



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**‘Yo no fui’. Sobre el valor epistémico de la palabra del
acusado**

Joaquín Casalia

19K1544

37.752.926

Director de tesis: Ezequiel H. Monti

1 de julio de 2022



Índice

Índice	2
Introducción.....	3
La regulación jurídica de la declaración del acusado en el derecho argentino.....	7
El ‘derecho a mentir’ del acusado	9
Epistemología del testimonio y sus diferentes aproximaciones	14
El testimonio.....	15
Reduccionismo, No-Reduccionismo y la Concepción de la Garantía.....	17
Testimonio formal y testimonio natural	21
El permiso del acusado para mentir y el valor epistémico de su declaración	25
Fundamentos del derecho procesal penal	38
Conclusión.....	44
Referencias bibliográficas	45



Introducción¹

En Argentina, el acusado tiene derecho a mentir; al menos en el sentido débil de que no hay ninguna norma jurídica que le prohíba mentir.² Esto implica que el acusado puede mentir sin estar sujeto a reproche legal alguno por hacerlo. La mayoría de los juristas sostiene, además, que el acusado tiene derecho a mentir en un sentido fuerte, argumentando que dicho derecho no surge solo de la ausencia de una norma prohibitiva, sino que se deriva directamente de la garantía constitucional de no autoincriminación. El derecho a mentir se trata, para algunos autores garantistas, de un derecho justificado que protege a los individuos de potenciales abusos por parte del poder punitivo estatal. Para otros, en cambio, se trata de un beneficio en favor del acusado que, injustificadamente, obstaculiza la averiguación de la verdad y el castigo de los culpables. Injustificadamente o no, el derecho a mentir (fuerte o débil), para todos ellos, beneficia al acusado. En el siguiente trabajo me propongo destacar cómo, por el contrario, el derecho a mentir no constituye un beneficio para el acusado, sino que lo perjudica profundamente, y en un doble sentido: epistémico y moral.

Tanto en la vida ordinaria como en el proceso penal, el testimonio es el medio más consistente para comunicar nuestras creencias. Es por esto que intentamos fortalecerlo tanto como podamos. Presuponer que mi interlocutor debe ser sincero al hablar (norma de aserción), es una forma de garantizar la fiabilidad de este medio. También es cierto que la palabra despierta inevitablemente un halo de sospecha. En este sentido, no hay prohibición de mentir que garantice la sinceridad de una afirmación. Es decir, en todo diálogo existirá la probabilidad (en mayor o menor medida) de que el hablante mienta. Ahora bien, también es cierto que ser responsable de una afirmación puede ser razón

¹ **Aclaración:** A lo largo del trabajo, las comillas dobles se usan para las citas corrientes. Para enfatizar se utiliza: las comillas simples y la tipografía itálica. Esta última también se usa para representar texto en idioma no-español.

² Para una distinción entre permisos débiles y fuertes ver ALCHOURRON, C. E. Y BULYGIN E. (2012) *Sistemas Normativos*, Buenos Aires, Astrea; pp. 170-176. Para un análisis y crítica de la interpretación de Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin de dichos conceptos ver MONTI, E. H. (2013) “Sin Permiso”, *Análisis Filosófico* XXXIII N° 1, pp. 81-93.



suficiente para creer en lo que alguien dice. Con ser responsable me refiero a ser pasible de reproche, a que el escuchante pueda exigirle sinceridad al hablante. Por lo general, creemos justificadamente en las afirmaciones realizadas por hablantes que logran responsabilizarse por la verdad de lo que dicen. Por ende, es necesario que uno pueda cumplir con dicha norma de sinceridad para ser tomado en serio.

Contrariamente a este escenario, dado que el permiso lo exime de reproche, el acusado no puede responsabilizarse por sus declaraciones. En otras palabras, éste se encuentra imposibilitado para realizar afirmaciones que sean razón suficiente –ellas mismas– para que sus escuchantes (los decisores) crean en su contenido. El derecho a mentir del acusado socava el valor epistémico de su declaración y, a su vez, no está claro que tenga alguna ventaja compensadora relevante para él. Consecuentemente, el acusado se convierte en un agente epistémicamente impotente, imposibilitado de transmitir sus creencias de manera distintiva. Así es como el acusado es dañado epistémicamente.

