

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

Tiago Gagliano Pinto Alberto

Es un placer compartir un poco de mis dudas, un poco de mis inquietudes, un poco de mis sugerencias acerca del tema de la argumentación jurídica involucrado con las pruebas.

Soy juez en Curitiba, hice mi doctorado en la Universidad Federal de Paraná y tuve la oportunidad de hacer una estancia posdoctoral en León, España, junto al profesor Juan Antonio García Amado, y recientemente finalice otra estancia posdoctoral en Psicología del Testimonio, porque me incomodaba mucho que en el ámbito judicial no se supiera más o menos cómo son los métodos, la metodología de valoración de la prueba involucrada con la argumentación jurídica; o sea, me parecía mucho que para la valoración de la prueba, sobre todo en relación con la prueba oral, nosotros los jueces o los operadores del derecho, de manera general, no tuviéramos una metodología bien clara acerca de su valoración.

Eso me llevó a estudiar, a investigar un poco más con profundidad acerca de la psicología del testimonio, y quizá para poder entenderla en la teoría de la argumentación jurídica, en el contexto de descubrimiento; o sea, me pasó a interesar más el contexto de descubrimiento que el contexto de justificación. En general, el contexto de justificación es investigado y estudiado y es objeto de muchos libros y artículos en el ámbito de la teoría, de la decisión judicial, pero el contexto de descubrimiento es un poco alejado de investigaciones, de la comprensión teórica, porque creo que está involucrado con otras ciencias, con otras ramas del conocimiento; por ejemplo, las neurociencias, y así también

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

la psicología del testimonio, la psicología cognitiva, la psicología experimental y la economía comportamental. Hoy tenemos más investigadores de economía comportamental, de psicología del testimonio y de psicología experimental que estudian la toma de decisiones desde el punto de vista del contexto de descubrimiento, lo que propiamente hacen juristas o profesores o jueces u operadores del derecho en general.

Así que me parece un campo muy fuerte, cuya investigación es muy necesaria, impresionantemente necesaria —digámoslo así— porque es una cosa que involucra nuestro día a día, lo que hacemos todos los días, y además de la interpretación del derecho, también es la interpretación de los hechos, comprenderlos y saber cómo ellos se ponen a prueba en el proceso judicial.

Me gustaría empezar con una parábola, que fue creada y de cierta manera cristalizada en la obra de un pintor francés llamado Jean-Léon Gérôme, quien en 1896 la llamó *La verdad que sale del pozo*. Lo que se ve ahí es una señora desnuda que sale del pozo y que representa a la verdad. La parábola empieza así:

Un día la mentira y la verdad se encontraron y la mentira le dijo a la verdad: “oye, ¿qué tal si saliéramos a pasear?, a caminar por la ciudad, a compartir quizá algo de comida, beber alguna cosa en este día tan bonito”. Y, de hecho, el día estaba bonito. Así que la verdad miró hacia el cielo y vio que, efectivamente, el día estaba bonito; o sea, la mentira decía la verdad, por lo que ella estuvo de acuerdo y salieron las dos a caminar. Durante todo el rato la mentira le decía algo a la verdad que, de hecho, era verdadero.

Eso me impresionó mucho, porque la mentira estaba diciendo la verdad, hasta que llegaron a un pozo. El día estaba muy caliente y la mentira dijo: “oye, ¿qué tal si nos refrescáramos un poco en el lago del pozo?, parece que el agua está fresca, parece que está muy bueno”. La verdad concordó una vez más, estuvo de acuerdo, se quitaron sus ropas y entraron al pozo. Cuando la verdad entró al pozo, la mentira salió del pozo, se puso la ropa de la verdad y salió a recorrer la ciudad y el mundo. La verdad, al percatarse de lo que pasó, salió del pozo.

