlos le comentó a Santiago sobre los términos del contrato que ha celebrado con Livia. A partir de este supuesto, se puede considerar que, si la declaración de Santiago versa sobre la violación de la cláusula de confidencialidad convenida, este no será testigo de referencia, sino que será testigo presencial respecto del enunciado fáctico que refiere acerca de la violación del secreto. Por el contrario, si la declaración de Santiago versa sobre el contenido del contrato, en ese caso si será considerado testigo de referencia por aludir a lo allí consignado en virtud de lo que conoce por parte de Carlos. En efecto, Santiago revestirá la calidad o no de testigo presencial, según se haya verificado o no dicho enlace comunicacional, con relación al enunciado fáctico a probar.

Naturalmente, estos testigos pueden ser propuestos para declarar en calidad de “prueba sobre prueba” (HERRERA ABIÁN, 2006: 103). Considerando el criterio que vengo de presentar, estimo que, en algunos casos, aunque el testigo propuesto a tales efectos sea de referencia en relación a los hechos de la causa, no lo será respecto del enunciado mediante el cual se pretenda discutir la fiabilidad de la prueba que ha sido cuestionada. Supongamos que Martín, luego de haber visto la producción de un accidente, le comenta a un amigo los detalles del siniestro. Posteriormente, en el proceso que ha sido llamado a declarar, Martín ofrece una declaración distinta a la que le ha dicho a su amigo. Si su amigo fuera llamado con el propósito de cuestionar su declaración (la del proceso), este no sería testigo de referencia, sino presencial, por declarar en función a lo que conoce de “primera mano” (el relato de Martín).

El criterio propuesto permite comprender aquellos casos en los que un mismo testigo puede ser calificado como de referencia —o precisamente de oídas— respecto de ciertos hechos²⁵, y presencial respecto de otros que ha percibido de manera directa (BUJOSA, 2008: 59). Esta circunstancia ha sido relevada por cierta jurisprudencia²⁶.

El entendimiento de esta distinción es importante: así como es contraproducente desatender las declaraciones presenciales que son consideradas como de oídas, no es cauteloso pasar por alto aquellos testimonios que siendo referenciales —o concretamente de oídas— se incorporan bajo el ropaje de una declaración presencial, porque en tales casos, no indagaríamos acerca de muchas de las variables a las que referiré en el siguiente apartado. En este punto, resultan atendibles las palabras de ALLEN (2016: 1399) al señalar:

²⁵ Corresponde aclarar que como se ha señalado en el plano teórico, hablar de “hechos” no es exacto, en tanto el objeto de la prueba está integrado por enunciados sobre hechos (GASCÓN ABELLÁN, 2010: 76). Sin perjuicio de esta precisión, utilizaré el término “hechos” por razones de practicidad.

²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, en SP991-2021, Radicación N° 54547 (Aprobado Acta No. 70) de fecha 24 de marzo de 2021, al indicar lo siguiente: “*Aunque sus testimonios son de oídas en relación con lo sucedido al menor al interior del establecimiento comercial de propiedad del acusado, con lo cual se está de acuerdo con el recurrente, son testigos directos del estado emocional en que observaron al menor M.T.A y del señalamiento que este les hizo del autor de los tocamientos, cuando llegó junto con los agentes al lugar donde habría ocurrido el insuceso y en él se encontraba el acusado*”.

“una gran proporción de lo que la gente cree saber, y ciertamente de lo que pasa como conocimiento de primera mano en el juicio, es de oídas”²⁷.

2.2.2. La existencia de un “mensaje auditivo” que derive en un acto de escucha por parte del receptor

El criterio antes expuesto permite caracterizar a todos los testigos referenciales. Sin embargo, y conforme a lo que he dicho *ut supra*, considero que testigo de oídas es aquel testigo de referencia que ha tenido que escuchar la información que se le ha transmitido²⁸. La distinción entre el testigo de referencia que escucha (el de oídas), el que lee²⁹ y el que conoce los hechos por medio del lenguaje de señas, tiene especial sentido cuando se trata de hurgar en los problemas epistémicos que aquejan a cada una de sus declaraciones. En el caso del testigo de oídas, nos tendremos que preocupar por su aptitud sensorial para escuchar (entre otros problemas que pasaré a enunciar *infra*), mientras que en el caso del testigo que conoce los hechos en virtud de lo que le transmitieron por medio del lenguaje de señas, nos tendremos que preocupar por conocer si esa persona domina dicha forma de comunicación (extremo al que no referiré expresamente en este trabajo)³⁰.

2.3. Criterios de clasificación

En términos teóricos, es posible distinguir a los testigos de oídas desde dos perspectivas diferentes³¹: (I) según cuál sea el número de interlocutores que participan del enlace comunicacional; y (II) según cuál sea el número de fuentes que intervienen en su proceso de conocimiento.

2.3.1. Testigo de oídas de primer grado y de segundo o sucesivo grado

²⁷ Con énfasis en los desarrollos efectuados en el ámbito de la psicología del testimonio, se ha sostenido lo siguiente: *“los testigos de un hecho suelen hablar con otros testigos, y allí es donde el testimonio también se contamina, pues el relato final de cada uno, tendrá partes propias, más la de los otros, sin poder distinguir fehacientemente, qué percibió realmente, y qué porción ha sido armada con los relatos que escuchó de otros”* (FERRER ARROYO y DIEUZEIDE, 2018: 8).

²⁸ SOBA BRACESCO (2019: 217-218), ha referido a la escucha como un elemento imprescindible en su identificación. El autor define al testigo de oídas como aquel que: *“escucha algo que le comenta alguno de los involucrados (eventualmente, una de las partes o interesados principales del proceso), acerca de un determinado hecho o acontecimiento. Su testimonio se basa en la referencia, en la información derivada u obtenida de otro”*.

²⁹ El testigo que lee puede presentarse ante la dificultad de no comprender —total o parcialmente— la caligrafía del emisor, cuando el mensaje se haya extendido en manuscrito. Por su parte, este testigo corre con una ventaja: mientras el documento se conserve podrá acudir nuevamente a la información que hay en él; mientras que en el caso del testigo de oídas, la mayoría de las veces “las palabras se las lleva el viento”.

³⁰ Desde luego que estas figuras merecen la misma regulación legal. Incluso, es posible que un mismo testigo revista una doble calidad. Las conclusiones que plasmaremos en el tercer capítulo son igualmente extensibles para todos los testimonios de referencia.

³¹ Digo en términos teóricos, puesto que como bien me observó DE PAULA RAMOS en el acto de defensa del Trabajo Final de Máster, en la praxis, resulta muy difícil discernir estas categorías.

Respecto al número de interlocutores que participan del enlace comunicacional, la doctrina procesalista ha señalado que el testigo de oídas puede ser de primer grado o de segundo o sucesivo grado (DEVIS ECHANDÍA, 1987: 76). En el primero de los casos, el testigo declara lo que le dijo otra persona; mientras que, en el segundo de ellos, el testigo relata lo que le dijo alguien que le transmitió lo que a su vez le dijeron.

Cuando nos encontramos frente a un testigo de oídas de primer grado, identificamos únicamente a dos personas (la que presenció los hechos y la que declara acerca de ellos con base a lo que escuchó decir). Por su parte, cuando nos encontramos frente a un testigo de oídas de segundo o sucesivo grado, identificamos la presencia de por lo menos tres personas (la que presenció los hechos, otra u otras que ofician de mensajeros de la información y quien finalmente declara en el proceso).

Cuanto más extensa sea esa cadena comunicacional, mayor será el riesgo de distorsión de la información (HERRERA ABIÁN, 2006: 104; BIRCH & HIRST, 2010: 74). Por este motivo, SOBA BRACESCO (2019: 226) ha sostenido que se podría llegar a producir “*un canal de transmisión de fake news procesales*”³², lo que iría en desmedro de la búsqueda de la verdad (objetivo institucional de todo proceso jurisdiccional). De plano, los testigos de oídas de segundo o ulterior grado, no tendrían la posibilidad de despejar sus dudas —en el momento en que escuchan— con el testigo que dispone de la información “original”³³.