Mi creencia de que el acusado debería contar con la prohibición de mentir, reposa en la idea de que solo un acusado moralmente responsable puede ser llamado a rendir cuentas. De la imposibilidad de que el acusado pueda ofrecer buenas razones epistémicas (que su declaración no pueda ser una razón para creer en su contenido), se deriva también un daño moral que lo convierte en una persona irresponsable, no solo en términos epistémicos sino también en términos morales. Una de las funciones del proceso penal es llamar a una persona para dar explicaciones por su conducta. El fiscal –representando a la sociedad y a la supuesta víctima (si hubiera)– intenta demostrar que el acusado se comportó incorrectamente debiendo éste responder a la acusación. Sin embargo, solo una persona responsable puede ser capaz de contestar una acusación. En este punto es relevante distinguir entre dos tipos de responsabilidad. Por un lado, aquella que es consecuencia de la averiguación de la culpabilidad del acusado –i.e. el acusado realizó un hecho incorrecto, no tiene excusas o justificaciones y, por ende, todas las cosas consideradas, es culpable³; y por otro lado, aquella responsabilidad moral básica, la cual

³ John Gardner acuña el término responsabilidad consecuencialista (o *á la Hobbes*) para dar cuenta de este tipo de responsabilidad penal. Ver GARDNER, J. (2007) *Offences and Defences*, Oxford: Oxford University Press; “The Mark of Responsibility” (Capítulo entero).



es pre-condición para la correcta realización del juicio.⁴ Con esta última me refiero a la capacidad del acusado de poder dar explicaciones, tanto sobre la conducta sospechada de ser ilícita como de su estado actual. Esto no significa que el acusado necesariamente deba hablar, sino que aún si decide callar, su silencio sea responsable.⁵

Así, el permiso para mentir del que goza el acusado no protege sus intereses, sino que los debilita. Precisamente porque lo daña epistémica y moralmente, entiendo que debería eliminarse, imponiéndole al acusado una obligación de no mentir (o prohibición de mentir), elevando así su estatus. Nótese que mi argumento a favor de la imposición de la obligación reside en que beneficia al propio acusado. Mi argumento no es que los intereses de la sociedad en, por ejemplo, condenar a más culpables, deben prevalecer sobre los intereses del acusado, sino que el permiso para mentir perjudica al propio acusado y debe ser eliminado por esta razón. En este sentido, no es un intento de rechazar o moderar cierta versión del garantismo penal y abrazar el punitivismo. Por el contrario, se trata de argumentar que el garantismo, correctamente entendido, requiere imponerle obligaciones al acusado y no solo concederle derechos.

En lo que sigue, procederé del siguiente modo. En el Capítulo 1, examinaré la regulación jurídica de la declaración del acusado en el derecho argentino. Argumentaré que, si bien no hay ninguna norma (mucho menos de rango constitucional) que explícita o implícitamente le confiera tal derecho, tampoco hay ninguna norma que le imponga la obligación de decir la verdad, o de no mentir (a diferencia de lo que ocurre con los demás participantes del proceso penal) y, por ende, el acusado tiene el privilegio (permiso en un sentido débil) de mentir. En el Capítulo 2, examinaré las principales teorías contemporáneas acerca de en qué condiciones, y en virtud de qué, los testimonios pueden ser fuente de creencias justificadas (lo que se conoce como epistemología del testimonio). Posteriormente, en el Capítulo 3, analizaré la situación epistémica del acusado, evaluando la naturaleza testimonial y asertórica de su declaración, y cómo el permiso para mentir afecta el valor epistémico de la declaración del acusado. Por último, en el Capítulo 4,

⁴ Ver *ibid*; y DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S. Y TADROS, V. (2004) *The Trial on Trial. Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Trial*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

⁵ *Ibid*, pp. 97-102.



brindaré mi visión del proceso penal, señalando sus fundamentos y mostrando de qué forma colisionan con el déficit epistémico que cuentan las palabras del acusado, principalmente con el concepto de responsabilidad moral básica.



1

La regulación jurídica de la declaración del acusado en el derecho argentino

Contrario a lo que ocurre en otras jurisdicciones⁶, en el derecho argentino no hay ninguna norma que le imponga al acusado la obligación de decir la verdad. En este sentido, el artículo 275 del Código Penal de la Nación, que impone a los (meros) testigos y otros participantes del proceso penal la obligación de decir la verdad, no incluye al acusado. Así, dicho artículo castiga con prisión al “*testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente*”. Es importante aclarar que, contra lo que sugiere una interpretación literal, para la configuración del delito lo relevante no es que las proposiciones afirmadas sean falsas (o que las calladas sean verdaderas) sino la sinceridad del agente. En este sentido, el delito se configura si (y solo si) el agente afirma algo que *cree* que es falso o calla algo que *cree* que es verdadero. Para la legislación argentina, un testigo es toda persona que en el marco de un proceso penal es llamada para declarar ‘en causa ajena’ sobre ciertos hechos y bajo juramento de decir la verdad. A su vez, podemos diferenciar el testigo ocular –aquel que percibió el hecho en conflicto y es capaz de relatarlo⁷– y el testigo experto –aquella persona que no