En ese cuadro se ve bien que la verdad está algo agobiada, un poco nerviosa, no creía lo que le pasó, está saliendo desnuda porque la mentira robó sus ropas. Así que salió corriendo para encontrar a la mentira y pedirle sus ropas de vuelta, pero no la encontró. Así que la gente se acostumbró a ver la mentira con la ropa de la verdad y alejar a la verdad, porque la verdad es dura y cruda.

Esa es la verdad que fue materializada, fue cristalizada por Jean-Léon Gérôme en 1896, en ese cuadro llamado *La verdad que sale del pozo*.

Lo anterior solamente fue una alegoría para decir que nosotros trabajamos todo el tiempo con cuestiones respecto a la verdad y la mentira en el juicio; es decir, en los casos judiciales, en nuestro día a día, pero de hecho podríamos preguntarnos: ¿cómo hacemos para percibir una verdad?, ¿cuándo hay una mentira? Es necesario saberlo para que así podamos cumplir las reglas constitucionales del debido proceso legal y también de la distribución justa de la justicia, cuestión que incluso ya fue decidida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al indicar que no basta con que decidamos un caso, sino que la decisión debe ser justa.

Pero ¿cómo hacerlo?, ¿desde qué punto de vista? Sucede que lamentablemente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos no tenemos alguna metodología bien consolidada de descubrimiento de la verdad; por ejemplo, en Brasil, acerca de la valoración de las pruebas en el proceso civil, no contamos con esa metodología.

Existen tres metodologías que son más utilizadas alrededor del mundo: la probabilidad prevaleciente, la discrecionalidad guiada y la superación de la duda razonable; son métodos buenos y sucede que lamentablemente no los utilizamos en Brasil y supongo que en México tampoco. Para empezar, está el método de la probabilidad prevaleciente.

Es un método utilizado en Estados Unidos de América. Tenemos una ley solamente para tratar el método de probabilidad prevaleciente y en esa ley está el artículo 401, que dice: la evidencia es relevante si se presenta cualquier tendencia a hacer que la existencia de cualquier hecho sea más probable o menos probable, o sea, tenemos la probabilidad como una metodología de algo que está muy cercano a la idea pragmática estadounidense, a la idea de todo y no solamente del derecho de la sociedad de una manera general, de ver lo que pasa en la sociedad de una manera general, desde un punto desde vista pragmático.

Así, para los estadounidenses, por ejemplo, al decidir lo que pasa, si es admisible o no, para ellos es importante saber no solamente si aquel método de prueba es bueno para elegir, sino también si será útil, efectivo, para probar lo que intenta, lo que quiere probar que es importante, no solo saber cuál es el método, sino que el método elegido y escogido será el que traerá alguna efectividad al método de prueba, a la prueba en sí. Ese método es utilizado en Estados Unidos de América.

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

Tenemos también el método de la discrecionalidad guiada, que es utilizado en Inglaterra y parte de una idea de que el juez debe considerar la situación solamente de derecho, pero si está involucrada con otras ramas del conocimiento, el juez tiene que alejarse, dejar que otro profesional de esa rama resuelva la cuestión. Les pongo un ejemplo que puede marcar bien lo que es el método de la discrecionalidad guiada: quien tiene el conocimiento más fuerte o más vertical o más profundizado acerca de una rama del conocimiento científico, hay que tomar en cuenta sus consideraciones elegidas.

El ejemplo que me parece muy interesante fue el caso de dos gemelas que nacieron en Inglaterra: Mary y Judith. Sucede que las dos estaban juntas, tenían sus abdómenes juntos y eran gemelas que no se podían separar porque compartían el corazón, los pulmones, los riñones y otros órganos, pero los médicos advirtieron a los padres que si las dos permanecían juntas, probablemente morirían, porque apenas era el cuerpo de una, con un corazón, un pulmón, un riñón, un hígado o dos, pero no eran suficientes para hacer que dos cuerpos estuvieran con salud.