Y aunque si bien he dicho que esta cuestión tiene especial sentido en el plano teórico, en ciertas jurisdicciones, esta distinción ha tenido relevancia en el tratamiento que ha recibido esta clase de prueba. En Colombia, pueden verse sentencias en las que se reconoce únicamente a las declaraciones de oídas de primer grado³⁴. Así, se ha pregonado la necesidad de que “*lo narrado haya sido escuchado por el testigo directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos (de primer grado), lo cual excluye el relato deformado por un número superior de transmisiones*”³⁵⁻³⁶.

2.3.2. “Receptor simple” y “receptor complejo”

Con relación al número de fuentes que intervienen en el proceso de conocimiento del testigo de oídas, podemos pensar en aquel que conoció la información con base a lo

³² Aunque comprendo el sentido, no comparto con el autor el uso de la expresión “fake news procesales”. De ella parece desprenderse la ya derrotada distinción entre “verdad formal” y “verdad material”.

³³ Esta realidad no solo se circunscribe al ámbito jurídico; podemos pensar en la forma en que conocemos los hechos históricos relativos a tradiciones donde no existía la escritura, sino la transmisión oral.

³⁴ Por su parte, el sistema procesal civil inglés “*permite el uso de testimonios de oídas de segunda mano cuando la declaración esté contenida en una grabación*” (cfr. TARUFFO, 2008: 45).

³⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, SP 16258—2018 de fecha 11 de diciembre de 2018.

³⁶ No coincido con la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Nada impide que, pese a los obstáculos epistémicos que se pueden presentar en una cadena comunicacional, sea posible arribar a una correcta trazabilidad de la información.

que le dijo una única persona (“receptor simple”), y a aquel que conoció la información en función de lo que le dijeron varias personas (“receptor complejo”). El “receptor complejo” se enfrenta a la siguiente disyuntiva: tiene más dificultad para procesar la información (por su volumen), pero bien procesada, su declaración podría tener más fiabilidad por la pluralidad de fuentes de las que se sirve.

Naturalmente, estas categorías pueden yuxtaponerse a las anteriormente presentadas, extremo que repercute en el rango de problemas que podrían llegar a suscitarse. De acuerdo a ello, se puede pensar en: (I) aquel testigo de oídas que escuchó a dos o más personas que presenciaron los hechos en forma directa; (II) aquel testigo de oídas que escuchó a una o más personas que presenciaron los hechos en forma directa, y a otra u otras personas que conocieron los hechos con base a lo que a su vez le dijeron; y (III) aquel testigo de oídas que escuchó a dos o más personas que conocieron los hechos con base a lo que le dijeron otras personas.

2.3.3. Las nociones de “fuente especificada” y “fuente no especificada” propuestas por TUZET

Las categorías que vengo de presentar, se conectan con las nociones de “fuente especificada” y “fuente no especificada” propuestas por TUZET (2019: 3). El autor traza esta distinción atendiendo a la circunstancia de si el testigo puede precisar el origen de la información que se le ha transmitido, o si, por el contrario, afirma conocer los hechos en función de lo que “dice la gente”. La distinción no es baladí; en ciertas jurisdicciones, por imperio de las normas legales (art. 166.2 del Código del Proceso Penal de Perú³⁷, art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español) o de los criterios jurisprudenciales que se han formulado sobre el tema (por ejemplo, en Colombia³⁸), se requiere que el testigo mencione la fuente de la información (es decir, especifique los datos de la persona que le ha transmitido la misma)³⁹⁻⁴⁰. Algunos ordenamientos requieren de este dato para obtener

³⁷ La norma establece: “*Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales obtuvo la información... Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado*”.

³⁸ La Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Penal), ha requerido que el testigo de oídas “*señale con precisión cuál fue la fuente de su conocimiento*” (cfr. SP 16258—2018 de fecha 11 de diciembre de 2018).

³⁹ La misma solución podría desprenderse de las normas en las que se exige que el testigo se pronuncie sobre las razones de sus dichos (núm. 2 del art. 161 del Código General del Proceso Uruguayo, art. 384 del Código de Procedimiento Civil Chileno).

⁴⁰ Una búsqueda por la jurisprudencia latinoamericana, permite dar cuenta que se ha ofrecido la declaración testimonial de personas que basaron su relato en “rumores de vecindario”, o en lo que le dijeron en el “barrio”. En el primero de los supuestos, puede verse el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Córdoba —Argentina—, en Sentencia N° 1/2019 de fecha 18 de febrero de 2019. Allí se da cuenta que, en el caso, se pretendió acreditar el nivel de solvencia económica de una de las partes, atendiendo a los murmullos del vecindario. En el segundo de los supuestos, puede verse el pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4° Turno de Uruguay, en Sentencia N° 361/2019 de fecha 5 de diciembre de 2019. Allí puede verse que, en el marco de una rueda de reconocimiento (practicada de forma defectuosa), se solicitó a sus componentes que digan su nombre en

la declaración (en el proceso) de quien ha percibido los hechos de manera directa (lo que parece procurar el sistema peruano y el italiano)⁴¹.

La identificación del emisor es relevante para realizar ciertos controles que se medirán en el plano de la valoración probatoria (a partir de la identificación del emisor, podría develarse que el nexo que mantiene con el receptor pudo haber dificultado el curso de la información). Sin embargo, y retomando la distinción propuesta por TUZET, me formulo las siguientes interrogantes: en aquellos casos en los que nos encontramos frente a una cadena comunicacional, ¿cuándo estamos ante un supuesto de “fuente especificada” o de “fuente no especificada”? Es decir, ¿cuándo abandonamos el límite entre “me lo dijo X” y “lo dice la gente”?, ¿deberíamos requerir que el testigo mencione a cada uno de los sujetos que han intervenido en esa cadena comunicacional?

3. UNA APROXIMACIÓN HACIA LOS PROBLEMAS EPISTÉMICOS Y NORMATIVOS ASOCIADOS A LOS TESTIMONIOS DE OÍDAS

3.1. Consideraciones generales

La doctrina ha enunciado una serie de objeciones a este tipo de pruebas: se duplican los errores de memoria (NIEVA FENOLL, 2010: 279; PARRA QUIJANO, 2010: 31); el jurado es incompetente para evaluar la declaración (cfr. HO, 2008: 232-235); se viola la *confrontation clause* al no practicarse la *cross-examination*; se quebranta el principio de contradicción (BUJOSA, 2008: 62); se prescinde del juramento de quien transmite la información (cfr. BACHMAIER, 2019: 292); se vulnera el principio de intermediación (HERRERA ABIÁN, 2006: 107; MARTÍNEZ MÉNDEZ, 2017: 62); se atenta contra la publicidad (BUJOSA, 2008: 62); y se transgrede el principio de “originalidad probatoria” (PARRA QUIJANO, 2010: 31). En este listado parecen entroncarse cuestiones de corte epistémico y de orden normativo⁴².

Parte de los problemas epistémicos se evidencian en el ámbito de la psicología del testimonio⁴³. En la actualidad, son diversos los estudios en los que se advierten las debilidades de la prueba testimonial en general, como consecuencia de las limitaciones de la memoria humana⁴⁴. Desde esta perspectiva, los testigos de oídas revisten una doble

voz alta. A partir de ello, la testigo procedió a su identificación, declarando “*que en el barrio le dijeron el nombre de quien había sido el presunto autor*”.

⁴¹ Cfr. TARUFFO, 2008: 43.

⁴² Cierta jurisprudencia ha estimado que los testigos de oídas no deben ser llamados como tal. En este sentido, se ha dicho: “*Testigos, son las personas que han visto, oído o percibido de algún modo los hechos de que se les interroga. El testigo indirecto, que no puede aportar más que un vago rumor o una frágil opinión, no es digno de tal nombre*” (Cámara de Apelación del Trabajo Sala 1 de Salta, Argentina, Sentencia N° 6575/2010 de fecha 9 de octubre de 2010).

⁴³ Desde luego que un abordaje profundo y multidisciplinario sobre el tema podría involucrar el aporte de juristas, psicólogos del testimonio, lingüistas, entre otros especialistas. En este trabajo, pretenderé presentar una primera aproximación acerca del tema.

⁴⁴ Cfr. CONTRERAS ROJAS, 2015; MANZANERO, 2018; MAZZONI, 2019; DE PAULA RAMOS, 2019; NIEVA FENOLL, 2020

complejidad; no solo nos encontraremos con los factores que repercuten en la memoria de quien transmite la información en el terreno extraprocésal, sino que también nos enfrentaremos a un buen número de variables que inciden en la memoria narrativa de quien declara en el proceso.

A su vez, los hechos son interpretados por quien los percibe. Como señala GONZÁLEZ LAGIER (2018: 5-6), este proceso tiene que ver con “*la cultura, conocimientos, recuerdos, etc.*”, de modo que “*si la interpretación de un hecho depende de la información previa que podamos tener, entonces no escapa a cierta subjetividad*”. Ciertamente, la interpretación que realiza el testigo de oídas no escapa a su propia subjetividad (asociada a aspectos que hacen a su entorno cultural, a su estado psico-emocional, etc.)⁴⁵, con la particularidad de que este proceso se formula —siempre y necesariamente— a partir de los enunciados que componen el mensaje que escuchó⁴⁶. A ello se le agregan los problemas que afectan al lenguaje en sí mismo⁴⁷.

De acuerdo a como se comporten estas variables, podrían presentarse los siguientes escenarios (generales), asociados al concepto de verdad⁴⁸:

Lo que dice el emisor es	Lo que replica el receptor es
Verdadero	Verdadero
Verdadero	Falso
Falso	Falso
Falso	Verdadero

⁴⁵ Por ejemplo, si el receptor no comparte la misma cultura que el emisor, puede que esa información no sea correctamente decodificada.

⁴⁶ “*En lo que respecta a las dificultades en la comprensión del discurso formulado por el testigo, se debe tener presente que un deficiente procesamiento de la información, por parte del receptor del mensaje, incidirá en la escasa calidad epistémica de la declaración realizada*” (COLOMA, PINO, MONTECINOS, 2009: 321).

⁴⁷ Los problemas de interpretación también se presentan cuando el testimonio (por ejemplo, de un testigo presencial) es prestado con la intervención de un traductor, en virtud de que el testigo no habla el idioma oficial del país en el que se desarrolla el proceso. Desde luego que las partes podrán disponer de auxiliares que puedan realizar controles acerca de la forma en la que se practica la traducción. Sin embargo, y al menos en países como Uruguay, esta posibilidad se ve truncada cuando se trata de idiomas para los cuales no está prevista la carrera de traductor, y son muy pocas las personas que lo dominan. Piénsese, por ejemplo, en el ruso, el griego, el polaco, etc.

⁴⁸ Corresponde aclarar que no todo el contenido de la declaración tiene por qué ser verdadero o falso.

La distinción entre verdad y falsedad es entendida en términos correspondentistas, como han sostenido algunos autores en el campo del razonamiento probatorio (FERRER BELTRÁN, 2007; TARUFFO, 2008; ACCATINO: 2019). En el primero de los escenarios existirá un buen flujo de la información; en el segundo incidirán variables que adulterarán el contenido del mensaje emitido; en el tercero se reeditará una información incorrecta⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹; y en el cuarto se arribará a una interpretación divergente que, accidentalmente, o no, se corresponderá con la realidad⁵². Por tanto, no todas las declaraciones de oídas conspiran en contra de la búsqueda de la verdad.

Por su parte, la doctrina ha reparado en una serie de problemas de corte “normativo”, que se formulan en nombre de los principios que informan al derecho procesal⁵³. Tal como se verá, muchas de esas ideas deberían ser repensadas.

3.2.2. Los problemas de corte epistémico

Intentando relevar los problemas que aquejan a todos los testimonios de referencia (en general), VELAYOS (1998: 144) propuso el siguiente esquema de análisis: (I) entre el evento “X” y la persona que transmite la información, pueden existir deficiencias derivadas de su percepción y de su memoria; (II) entre la persona que transmite la información y su declaración “out-of-court”, pueden existir deficiencias derivadas de su narración y de su “sinceridad”; (III) entre la declaración “out-of-court” y la persona que declara en el proceso, pueden existir deficiencias derivadas del entendimiento de la información y de su memoria; y (IV) entre la persona que declara en el proceso y su testimonio “in court”, pueden existir deficiencias derivadas de su narración y de su “sinceridad”⁵⁴. Sin embargo, este esquema no comprende las diversas variables que se pueden presentar, ni tampoco explica el alcance de ciertas nociones como la de “sinceridad” (esto es, si lo asocia a la realidad o a lo que el testigo sabe o cree saber).

A mi entender, es posible relevar problemas que recaen en el emisor, en el receptor, en el contenido del mensaje, en el nexo que vincula a los partícipes de la comunicación, y en el entorno en el que se desarrolla el acto de escucha⁵⁵. Respecto del

⁴⁹ La falsedad del mensaje puede derivar de las mentiras y de los “errores sinceros” que pueden aparecer en el relato que efectúe el emisor (en el terreno extraprocesal), como consecuencia de los factores de codificación y retención que repercuten en su memoria (DE PAULA RAMOS, 2019: 84-87).

⁵⁰ Véase que en estos supuestos la fuente original se encuentra contaminada. Por tanto, aun disponiéndose de la declaración del testigo presencial, la información que llega al proceso será falsa.

⁵¹ Si lo que dice el receptor es falso y eso deriva de la falsedad del emisor, entonces lo que dice el testigo de oídas es: falso en relación con el hecho a probar, pero verdadero en relación con lo escuchado. Esta distinción puede llegar a ser relevante en términos de responsabilidad penal por el delito de falso testimonio.

⁵² Ello puede resultar de la forma en la que se haya interpretado el mensaje, bajo la lupa de otras fuentes de conocimiento (información post-suceso).

⁵³ No es mi propósito definir el término “principio”. Lo utilizaré en la medida en que haya sido referido por los autores que he consultado. Tales principios se encontrarían justificados en razones epistémicas.

⁵⁴ Hago uso de las expresiones “out-of-court” e “in court”, en función de la terminología utilizada por la autora.

⁵⁵ Todos estos problemas están relacionados entre sí.

emisor, es posible pensar en los errores de percepción e interpretación de los hechos, en el debilitamiento de sus huellas de memoria como consecuencia de los factores que inciden en su retención, en su actitud para transmitir la información⁵⁶, en su capacidad de transmisión (proyección de la voz, modulación de las palabras), en la falta de conocimientos previos acerca del receptor, entre otros. Respecto del receptor, es posible pensar en sus limitaciones para escuchar, en la falta de recursos atencionales, en la ausencia de predisposición para oír⁵⁷, en el debilitamiento de las huellas de su memoria (factores de retención), en la falta de conocimientos previos que le permitan comprender el mensaje⁵⁸, en los errores de interpretación que realice acerca de los enunciados que componen el mensaje, entre otros. Respecto del mensaje, es posible pensar en la completitud o no de la información, así como en la malformación de los enunciados que lo componen. Respecto al nexo que vincula a los partícipes de la comunicación, es posible pensar en las diferencias culturales, étnicas, geográficas o generacionales que pueden incidir en la decodificación del mensaje. Respecto al entorno, es posible pensar en la contaminación sonora y su repercusión en los recursos atencionales (para transmitir y escuchar), así como en la capacidad para oír. Sobre algunos de ellos referiré seguidamente.

Emisor y receptor deben compartir un mismo código lingüístico que permita el desarrollo de la comunicación. Y en este sentido, es relevante conocer la forma en la que se construye la declaración (extraprocesal) del emisor: *“es importante precisar que la manera en que nosotros narremos nuestras experiencias, puede no resultar apta para comunicar aquello que sería lo más relevante de un episodio, desde la perspectiva del auditorio al cual nos dirigimos. Ello, puede ser la resultante de una mala identificación del significado atribuible a ciertas conductas por parte del emisor, del deficiente dominio del agente de las reglas del lenguaje, o incluso de problemas que afectan al lenguaje mismo”* (COLOMA, PINO, MONTECINOS, 2009: 321). Ello repercutirá en el proceso de interpretación que realice el testigo, puesto que como he señalado, dicho proceso se formula con base al contenido del mensaje emitido.