Así que los médicos pusieron una fecha más o menos aproximada, que correspondía a seis meses de vida para las dos. No había otra solución más que separarlas, pero los padres no querían separarlas porque no les parecía adecuado; a ellos les parecía que Dios resolvería la cuestión, ya que eran muy católicos y él resolvería si las dos permanecerían vivas o morirían. Bueno, eso no pareció adecuado. Los médicos plantearon judicialmente la separación y luego pasó que el juez que decidió el caso consideró los informes médicos como elemento principal para valoración; es decir, el juez dijo, siguiendo el precedente del caso, que tenía una discrecionalidad guiada por el informe médico y de este no se podría alejar; eso es el método de la discrecionalidad guiada. Existen críticas eventualmente, hay ventajas o desventajas, pero al menos hay un método, que es mejor que no tener ninguno, como en Brasil.

El método que es interesante es el de la probabilidad prevaleciente, pero desde un punto de vista de atrás para adelante, se ve lo que es más posible, lo que tiene más verosimilitud y se va alejando de lo que tiene menos hasta que quede una situación que tiene más o menos probabilidad. Esos son los métodos del proceso civil.

En el proceso penal también tenemos ahí alguna metodología que no es una muy segura, pero en algunos momentos se utiliza. Tenemos lo que se llama la superación de la duda razonable, pero nadie dijo qué

es la duda y tampoco qué es la duda razonable; o sea que, de hecho, tenemos algo muy abierto aquí para reconocer: ¿qué hace y cómo se accede a la duda razonable?, y ¿cómo se le supera?

En la historia se hicieron intentos para superar la duda razonable al menos de dos maneras diferentes: una fue más primitiva, la metodología del porcentaje; es decir, la idea de que sería mejor absolver a 20 convictos que condenar a un inocente. Esa fue la metodología sugerida por William Blackstone, quien incluso fue juez. Por su parte, Voltaire pensó que era mejor absolver a dos culpables que a un inocente; o sea, que habría una metodología de fracción. Se ve que eso no asegura cosa alguna, no nos trae elementos seguros para cualquier tipo de comprensión acerca de la duda razonable.

De hecho lo que pasa en Brasil —y creo que en muchas partes del mundo— es que la superación de la duda razonable se hace desde un punto de vista contextualizado; es decir, algo basado en la política criminal. La sociedad está muy peligrosa y, bueno, se pone más gente en la cárcel. Las cárceles están con mucha gente, pues entonces que se les saque de allá y es más o menos así, no hay una metodología objetiva o algo que sea interesante para esa valoración.

Desde el punto de vista procesal penal, no tenemos muchas seguridades acerca de ¿cómo se valora el contexto de descubrimiento en la argumentación jurídica? Desde el punto de vista de pruebas, tampoco tenemos las pruebas de valoración científica; es decir, no hay criterios de valoración de evidencia científica, de hecho, en muchas partes del mundo. En Brasil no los hay. En Estados Unidos de América, desde 1993, a partir de la decisión del caso Daubert por la Suprema Corte estadounidense, se hizo al menos un criterio para la valoración de la confiabilidad de la prueba científica; es decir, que tenemos la controlabilidad y la facilidad de la prueba científica en las que se basa la evidencia. Una teoría científica es más controlable o menos controlable y, sí, esto desde un punto de vista de la comunidad científica, de la referencia desde el punto de vista de otros técnicos, de otros científicos de esa área. Otro aspecto importante es la determinación del porcentaje de error relacionado con la prueba. ¿Cuál es el porcentaje de error? Es muy alto o es muy bajo, y eso es importante, porque si es más alto el porcentaje del error, la carga argumentativa del juez tendrá que ser por igual muy alta, que ser muy elevada. El juez tendrá una carga argumentativa más elevada porque el porcentaje de error es más elevado también.

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

Hoy en día no se discute más si es interesante o si es fiable un examen de ADN, porque su porcentaje de error es muy bajo, o sea, que la carga argumentativa del juez sería muy baja también. Pero otras pruebas científicas, por ejemplo, el polígrafo, tienen un alto porcentaje de error; por lo tanto, la carga argumentativa del juez tendrá que ser elevada, deberá justificar argumentativamente por qué comprendió adecuados la utilización y el resultado del polígrafo.