Por su parte, se ha hecho referencia a los aspectos que afloran en el ámbito de la comunicación (los que se relacionan con las variables relevadas por la psicología experimental). STEWART (1970: 19-21), tras el análisis del funcionamiento de la memoria, aludió a tres factores que distorsionan la transmisión verbal: la nivelación, la agudización

⁵⁶ PARRA QUIJANO (2010: 29), refiere a que la actitud para narrar puede variar si la declaración se desarrolla en el ámbito procesal o en el ámbito extraprocesal.

⁵⁷ *“Una cosa es la disposición o actitud de escuchar en una audiencia judicial y otra, muy distinta, la del testigo que asiste a la narración espontánea y desprevenida que hace otro testigo”* (PARRA QUIJANO, 2010: 29).

⁵⁸ Al respecto, DE PAULA RAMOS (2019: 78) ha sostenido: *“un testimonio prestado por alguien que tiene conocimiento (en cualquier sentido) puede no ser eficaz al punto de generar conocimiento en el interlocutor. Un ejemplo fácil y sencillo se da cuando alguien ofrece un testimonio, pero el interlocutor simplemente no tiene conocimientos suficientes para entender lo que se le ha dicho. Aunque el testigo tenga conocimiento, ello no será suficiente para que este pase al interlocutor”*.

y la asimilación. La nivelación supone la eliminación de detalles para que el relato sea más fácil de transmitir. La agudización, relacionada con el proceso de nivelación, supone la focalización en ciertos detalles, con prescindencia de otros. La asimilación, describe “*el proceso por el cual la memoria suelta, invierte, importa y falsifica detalles como resultado del contexto emocional que existe en la mente de quien escucha*” (1970: 21).

A su vez, el emisor puede omitir detalles en la construcción de su discurso. Ello puede derivar de la “falta de un lenguaje adecuado” para su expresión (piénsese en la producción de eventos que escapan a su familiaridad), o por el influjo de estados mentales como el pudor, que inhiben la referencia a ciertos temas como los concernientes al ámbito sexual (cfr. MANZANERO, 2018: 28-29). Todos estos aspectos confluyen en el entendimiento al que arriba el testigo de oídas, puesto que, en gran medida, el procesamiento del mensaje depende de cuán voluminosa sea la información.

Asimismo, y al margen de la subjetividad del receptor, la correcta decodificación del mensaje depende —en buena medida— del nexo que mantengan los partícipes de la comunicación, ya que “*la construcción del mensaje siempre está atada al conocimiento previo que se tiene del receptor*” (FAJARDO URIBE, 2009: 125). Las diferencias culturales, étnicas, geográficas (FAJARDO URIBE, 2009: 126), generacionales, entre otras⁵⁹, pueden derivar en el uso de expresiones que comprometan el correcto entendimiento de quien recibe el relato⁶⁰. Puede suceder que, a partir de un mismo enunciado lingüístico, dos personas interpreten cosas diferentes⁶¹. Asimismo, y como hemos dicho anteriormente, hay cuestiones que hacen a nuestro lenguaje, como los “*peligros que encierra la ambigüedad*” (VARELA, citando a CHOO, 2015: 194).

Con independencia del mensaje emitido, es indispensable que el receptor disponga de actitudes sensoriales para escuchar⁶². Como señala DOSI (2016: 15), el conocimiento de “segunda mano” penetra a través de los sentidos, por lo que quien recibe la información vive “*una experiencia cognoscitiva*”, sin perjuicio de que el testigo presencial vivencia una experiencia “completa”, y el de oídas concentra la información por medio de su audición. En este contexto, es posible afirmar que muchos de los errores que se entrometen en el flujo de la información, brotan en la capacidad auditiva de quien recibe el mensaje. Los psicólogos del testimonio han dado cuenta de lo importante que es reparar

⁵⁹ Posiblemente un médico no utilice las mismas palabras cuando se dirija a una persona ajena a su área de especialización, que cuando se refiera a alguien que dispone de sus mismas credenciales.

⁶⁰ Tales aspectos se agudizan cuando el idioma en el que circula la información no es el nativo del emisor o del receptor.

⁶¹ En este escenario, la jurisprudencia ha sostenido que el testigo de oídas basa su declaración en la interpretación que hace acerca de los hechos expuestos por personas que no participan en el proceso (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 1a Sala Penal Transitoria, Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017, R.N. N° 3022-2016).

⁶² Desde luego que el receptor deberá estar dispuesto a escuchar, puesto que como señala FAJARDO URIBE (2009: 133), “*De nada vale enviar un mensaje si la disposición del receptor es negativa*”.

en los factores asociados a la percepción auditiva (como se ha hecho con la visual⁶³), considerando aspectos como la relación entre la edad y el deterioro del oído, la intensidad y la frecuencia de los sonidos, las claves monoaurales y binaurales, la relación entre las condiciones visuales y los principios de agrupamiento auditivo, la semejanza de timbres, entre otras variables de interés (cfr. MANZANERO, 2018: 28-29). Siendo que el conocimiento de estos testigos se internaliza a través de su oído, parece lógico conocer cuáles son sus facultades para escuchar. Las deficiencias que se releven en este plano pueden derivar en que el testigo haya escuchado mal o que ni siquiera haya escuchado la información que dice saber. Sin ahondar en tecnicismos, parece relevante conocer aspectos como si el testigo tiene reducida su audición, y en tal caso, en qué grado; si su limitación alcanza a uno o ambos oídos, y consecuentemente, cuál es el oído deteriorado⁶⁴; o si el testigo dispone de algún dispositivo a través del cual pretenda compensar sus limitaciones naturales, y en tal caso, cuál es su grado de fiabilidad y adaptación en él.

En la misma línea, los psicólogos del testimonio se han preocupado por el entorno ambiental en el que se desarrolla la percepción de los hechos. Así como las condiciones de luminosidad impactan en la percepción visual (cfr. MANZANERO y DIGES, 1995: 3), el sonido ambiente puede alterar nuestra capacidad para escuchar e intervenir en nuestros recursos atencionales⁶⁵⁻⁶⁶. De la misma forma es relevante conocer el canal por medio del cual ha discurrido la información; si la comunicación se ha desarrollado a través de dispositivos electrónicos (por ejemplo, una llamada de WhatsApp), la pérdida de conectividad puede distorsionar el “pasaje de esa información”. En efecto, y como diré con posterioridad, estos aspectos deberán ser contemplados a la hora de evaluar el testimonio de manera individual.

En definitiva, son diversos los aspectos que inciden en el flujo de la comunicación. Estos problemas pueden replicarse cuando estamos frente a un testigo de oídas de segundo o ulterior grado, ya que tales problemas se pueden visualizar en los distintos eslabones que componen una misma cadena comunicacional.

⁶³ “Al igual que sería conveniente evaluar los problemas visuales de los testigos, su capacidad auditiva no será menos importante si de lo que se trata es de pedirle que nos reproduzca una conversación o nos detalle la presencia de cualquier sonido” (MANZANERO, 2018: 28).

⁶⁴ En este punto, puede resultar interesante conocer si el mensaje se ha dirigido a un oído en particular, y en tal caso a cuál.

⁶⁵ Para visualizar este aspecto, se puede pensar en el siguiente ejemplo. Imaginemos que la comunicación se desarrolla en el marco de un vuelo con destino a Girona; la circunstancia de que el oyente tenga sus oídos tapados, los bullicios de los pasajeros, el ir y venir del personal de la aerolínea, así como los ruidos del motor del avión, pueden perjudicar el buen flujo de la información emitida. También es relevante conocer la distancia que separaba a los partícipes de la comunicación.

⁶⁶ Durante la pandemia producida por el Covid-19, el uso de tapabocas pudo obstaculizar la captación de los sonidos. A su vez, algunas veces cuando no logramos escuchar correctamente nos servimos de la lectura de los movimientos de la boca para intentar captar correctamente el mensaje, apoyándonos en la vista.

3.3. Algunas reflexiones sobre los problemas “normativos” asociados a los testigos de oídas

La doctrina ha objetado este tipo de declaraciones, señalando, especialmente, que las mismas vulneran la aplicación de ciertos principios que informan al derecho procesal. Sin embargo, y como he anticipado, muchas de estas objeciones merecen ser revisadas.

3.3.1. Los reparos efectuados en nombre de la *confrontation clause*

En el derecho anglosajón, se han objetado este tipo de declaraciones a la luz de la *confrontation clause*⁶⁷ (cfr. BACHMAIER: 2019; ROVATTI: 2020). También se ha aludido a otras cuestiones como la incompetencia del jurado para evaluar las declaraciones de oídas, y la imposibilidad de garantizar la declaración por medio del juramento a decir la verdad⁶⁸. Pese a ello, se ha insistido en la imposibilidad de interrogar al testigo de cargo, conforme a lo previsto en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. La doctrina ha estimado que el derecho de confrontación tiene una doble dimensión; se justifica en razones de orden “instrumental-epistémico”, lo que se sintetiza en la posibilidad de contrainterrogar a los testigos, y en cuestiones morales, “*como el hecho de que sería innoble o cobarde que el testigo de la acusación actuara sin ‘dar la cara’, sin enfrentarse directamente al acusado y a la comunidad*” (BACHMAIER, 2019: 294). Esta última mirada excede el objeto de este trabajo.

WIGMORE sostuvo que: “*El contrainterrogatorio es el motor legal más grande jamás inventado para el descubrimiento de la verdad*”⁶⁹⁻⁷⁰. Sin embargo, esta idea parece haber sido superada como consecuencia de los desarrollos que se han formulado en el ámbito de la psicología experimental. No solo se ha descubierto que no existe manera alguna de que se pueda detectar la mentira (MANZANERO, 2018: 83), sino que también se ha señalado que la formulación de preguntas tendenciosas —sugestivas— altera la memoria del testigo (DE PAULA RAMOS, 2019: 160). Por mi parte, entiendo que el interrogatorio al testigo de oídas no es para nada desechable. A partir de él es posible develar muchos de los problemas epistémicos a los que he referido con antelación. Piénsese, por ejemplo, que la consulta al contexto en el que se produjo el acto de escucha,

⁶⁷ Conceptualmente, esta noción difiere de lo que se conoce como principio de inmediación: “*la principal diferencia radica en que la inmediación se refiere primordialmente a una relación entre el órgano juzgador y las pruebas, mientras que la confrontation exige una relación entre la defensa (el acusado) y un determinado tipo de prueba: enfrentarse directamente al testigo para poder contra-interrogarle. A pesar de esa diferencia conceptual, en la práctica la confrontation presupone la inmediación, pues tendrá lugar en el juicio oral, esto es, ante el órgano juzgador —ya sea juez o jurado—.*” (BACHMAIER, 2019: 301-302).

⁶⁸ En el ámbito del razonamiento probatorio, se ha demostrado que el juramento no constituye un mecanismo para garantizar la veracidad del testimonio (DE PAULA RAMOS, 2019: 155-158).

⁶⁹ A ella refirió TUZET en la conferencia dictada el día 8 de octubre de 2021, en el marco del Máster en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona).

⁷⁰ Ello está asociado a técnicas de litigación oral que suelen alterar la información que se vierte en el proceso.

puede aportar una serie de insumos susceptibles de ser contemplados en la etapa de valoración.

3.3.2. Los reparos efectuados en nombre de los principios de inmediación, contradicción, publicidad y “originalidad probatoria”

En los sistemas de tradición continental-europea, los reparos a este tipo de pruebas se han hecho en nombre de los principios de inmediación, contradicción, publicidad y “originalidad probatoria”. Con relación al principio de inmediación, hay consenso en que este requiere *“el contacto inmediato y directo del tribunal con las partes y con la prueba”* (COUTURE, 2013: 413). Sin embargo, hay desencuentros en lo que respecta al alcance de su funcionalidad. Tanto en el ámbito de la doctrina como fuera de él (entre abogados y los propios magistrados), se suele creer que los jueces deben tener contacto con el testigo para valorar “factores no verbales”, a saber: sus expresiones faciales, sus gestos, la forma de hablar, el grado de confianza, el nerviosismo, su ansiedad, su postura, la repetición de palabras, la sudoración, las muletillas, silencios y pausas (cfr. DE PAULA RAMOS, 2019: 59).

Puntualmente, y en lo que respecta a los testigos de oídas, se ha entendido que como el juez no desarrolla un contacto directo e inmediato con la persona que ha percibido los hechos de manera directa, no pueden contemplarse las variables que vengo de mencionar. Esta idea se refleja en el siguiente pasaje: *“cuando en el juicio oral declara una persona que sustituye a quien realmente es testigo de los hechos, se produce una afectación de la inmediación judicial: el juzgador no apreciará directamente al testigo directo, sino a una persona que conoce el hecho de manera sólo indirecta... Si se le impide al tribunal la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de la credibilidad del que ha relatado los hechos, queda sin duda afectada la inmediación”* (BUJOSA, 2008: 61). Las mismas conclusiones fueron expuestas por MARTÍNEZ MÉNDEZ (2017: 62), quien refiere a la imposibilidad de observar el comportamiento que desarrolla el deponente.

Antes de desmitificar esta construcción, corresponde formular una primera precisión: ¿qué pruebas requieren de la inmediación? A mi juicio, estimo que este principio exige un contacto directo e inmediato entre el juez y las pruebas que se han acercado al proceso: si el juez se encuentra presente en la audiencia en la que declara el testigo de oídas no habrá tal afectación. Por el contrario, parecería que estos autores exigen la presencia de una inmediación “retroactiva”, que supone el contacto directo e inmediato entre el juez y la fuente primaria de la información. Si ello fuera así, la inmediación se vería constantemente vulnerada, como cuando se agrega el testimonio de un asiento registral o un documento (“electrónico”) que materializa signos cifrados.

Hecha esta aclaración, vale decir que el contacto directo e inmediato entre el juez y el testigo está rodeada de ciertos mitos que hoy, con un alto grado de refutación

empírica, no resisten el menor análisis: *“la idea de que el juez pueda valorar a un testigo con base en el tono de su voz, el nerviosismo, la forma de mover la cabeza o incluso en contradicciones en las que este caiga es simplemente falsa, ya que ninguna de estas indicaciones es señal segura de mentira. Además, a este respecto, como también se ha señalado, se puede afirmar que tampoco los años de experiencia de un juez aumentan de forma significativa su capacidad de detectar mentiras”* (DE PAULA RAMOS, 2019: 164). En la misma línea puede verse ANDRÉS IBÁÑEZ (2003), FERRER BELTRÁN (2017) e IRISARRI (2021).

También, se ha dicho que: *“el principio de contradicción sufre una limitación clara, pues las partes no van a poder interrogar o hacer interrogar a la persona de la que procede la información de los hechos, sino sólo a quien indirectamente ha conocido de ellos”* (BUJOSA, 2008: 62). De la cita se desprende que: (I) se trivializa el interrogatorio del testigo de oídas, lo que no parece razonable, ya que como se ha visto, a través de su interrogatorio es posible explorar sobre muchas de las variables que he presentado con antelación, y (II) se omite considerar que la contradicción no se agota en la posibilidad de interrogar a los testigos, sino que existen otros mecanismos que cumplen la función de contradecir, como la posibilidad de ofrecer “prueba sobre prueba” (cfr. FERRER BELTRÁN, 2007: 88).

Concomitantemente, se ha sostenido que: *“la persona de la que procede la información no ha comparecido en ese espacio público en el que se desarrolla esta actividad tridimensional que es el proceso”* (BUJOSA, 2008: 62), por lo que se vulneraría el principio de publicidad. Sin embargo, conviene preguntarse: ¿qué es lo que se busca a través de ella? COUTURE (1997: 192) ha dicho que la publicidad, *“constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores”*. Si el fundamento de este principio radica en controlar la actividad jurisdiccional, resulta indiferente que el testigo presencial participe o no participe del proceso (en la medida en que se desarrollará de igual manera)⁷¹.