Otro criterio es la existencia de controles por parte de otros científicos, lo que se llama revisión por parecer. ¿Cómo funciona la teoría que es utilizada por aquel técnico científico? Es algo que fue creado solamente por él o se basa en otras teorías que también son adoptadas y utilizadas por otros científicos de la misma forma; hay un consenso general en la comunidad científica de referencia o no lo hay. Eso cambiará sin duda la carga de la argumentación del juez para cada caso.

Por último, la evidencia científica debe ser relevante para el caso científico, hay que tener un proceso de ajuste, o sea, estos cinco criterios son importantes porque nos traen algo de objetividad en ese terreno, que es muy subjetivo. Creemos en el perito del caso porque muchas veces nosotros lo nombramos; los jueces nombran a los peritos, de manera que desconfiar de la conclusión del perito será más o menos desconfiar de la conclusión del juez que tuvo la confianza para nombrar al perito. Así que es un nivel muy primario efectivo para la valoración de la prueba científica, que no es algo interesante para el contexto de justificación y tampoco para el contexto de descubrimiento.

En Estados Unidos de América eso no pasaba desde 1993; esos criterios son utilizados por todas las cortes, dado que son precedentes de la Corte Suprema. En Brasil no teníamos conocimiento del caso Daubert. No sé si pasa igual en México, pero espero que no.

Por otro lado, para la prueba oral tenemos un problema muy fuerte: cómo se va a comprender para que sea algo fiable, cómo nosotros podríamos comprender la prueba oral. Es algo que necesitamos entender para confirmar el nivel de credibilidad de la prueba oral. Bueno, pasa igual que en los otros casos que no tenemos en Brasil, al menos, y creo que en México tampoco; son criterios que fueron fijados por la jurisprudencia o siquiera por algún texto de ley o del derecho positivo para decirnos cuándo la prueba oral será algo creíble.

La jurisprudencia española tiene cuatro criterios; no quiere decir que esos criterios sean completa y totalmente fiables, pero al menos tiene algunos criterios interesantes para la investigación de esa temática.

El primero de ellos, la prueba oral, tiene un nivel de credibilidad cuando hay una ausencia de incredulidad subjetiva del testigo; o si el testigo ya fue condenado por algún crimen conectado con su manifestación en cuanto a testigo o no, es considerado una persona creíble o no, la declaración es creíble o no, ya que el testigo puede ser creíble o no. La declaración fue firme durante todo el procedimiento, o sea, durante todo el procedimiento no cambió su declaración o la cambió y de qué manera; este último punto me parece el más importante de todos: la declaración del testigo puede ser corroborada por medio de datos objetivos y estos tienen que ver no con las declaraciones, sino con alguna correlación entre el contenido de la declaración y alguna otra especie de dato en el caso; es decir, alguien vio al testigo entrar en una casa, lo vio salir o hay otro testigo que pueda corroborar lo que dijo el otro testigo, pero no en relación con el contenido, sino poniendo al testigo en la situación, en el espacio, ante la presencia del acusado o alguna situación así.

Bueno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional española y también del Tribunal Supremo español aleja la prueba oral como un mecanismo interesante de comprensión y valoración; es decir, comprende que la prueba oral no es fiable, no tiene lo que se llama un grado de corroboración muy alto, que es la forma con la que se mide la fiabilidad o no de la declaración del testigo o la comprensión, la valoración, de todos los medios probatorios. Por ejemplo, el grado de corroboración de un examen de ADN es muy elevado; el grado de corroboración de una víctima o crimen sexual en la que fue violada y no había nadie junto a ella más que el violador no es tan alto. Hay que tener otros criterios para la valoración de lo que dice la víctima para ver si, de hecho, lo que debe prevalecer es su declaración o la declaración del acusado.

Ese es un criterio que tenemos en España, pero desafortunadamente no lo tenemos en Brasil y creo que tampoco en muchos países del mundo. De hecho, en el sistema constitucional no tenemos metodologías que sean utilizadas y profundizadas acerca del tema, de la temática. La metodología constitucional, desde un punto de vista del derecho, de nuevo la tenemos, pero no en el derecho y por eso la necesidad de estudiar e investigar otras ramas, como la epistemología, la psicología del testimonio, la psicología experimental, la economía comportamental e incluso el *marketing*, para tener algunas técnicas a fin de verificar cómo se valoran hechos y que no utilizamos en el de-

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

recho, cuando debería ser totalmente al contrario. Nosotros, en el derecho, deberíamos tener más dominio de las técnicas de valoración y comprensión de la prueba, pero eso no pasa si al fin lo que tenemos son métodos que no son para nada fiables.

Les pongo otro ejemplo: la técnica Reid, que fue creada por un ex-policía llamado John Reid y que es una técnica direccionada para la obtención de la confesión, es una técnica que no se puede utilizar porque, si no tenemos nada, alguien va a utilizar algo que está por ahí en la sociedad, que está caminando en la sociedad y que está teniendo algún tipo de desarrollo, y una de las técnicas que tiene algún tipo de desarrollo y que es utilizada, sobre todo por agentes policiales, es la técnica Reid, que es una desgracia en términos de derechos fundamentales y, por lo tanto, es una desgracia en términos de los derechos constitucionales.

El Estado constitucional no puede apoyar la metodología Reid porque está direccionada solo a la obtención de la concesión y simplemente merma la autoconfianza, merma los derechos del acusado poniéndolos unos en contra de otros, confundiendo al acusado y creando alternativas contrastantes a los motivos del crimen; es decir, haciendo todo lo prohibido en términos de derechos fundamentales para que, al final, se pueda obtener la confesión. Eso es un ejemplo de lo que no se puede seguir, de lo que no se puede adoptar; se adoptan tales medidas porque tenemos una laguna, un vacío, un abismo, principalmente en relación con la prueba oral, para saber: ¿cómo se valora la prueba oral?, ¿cómo se fijan las reglas en el procedimiento para obtener las declaraciones?, lo cual incluso no está bien delimitado, no está muy bien fijado.

Por ello se utilizan técnicas que relativizan, merman y destruyen los derechos fundamentales; son malas técnicas que no ayudan en nada y empeoran todo en términos de observancia de derechos fundamentales.

En Estados Unidos de América, derivado del empleo de la técnica Reid, el Departamento de Justicia creó un manual llamado *Eyewitness Evidence*, que pasó a prever qué se podía hacer en términos de pruebas orales y de ambientes policiales; es decir, dispuso cómo uno podría obtener una declaración, de qué manera y cuáles eran las técnicas o metodologías desde las que se podría obtener esa declaración.

Se pueden observar los ocho pasos de la metodología conforme a los derechos fundamentales, humanos y constitucionales, y, es más,

también se observa de cierta manera lo que aboga, lo que quiere la psicología del testimonio.

En primer lugar, hay que hacer *rapport with the witness* con el testigo, hay que tener un punto de concordancia con él para que se sienta bien, se sienta acogido, se sienta seguro de lo que va a hablar.

Luego, hay diversas formas de preguntas abiertas y no cerradas, es decir, ¿puede decirme las características del coche?, no al revés: ¿cómo era el coche rojo?, porque al decir: ¿cómo era el coche rojo?, ya se sabe que el coche es rojo, o sea, se hace algo que en la psicología del testimonio se llama *the positive feedback*, que puede generar que el testigo haga una declaración con un sesgo.

Por ahí hay otras formas, otras metodologías, otras técnicas, por ejemplo, decirle al testigo que puede cambiar su idea, o decir simplemente que recuerda, que no sabe, que no está seguro; todo eso ya facilita que la declaración sea un poco más fiable.