Finalmente, se ha sostenido lo siguiente: *“Uno de los principios del derecho probatorio es el de originalidad, de manera, que el testigo de oídas contradice este principio, pues el juez no va a lograr la representación de los hechos, valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otro que oyó a éste referirlos. Si nos valiéramos de un ejemplo para significar la representación que se logra de los hechos, a través del testimonio, podríamos decir que el juez conoce los hechos mirándolos en una especie de espejo (el testimonio), pero si no se trata del testigo presencial, el juez va a*

⁷¹ La objeción podría llegar a justificarse en el hecho de que la contraparte tiene derecho a conocer las pruebas propuestas por la parte contraria (“publicidad interna”), y que, en tales supuestos, no se conocería cuál es la fuente primaria de la información. Sin embargo, sí se conocerá (en el sentido de acceder a los datos que se deben aportar para su proposición) a la persona que declarará (el testigo de oídas), y sí se podrá develar la identidad del sujeto que ha emitido la información, en el curso de su interrogatorio (práctica probatoria).

mirar los hechos a través de un espejo, que refleja otro espejo que sí contiene representados los hechos” (PARRA QUIJANO, 2010: 31). Al margen de que de la cita parece desprenderse una concepción antigua acerca del funcionamiento de la memoria (la psicología del testimonio ha demostrado que la misma no funciona como un archivero de fotografías), el mentado principio parece gravitar en torno a la distinción canónica entre prueba directa y prueba indirecta, la que ha sido fuertemente criticada por GASCÓN ABELLÁN, en el entendido de que todas las pruebas están sometidas a un juicio de raciocinio: *“desde el punto de vista de la estructura del procedimiento probatorio, no hay diferencias sustanciales entre las llamadas pruebas directas y las indirectas”* (2010: 89). En efecto, ninguna de estas críticas parece ser suficiente como para desechar —sin más— las declaraciones de oídas.

4. ¿Y AHORA QUÉ?

Relevados estos problemas, conviene preguntarse si los testimonios de oídas tienen algún tipo de utilidad. Y la respuesta es clara: sí.

ANDERSON, SCHUM y TWINING (2015: 101) han señalado con acierto que los testimonios prestados por este tipo de testigos pueden contribuir al desarrollo de la indagatoria preliminar en el orden procesal penal. Incluso esta circunstancia ha sido promovida por sistemas como el italiano, en el que se ha impulsado a que las personas que conocen la comisión de delitos con base a rumores, lo hagan saber a las autoridades correspondientes⁷². A partir de su declaración, es posible buscar y encontrar otras piezas del “puzzle”, que justifiquen, por ejemplo, la apertura al juicio oral. Lo mismo sucede con la búsqueda que emprenden los abogados civilistas previo a la promoción de la demanda que pretenden instaurar.

Ahora bien, pese a ello es necesario detenerse en los momentos de la actividad probatoria, para evaluar en cuál de los estadios procesales es posible gravitar los problemas que he mencionado con antelación. Tal como lo anticipé, estimo que estas pruebas deben ser admitidas, para luego ser valoradas.

4.1. Desembarcando en la etapa de composición del acervo probatorio

4.1.1. ¿Admisibilidad o exclusión?

He mencionado que ciertos ordenamientos jurídicos instituyen reglas de exclusión para inadmitir —en términos generales— las declaraciones de oídas (por ejemplo, la Regla 802 de las Federal Rules of Evidence de los Estados Unidos y el art. 804 de las

⁷² Cfr. MAZZONI, en conferencia titulada “El testimonio como medio de prueba, entre la psicología y el derecho”, presentada el día 25 de mayo de 2022, en la 1st Michele Taruffo Girona Evidence Week.

Reglas de Evidencia de Puerto Rico)⁷³. Sin embargo, me pregunto: ¿en qué se fundamentan estas reglas? Generalmente, se ha referido a la incompetencia de los jurados para valorar este tipo de declaraciones. No obstante, esta objeción, de contenido paternalista, no resulta adecuada para justificar la exclusión de este tipo de pruebas, por dos razones: (I) los estudios empíricos que se han realizado no resultan concluyentes (HO, 2008: 234); y (II) tal fundamento no permite trazar conclusiones de manera general, puesto que estas declaraciones suelen ofrecerse —también— en procesos en los que no intervienen jurados (de hecho, en Uruguay no hay juicios por jurado).

También se ha dicho que este tipo de declaraciones son de baja calidad epistémica. No obstante, ¿ello es suficiente como para prescindir del criterio general de admisibilidad? (el de relevancia). Si ello fuera realmente así, ¿qué sentido tienen los supuestos excepcionales de admisión que se regulan en Estados Unidos o en Puerto Rico? En este punto, no encuentro una respuesta que permita dar cuenta de por qué se admite y se valora en algunos casos, y se excluye y no se valora en otros. Si se profundiza en la cuestión, cuando quedamos encartados en algún supuesto excepcional, los problemas que explicarían la exclusión general, no desaparecerían por arte de magia, sino que seguirían estando presentes. En este sentido, creo que es posible admitir estas pruebas, y tomar cautelas en otro estadio procesal (el de la valoración probatoria).

Desde luego que sería posible excluir la declaración de aquel “testigo” que presentado como de oídas ya era sordo al momento en que se produjo el acto de escucha (DE PAULA RAMOS, 2019: 147), o aquel “testigo” que, a partir de la identificación del emisor, se puede concluir que ha resultado imposible la comunicación entre emisor y receptor. Sin embargo, en estos casos estaríamos frente a genuinas “no-pruebas” de oídas, al margen de que al momento en que se verifica la etapa de admisión, no siempre tenemos información acerca de tales aspectos.

A partir de estas reflexiones, estimo que no parece razonable prescindir de estas pruebas, cuando en los hechos pueden resultar relevantes. Para reflexionar acerca del punto, es posible pensar en los siguientes supuestos.

Imaginemos que Juan organiza un encuentro con sus amigos en el piso que acaba de estrenar. Sus vecinos, que tienen que madrugar, se aproximan para pedirle que baje la música. Ello desanima a los invitados, quienes piensan en retirarse. Frustrado por la situación, Juan les dice a sus amigos que se vengará. Acto seguido, se retira de su departamento. Al cabo de veinte minutos regresa con varias pertenencias de sus vecinos, entre ellos sus documentos de identidad. Sus amigos le advierten que ha cometido un delito, y se retiran prometiendo guardar silencio. Al llegar a su casa, uno de sus amigos le comenta a su padre el mal momento que acaba de pasar. Le dice que denunciaría los

⁷³ Sin perjuicio de ello, dichos sistemas prevén un buen número de excepciones por medio de las cuales se admiten tales declaraciones (por ejemplo, supuestos en los que el testigo no se encuentra disponible: falleció, se encuentra ausente, el imputado ha impedido su presencia ante el tribunal, etc.).

hechos, pero no lo hará por una cuestión de lealtad. Su padre, que no tolera la inseguridad, se presenta a declarar ante la fiscalía, quien había tomado conocimiento del delito a raíz de la denuncia formulada por las víctimas (quienes no pudieron precisar al autor del ilícito). Tras su relato, la fiscalía solicita que se practique un allanamiento en el departamento de Juan. Se hace lugar a la medida, y al practicarla se encuentran los objetos hurtados. La fiscalía reúne una serie de pruebas adicionales y resuelve acusar. El relato de dicho testigo ha sido vital para estructurar la tesis acusatoria (ha permitido descubrir otras pruebas⁷⁴), por lo que se pretende citarlo a declarar en el juicio oral: ¿tiene sentido impedir que preste su declaración?

Ahora imaginemos que Pedro es hijo natural de Diego. Aunque nunca lo ha reconocido oficialmente, siempre lo ha tratado como tal. Para preservar su identidad, Pedro resuelve iniciar una acción tendiente a obtener una declaración acerca de la posesión notoria de su estado civil de hijo. En dicho proceso, es necesario acreditar elementos tales como el trato, el tiempo y la “fama pública”. Al presentar su demanda, Pedro propone la declaración de un testigo de oídas que, sin haber presenciado ningún acto de presentación formal (por parte del padre), sabe que las partes se reconocen como tal, en virtud de lo que escuchó decir a otras personas de la vecindad. ¿Tiene sentido que no pueda atestiguar en dicho proceso?

En virtud de los cuestionamientos que he formulado, y los supuestos presentados, considero que tales reglas de exclusión no se encuentran debidamente justificadas. Las mismas parecen encubrir acciones paternalistas, por la simple razón de que el testigo de oídas no dispone de información de “primera mano”. En consecuencia, nada obsta a que los problemas relevados previamente sean contemplados en la etapa de valoración.

4.1.2. La necesidad de capitalizar la etapa de producción

Para conocer cómo han incidido muchas de las variables que he reparado con antelación, resulta conveniente hacer un buen uso de la fase de producción. Sobre la base de este escenario, jurisdicciones como la peruana (art. 166.2 del Código del Proceso Penal de Perú) y la colombiana (con base a criterios desarrollados en el ámbito jurisprudencial), han exigido que el testigo de oídas se pronuncie sobre las condiciones en las que se le ha transmitido la información. A la misma conclusión llega ABEL LLUCH (2020: 146), al expresar: *“En orden a la práctica del interrogatorio serán admisibles para el testigo de referencia las preguntas útiles y pertinentes, pudiéndose considerar especialmente relevantes las preguntas a indagar sobre la fuente de conocimiento del testigo, esto es, la persona que le proporcionó la información del hecho o suceso relatado”*.

En función de ello, considero que es oportuno explorar acerca de aspectos tales como: la calidad del emisor, el vínculo existente entre emisor y receptor, la pertenencia a

⁷⁴ El ejemplo permite visualizar la utilidad de estos testigos en la indagatoria preliminar al proceso penal.

un mismo contexto cultural, la disposición de aptitudes sensoriales para escuchar, el contexto en el que fueron emitidas las palabras, el lugar, el canal, el tiempo en que ha transcurrido entre la escucha y la declaración, entre otros aspectos a los que he aludido previamente. Esto permitirá tener mayores insumos para contextualizar la declaración, lo que redundará en una mejor evaluación en el plano de la valoración.

4.2. Reflexiones en torno a la valoración de la prueba testimonial de oídas

4.2.1. Valoración individual y conjunta

Como todo medio de prueba, el testimonio de oídas debe ser valorado de manera individual y conjunta. En el plano estrictamente individual, es factible efectuar una serie de controles en función de la información que se haya extraído en la etapa de producción. Sin ánimo de ser reiterativo, y a modo de ejemplo, podrán evaluarse aspectos relativos al nexo comunicacional que une a los partícipes de la comunicación (emisor y receptor) de manera que sea posible relevar discrepancias que pudieron llegar a afectar el entendimiento la información narrada⁷⁵. Formulada dicho control, el testimonio debe analizarse en su conjunto, con el resto de los elementos probatorios que conforman el acervo probatorio, evaluando como se conjugan entre ellos. Y en este sentido, el testimonio puede tener distinto valor de acuerdo al conjunto en el que se presente. De hecho, NIEVA FENOLL (2010: 282), ha sostenido que las declaraciones de referencia en general, se pueden robustecer incluso de otras declaraciones de la misma naturaleza, cuando su origen derive de otras fuentes de prueba (esto es, de distintos emisores)⁷⁶.

4.2.2. ¿La declaración del testigo de oídas vale menos que la declaración prestada por un testigo presencial?

En las jurisdicciones en las que se admiten los testimonios de oídas, se suele sostener que tales declaraciones tienen menos valor que las rendidas por un testigo presencial. A vía de ejemplo, pueden encontrarse citas como las siguientes: *“los testigos de referencia u oídas tienen un carácter supletorio y un peso más relativizado respecto del juicio de credibilidad, que el testigo fuente o presencial”*⁷⁷, o *“tendrá mayor credibilidad la declaración de quien ha observado de propia mano los hechos sobre los que declara, por sobre la de quien sólo fue instruido en los hechos por un tercero”*⁷⁸. En el ámbito de la teoría, lo mismo ha sido sostenido por TUZET (2019, 2021).

⁷⁵ Sobre el punto, conviene considerar los distintos aspectos mencionados en el acápite anterior.

⁷⁶ En esta línea, se ha sostenido que: *“El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen en el proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo”* (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Transitoria, R.N. N° 173-2012 de fecha 22 de enero de 2013).

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal 1, Sentencia de fecha 7 de septiembre de 2021, Ref. 1737-2019.

⁷⁸ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Sentencia N° 1759-2017 de fecha 8 de noviembre de 2017.

En mi opinión, creo que no es posible formular una consideración tan generalizada sin contextualizarla o sin someterla a contraejemplos. Desde luego que, si ambas declaraciones fueran prestadas en el proceso, y en la misma audiencia, podría llegar a asumirse que la declaración del testigo presencial tiene más valor, por haber estado expuesta a menos “obstáculos epistémicos”. Sin embargo, ello no siempre sucede así, por lo que esta idea se puede relativizar a partir del siguiente supuesto.

Imaginemos que Sebastián, mientras se dirigía a la casa de su amigo Mauricio, presencia la comisión de un delito. Al llegar a su casa, le relata los detalles del ilícito que acaba de presenciar. Finalizado el encuentro, Mauricio —que no puede lidiar con su consciencia— se presenta ante la fiscalía a expresar los hechos que conoce. La fiscalía, que ya había dado con el presunto autor, solicita que se tome la declaración de Mauricio en calidad de prueba anticipada, extremo a lo que se hace lugar, y se practica al día siguiente. Con posterioridad a ello, y por aspectos que hacen a la burocracia judicial, se convoca a juicio oral luego de transcurridos tres años de la comisión del delito. En el juicio declara Sebastián, quien presenta ciertos puntos de desencuentro con la narración que ha brindado Mauricio en tal oportunidad. La declaración de Mauricio se corresponde con la información arrojada por el conjunto de pruebas admitidas y practicadas en el proceso, mientras que las divergencias introducidas por Sebastián no. En este caso, ¿deberíamos estimar que la declaración de Sebastián es de mejor calidad que la de Mauricio? En el plano estrictamente individual, podemos contemplar, por ejemplo, que las huellas de memoria se debilitan debido a ciertos factores que trabajan en el ámbito de la retención, como lo es el paso del tiempo (MANZANERO, 2018: 171). En el caso propuesto, la declaración de Sebastián se practicó luego de tres años de sucedidos los hechos, mientras que la de Mauricio un día después. Por su parte, las divergencias introducidas por Sebastián no se encuentran refrendadas por ningún otro tipo de prueba, mientras que la declaración de Mauricio se ve reforzada por el resto de los elementos probatorios que han sido practicados en el juicio. En dicho ejemplo, ¿podríamos seguir sosteniendo que la declaración del testigo presencial vale más que la del testigo de oídas? Yo entiendo que no.

Por tanto, esta idea que se ve tan patentada entre los operados jurídicos, y que se considera en términos absolutos, debe ser contextualizada.

5. CONCLUSIONES FINALES

En razón de lo expuesto, y a modo de conclusión, formularé las siguientes afirmaciones.

- Para identificar a un testigo de oídas es necesaria la concurrencia de dos requisitos: la existencia de un enlace comunicacional interpuesto entre la persona que presenció los hechos y la que declara en el proceso, con relación al enunciado fáctico que

se pretende probar; y la presencia de un mensaje auditivo, que derive en un acto de escucha por parte del receptor.

- El testigo de oídas se diferencia del testigo presencial que ha tomado conocimiento de los hechos por medio de la escucha. Con el testimonio del testigo presencial accederemos a información de “primera mano”, mientras que con el testimonio del testigo de oídas obtendremos información de “segunda mano”.

- No existe una equivalencia exacta entre la noción de testigo de oídas y la noción de *hearsay evidence* del *common-law*. Esta última comprende a otro tipo de actos probatorios que exceden este análisis.

- En el plano teórico, los testigos de oídas se pueden clasificar en base a dos criterios: según cuál sea el número de personas que intervienen en el enlace comunicacional (testigo de oídas de primer grado y testigo de oídas de segundo o sucesivo grado); y según cuál sea el número de fuentes que han intervenido en el proceso de conocimiento (“receptor simple” y “receptor complejo”).

- Cuanto más extensa sea la cadena existirán más peligros de distorsión. Sin embargo, ello no obsta a que podamos encontrar cadenas en las que existe una correcta trazabilidad de la información.