Bueno, hasta aquí hemos hablado de cómo nosotros no tenemos una metodología o algunas técnicas para la comprensión, sobre todo de la prueba oral, y caemos muchas veces en sesgos. Existen tres sesgos que son muy considerados por la psicología cognitiva, la psicología del testimonio, que son llamados invisibles; o sea, hay situaciones en las que simplemente nosotros no percibimos que estamos siendo conducidos de la mano para comprender determinadas situaciones o cosas.

El primero de ellos se llama sesgo de la heurística. Muchos psicólogos cognitivos y experimentales y hasta los médicos llegaron a la conclusión de que nosotros tenemos maneras de pensar, que son maneras diferentes, maneras que nos economizan energía, nos desafían a comprender determinadas cosas, o si, en general, la idea de que la primera impresión es la que queda es verdad; es decir, si es verdadera, es la primera expresión que tenemos en una situación de hecho, que nos lleva a la conclusión de que fue un hecho verdadero o no.

Hay una neurocientífica estadounidense, de nombre Julia Galef, que nos presenta la idea de que cuando nosotros estamos determinados a comprender desde el punto invisible cerebral que algo pasó, incluso nos presentamos a nosotros mismos ventajas de esa comprensión, y cuando estamos seguros de que algo no pasó, hacemos todo lo contrario, así que nos presentamos argumentos cada vez más sofisticados para comprobar que nada de lo que alguien plantea de hecho pasó, o no pasó de la forma que él o ella lo plantea; a eso se le nombra sesgos.

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

Por ejemplo, en una publicidad de un hilo dental ciertamente se ve que hay una cáscara de algo en los dientes de tres hombres; es decir, están sucios los dientes de ellos en la primera, en la segunda y en la tercera imagen. Pero quizá habrá algo que no pudo haberse percibido: que el primer hombre no tiene una oreja; en la segunda imagen, una mujer tiene tres brazos y el tercero está sobre el hombro del hombre, y en la tercera imagen, una mujer tiene un montón de dedos; eso puede que se nos haya pasado sin percepción, porque lo que nos llamó la atención fue el hilo dental, que nos hizo un eslabón con la cáscara que está ahí entre los dientes de las tres personas; a eso se le llama sesgos.

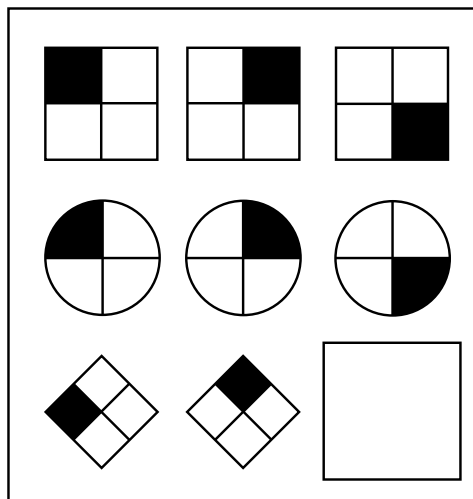
Figura 1



Existen como 300 sesgos documentados en la psicología experimental, es decir, 300 formas de engañarnos a nosotros mismos, simplemente sin saberlo. Si uno comprende la prueba desde un punto de vista sesgado, es peor que compartir una teoría jurídica, porque si utilizo la camisa, por ejemplo, del positivismo, desde luego que soy positivista, traigo conmigo las ideas positivistas, las características positivistas, incluso los límites de la teoría positivista; es decir, estoy involucrado en una teoría que incluso tiene sus límites. Pero si comprendo equivocadamente un hecho, ya no hay forma de comprenderlo de la manera correcta; eso es mucho peor.

El segundo problema es lo que se llama búsqueda por patrones. Sucede que nosotros estamos buscando patrones a todo rato, o sea, por convergencia; o cuando no estamos buscando patrones, se llama patrones por disociación o por divergencia. Por ejemplo, en una figura se puede ver un cuadrado negro en la primera parte y las marcas negras en las otras figuras siguen el mismo patrón; el mismo patrón en las dos primeras líneas. Así que nuestra intuición nos hará comprender que en un cuadrado blanco, abajo a la derecha, hay también una figura, y es más, no veremos solamente una figura, sino también la figura donde se ubica la marca negra de ella; pero pasa que el cuadrado es blanco, no tiene ni siquiera figuras, ¿por qué hicimos eso?, porque estamos buscando patrones por convergencia; si hay figuras siguiendo patrones en las dos primeras líneas, ¿por qué no habrá en la tercera línea?

Figura 2



Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

Ahora bien, si obtengo la declaración de un testigo que me dice una cosa, el segundo testigo me dice lo mismo y el tercero lo mismo, ¿qué hare yo? Comprender por convergencia que lo que dicen los tres testigos de hecho pasó; a eso se le nombra salto causal; es decir, lo único que comprueban los tres testigos que dijeron lo mismo es que solo dijeron lo mismo, no que la cuestión realmente pasó. Pero nuestra tendencia será comprender que sí pasó y, asimismo, por disociación o por divergencia. Por ejemplo, si los tres, cuatro o cinco testigos dijeron cosas completamente diferentes, nuestra tendencia será comprender que esa cosa que se dice no pasó, que no hubo comprobación de lo que dijeron los cuatro o cinco testigos. Buscamos de la misma manera un patrón, pero por divergencia; eso es una cosa que ocurre de una manera invisible, o sea, de una manera que no se puede percibir, pero ¿por qué es malo?, porque si no puede percibirlo, ¿cómo va a defenderse de eso?

Al tercero de los vicios se le conoce como factores de fijación; entonces, son perfiles que son adoptados y eso es un punto un poco más conflictivo, divergente en la psicología del testimonio. Muchos psicólogos comprenden que no existe lo de los perfiles, que sería equivocado comprender o categorizar a la gente desde un punto de vista de perfiles; también hay otros que consideran que, si son buenos, son útiles.

No soy psicólogo, pero me parece muy útil y lo hago en cuanto juez, comprenderme desde un punto de vista de mi perfil. Si soy un poco más visual, más auditivo, por ahí puedo percibir lo que dice el testigo. Me parece muy interesante comprender la prueba desde el punto de vista del perfil, sobre todo si tenemos delante de nosotros un testigo, así como una prueba oral, en la que usted tiene que hacer preguntas y él o ella tienen que contestarlas; es decir, resulta interesante saber desde el punto de vista del perfil qué se está contestando; lo malo aquí es que no hay un perfil solo. Por ejemplo, me gusta mucho esa división de visuales y auditivos, pero también hay muchos tipos de perfiles y hay muchas formas de comprensión de esa temática; es decir, hay diversas maneras de entender perfiles y personas, categorización de personas, desde situaciones más complejas hasta perfiles de más comprensión.

De hecho, me parece muy interesante que se utilice la comprensión de perfiles, porque, si no, puede llegarse a una conclusión equivocada. Pongo un ejemplo: imagínese que soy un juez visual, entró en

la categoría de los visuales; me gusta hablar rápido, me gusta el contacto visual, no me gusta mucho oír a la gente, no me gusta eso y estoy tomando la declaración de un auditivo y a este le gusta mucho hablar y habla mucho. Ciertamente se tiene a alguien en la familia que es más o menos así, y se le preguntó: ¿cómo fue tu día?, y él empieza a narrar cómo fue su día desde que abrió sus ojos hoy por la mañana, luego hace todo con muchos detalles. Al visual eso no le interesa, al juez visual le parecerá que el testigo auditivo estará intentando decirle la mentira o quitarle parte de la verdad y eso no está pasando; simplemente lo que sucede es que el juez que es visual no comprende ni siquiera su perfil, tampoco el perfil del testigo que está interactuando con él.