- El “receptor complejo” se expone a una doble disyuntiva: tiene más dificultades para procesar la información, aunque bien procesada su declaración podría tener más fiabilidad por la pluralidad de fuentes de las que se vale.

- Con relación a la verdad, es posible pensar en los siguientes escenarios, aclarándose que no todo el contenido de la declaración tiene que ser verdadero o falso: lo que dice el emisor es verdad y lo que replica el receptor es verdad; lo que dice el emisor es verdad y lo que replica el receptor es falso; lo que dice el emisor es falso y lo que replica el receptor es falso; y lo que dice el emisor es falso y lo que replica el receptor es verdadero.

- El testigo de oídas se expone a errores de percepción e interpretación, como todo testigo. Su proceso de interpretación se construye en función de los enunciados lingüísticos que componen el mensaje del emisor. En este contexto, pueden aparecer problemas relativos al lenguaje en sí mismo.

- Es posible relevar problemas que recaen en el emisor de la información, en el receptor, en el contenido del mensaje, en el nexo que vincula a los partícipes de la comunicación, y en el entorno en el que se desarrolla el acto de escucha.

- La doctrina ha objetado a los testimonios de oídas, invocando principios que informan al derecho procesal. Sin embargo, los argumentos expuestos por la dogmática deben ser repensados.
- Los testigos de oídas son útiles para el desarrollo de la investigación fiscal.
- Las reglas de exclusión no se encuentran debidamente justificadas, por lo que corresponde admitir este tipo de pruebas.
- Debe hacerse un buen aprovechamiento de la etapa de producción. A partir del interrogatorio del testigo de oídas es posible develar como se han comportado muchas de las variables de corte epistémico que enuncié a lo largo del trabajo.
- Como toda prueba, se debe valorar de manera individual y conjunta. En el terreno individual deben analizarse las variables referidas en el trabajo.
- Debe contextualizarse la idea de que el testimonio de oídas tiene menos valor que el testimonio prestado por un testigo presencial.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABAL, A. [2015], *Derecho Procesal*, t. IV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- ABEL LLUCH, X. [2020], *La valoración de la credibilidad del testimonio*, Wolters Kluwer, Madrid.
- ACCATINO, D. [2019], “Teoría de la prueba: ¿somos todos ‘racionalistas’ ahora?”, *Revus [Mrežno izdanje]*, 39, disponible en <http://journals.openedition.org/revus/5559>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>.
- ALLEN, R. [2016], “The hearsay rule as a rule of admission revisited”, *Fordham Law Review*, v. 84, págs. 1395-1405.
- ANDERSON, T., SCHUM, D., TWINING, W. [2015], *Análisis de la prueba* (trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero), Marcial Pons, Madrid.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. [2003], “Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia*, N° 46, págs. 57-66.
- AYALA YANCCE, R. [2020], “Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal”, *Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal*, v. 6, Porto Alegre, págs. 453-480.

- BACHMAIER, L. [2009], “Dos modelos de prueba pericial penal en el derecho comparado: Estados Unidos de América y Alemania”, *Jueces para la democracia*, 66, España, págs. 118-137.
- BACHMAIER, L. [2019], “Principio de intermediación y confrontation: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical”, *Fundamentos de derecho probatorio en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 279-331.
- BIRCH, D., HIRST, M. [2010], “Interpreting the new concept of hearsay”, *Cambridge Law Journal*, 69, págs. 72-97.
- BUJOSA, L. [2008], “La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio”, *Pensamiento Jurídico*, N° 21, Bogotá, págs. 53-82.
- COLOMA, R., PINO, M., MONTECINOS, C. [2009], “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII*, 2° semestre de 2019, Chile, págs. 303-344
- CONTRERAS ROJAS, C. [2015], *La valoración de la prueba de interrogatorio*, Marcial Pons, Madrid.
- COUTURE, E. [1997], *Fundamentos de derecho procesal civil*, Ed. Depalma.
- COUTURE, E. [2013], *Vocabulario jurídico*, 4ª Ed., actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa, BdeF, Buenos Aires.
- DAMASKA, M. [1992], "Of hearsay and its analogues", *Minnesota Law Review*, v. 76, págs. 425-458.
- DE PAULA RAMOS, V. [2019], *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*, Marcial Pons, Madrid.
- DEVIS ECHANDÍA, H. [1987], *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, Krucigrama de Medellín, Colombia.
- DE URBANO, E., CASTRILLO, M. [2007], *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Pamplona.
- DOSI, E. [2016], *La prueba testimonial. Estructura y función*, Olejnik, Chile.
- FAJARDO URIBE, L. [2009], “A propósito de la comunicación verbal”, *Forma y Función*, v. 22, N° 2, Bogotá, págs. 121-142.

- FERRER ARROYO, F., DIEUZEIDE, M. [2018], “Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas”, disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47010-psicologia-del-testimonio-siete-pecados-memoria-testigos-y-victimas>.
- FERRER BELTRÁN, J. [2007], *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, España.
- FERRER BELTRÁN, J. [2017], “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”, *Revus [Mrežno izdanje]*, 33, disponible en <http://journals.openedition.org/revus/4016>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.4016>.
- FERRER BELTRÁN, J., VÁZQUEZ, C., GONZÁLEZ LAGIER, D., FERNÁNDEZ, M., [2022], *Manual de razonamiento probatorio*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- GASCÓN ABELLÁN, M. [2010], *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. [2018], “Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”, *Quaestio facti (ensayos sobre prueba, casualidad y acción)*, Temis, España, págs. 1-19.
- HERRERA ABIÁN, R. [2006], *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, Comares, Granada.
- HO, H. [2004], “Confrontation and hearsay: a critique of Crawford”, *The International Journal of Evidence & Proof*, págs. 147-164.
- HO, H. [2008], *A philosophy of evidence law*, Oxford University Press, New York.
- HO LEE, D., KRAUSS, D., LIEBERMAN, J. [2005], “The effects of judicial admonitions on hearsay evidence”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 28, págs. 589-603.
- IRISARRI, S. [2021], “*La función epistemológica del principio de intermediación en la prueba testimonial ¿una garantía procesal?*”, disponible en <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/19425/irisarri%20.pdf?sequence=1>.
- MANZANERO, A. [2018], *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*, Ed. Pirámide, Madrid.
- MANZANERO, A., DIGES, M. [1993], “Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Nº 3, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, págs. 7-27.

- MARTÍNEZ MÉNDEZ, N. [2017], “La prueba de referencia y su afectación a los derechos de contradicción y confrontación”, *Cuadernos De Derecho Penal*, N° 18, Colombia, págs. 55- 93.
- MAZZONI, G. [2019], *Psicología del testimonio*, Trotta, Madrid.
- NIEVA FENOLL, J. [2010], *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- NIEVA FENOLL, J. [2020], “La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos”, *Revista Ius et Praxis*, Año 26, N° 3, Chile, págs. 157-171.
- PARRA QUIJANO, J. [2010], “El testigo de oídas en materia civil”, *Academia & Derecho*, N° 1, Colombia, págs. 28-32.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. [2003], *El interrogatorio de testigos*, Dykinson, Madrid.
- ROVATTI, P. [2020], “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos”, *Quaestio facti. Revista internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 1, Marcial Pons, Madrid, págs. 31-66.
- SOBA BRACESCO, I. [2020], *Estudios sobre la prueba testimonial y pericial*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- STEWART, D. [1970], “Perception, memory, and hearsay: a criticism of present law and the proposed Federal Rules of Evidence”, *Utah Law Review*, January, N° 1, págs. 1-39.
- TARUFFO, M. [2008], *La prueba* (trad. Manríquez, L., Ferrer Beltrán, J.), Marcial Pons, Madrid.
- TUZET, G. [2019], “Testimony and hearsay”, *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3475943*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3475943>.
- VARELA, A. [2015], “Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba hearsay en el derecho anglosajón”, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, págs. 179-216.
- VELAYOS, M. [1998], *El testigo de referencia en el Proceso Penal*, Universidad de Alicante, Valencia.
- WIGMORE, J. [1904], “The history of the hearsay rule”, *Harvard Law Review*, v. 17, N° 7, págs. 437-458.