La prueba oral tiene otros problemas de especificidad, por ejemplo, algo que nosotros podríamos aprovechar más y no lo hacemos está en las técnicas de preguntas basadas en entrevistas cognitivas; es decir, los psicólogos cognitivos utilizan mucho, incluso en las clínicas, las técnicas de entrevistas cognitivas, que podríamos utilizar incluso porque buena parte de ellas ya está comprobada desde un punto de vista científico. Aunque sea algo complicado decir que son fiables desde un punto de vista científico, hay muchos estudios acerca de esas técnicas que comprueban, o al menos intentan comprobar, que son efectivas.

Por ejemplo, uno podría utilizar la técnica del relato libre o la reconstrucción cognitiva del contexto, la recuperación enfocada, los cambios de perspectiva o el recuerdo desde diferente orden; es decir, todas son técnicas de entrevistas cognitivas que son utilizadas por psicólogos del testimonio y que tienen su fiabilidad comprobada, bien utilizadas en el terreno judicial, pero no lo son porque nosotros no sabemos cómo funcionan, porque ni siquiera nos tomamos un rato para leer lo que pasa con las técnicas y saber cómo funcionan, cómo se pueden desarrollar y cómo se pueden utilizar; eso habría que cambiarlo para que la valoración de la prueba pudiese ser algo más enfocado, algo más vertical, más seguro.

Hay incluso técnicas para preguntas, que se llaman preguntas neutras; o sea, utilizar artículos determinados, nombres genéricos en vez de adjetivos, evitar preguntas sugestivas, no usar marcadores o modificadores de acción o adverbiales en ese punto. Aquí hay que tener cuidado al utilizar descriptores de acción. Comparto que en un estudio conducido por Elizabeth Loftus, una psicóloga estadounidense,

Argumentación de las pruebas en el proceso constitucional

ella pudo cambiar la percepción de velocidad de un choque de autos en dos grupos con solo cambiar una palabra; presentó a dos grupos, un choque de autos y les preguntó: ¿a qué velocidad iban los autos?, pero cuando le preguntó a uno de los grupos, puso las palabras *cuando chocaron* y ellos contestaron: “iba más o menos a 60 o 40 kilómetros por hora, por ahí”, y al otro grupo le dijo: “¿a qué velocidad iban cuando los autos se destrozaron?”, o sea, cambió *chocaron* por *destrozaron*, y eso hizo que cambiaran la percepción de la velocidad en lo doble: de 40 pasó a 80, de 60 a 120 kilómetros por hora.

Al día siguiente, volvieron los dos grupos y ella les preguntó —por informes escritos, claro— ¿cuál de las ventanas estaba rota? Al primer grupo al que se agregó la palabra *chocaron*, dijo que no había ventana rota, porque de hecho no había ventana rota: pero al otro grupo que se le preguntó a “¿qué velocidad iban cuándo se destrozaron?”, la identificaron, quizá una o dos, incluso identificaron y dijeron cuál era la ventana rota y Elizabeth Loftus creó lo que se llama falsa memoria en el cerebro del grupo entero, solo por cambiar una palabra; lo anterior, para ver cómo es importante saber qué preguntar y desde qué punto de vista, o incluso utilizar descriptores: cambiar la palabra *chocar* por *destrozar* modificó la perspectiva de la velocidad y también la perspectiva de que no había ventanas rotas.

Me gustaría cerrar esta charla solamente diciéndoles que sé que es algo un poco agobiante, que es algo un poco duro, porque nosotros ya no tenemos mucho tiempo, no. En general, cualquiera de nosotros no tenemos mucho tiempo y quienes trabajan con casos judiciales mucho menos, porque de hecho tenemos una montaña de trabajo todos los días. Así que ya es difícil lidiar con materias jurídicas, pero imagínense lidiar con materias jurídicas, de psicología, de *marketing* y de economía comportamental. Eso lo vuelve más complejo.