⁶ En Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Alemania, y Chile, existe una regla jurídica que le prohíbe mentir al acusado. Comúnmente dicha regla se encuentra explicitada en la emisión de una norma autoritativa llamada *Ley de Perjurio*. En Argentina, en el año 2019, el partido político PRO intentó tratarla en el Congreso Nacional pero dicha propuesta no tuvo éxito. Ver Proyecto de Ley Nacional, 0006-PE-2019 (*Ley de Perjurio*); Referencia: EX-2019-48769256- -APN-DNELYN#MSG - MENSAJE – PERJURIO, 2019.

⁷ Es cierto que algunos testigos que pretendo que formen parte de esta categoría no son propiamente ‘oculares’ (e.g. aquellos que acreditan rasgos de la personalidad de un participante de un juicio). En este caso podríamos ampliar la categorización propuesta y dividir a los testigos como expertos y no-expertos. De todas formas, dado que podríamos suponer que en un proceso penal el valor de los testigos no-expertos recae mayormente en aquellos oculares (que tiene relación con el hecho objeto de investigación), respetaremos dicha distinción.



presenció el hecho pero puede aportar información valiosa por su conocimiento técnico.⁸ Esta interpretación quita determinadamente al acusado de la esfera del concepto de testigo, principalmente, porque éste (i) no declara ‘en causa ajena’ sino ‘en causa propia’ (el acusado tiene interés en la performatividad de su declaración) y, por las razones que veremos más adelante, (ii) no presta juramento (no se obliga a decir la verdad).

Sin embargo, queda por responder cuál es el estatus de las declaraciones de los restantes participantes del proceso: el acusador privado (querellante), el acusador público (fiscal) y el decisor (juez y/o jurado). Con respecto a los últimos dos, si bien podemos afirmar que no son testigos, sí les pesa una obligación de decir la verdad. La naturaleza de su obligación no tiene origen en el delito de falso testimonio sino en aquel de prevaricato⁹ formulado en el artículo 269 (juez) y artículo 272 (fiscal) del Código Penal de la Nación, como también surge de los castigos administrativos que les pesa por el mal desempeño de sus funciones. En relación con los decisores, les pesa la obligación de motivar sus sentencias, es decir, que expongan sus creencias de manera justificada, y por ende mentir implica violar dicha obligación (artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación). No realizar correctamente esta función constitutiva de la judicatura acarrea la remoción a través del proceso de enjuiciamiento (Ley Nacional 26.080 y el artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación).

Resulta particularmente extraño el estatus del querellante ya que hay razones jurídicas tanto para afirmar como para negar su calidad de testigo. Por un lado, teniendo en cuenta el sentido de testigo que mencionamos, el querellante no declara ‘en causa ajena’ y no presta juramento o promesa de decir verdad (artículo 430 del Código Procesal Penal de la Nación) y, por ende, no podríamos otorgarle la calidad de testigo y en todo caso su mentira podría acarrear una responsabilidad civil pero no penal.¹⁰ Sin embargo, autores como Ricardo Nuñez o Carlos Creus asumen que el querellante sí es un testigo y

⁸ Para una diferenciación de las clases de testigo, en término epistémico-legal, ver BOUVIER, H. G. Y RIMOLDI, F. (2017) “Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach” en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law, Perspectives in Pragmatics, Philosophy & Psychology* 10, Londres: Springer; pp. 452-455.

⁹ Puede ser consecuencia de mentir sobre el derecho o, también, sobre los hechos o resoluciones precedentes.

¹⁰ D’ALESSIO Y DIVITO, *Código Comentado y Anotado. Parte Especial (Artículos 79 a 306)*.



en consecuencia les pesa el castigo por falso testimonio.¹¹ Esto último parece ser lógico y consistente con otras prohibiciones del querellante, por ejemplo, aquella que se sigue del delito de la falsa denuncia (artículo 245 del Código Penal de la Nación). Es coherente pensar que si el interesado en responsabilizar al denunciado por su conducta tiene la obligación de no denunciar falsamente también tenga la obligación de no afirmar proposiciones que cree que son falsas a lo largo del proceso penal.

Con respecto a la mentira del abogado, su análisis merecería la realización de otra tesis, sin embargo, aquí alcanza con decir que si bien su conducta en el proceso penal está constreñida penalmente (artículo 271 del CP) es evidente que su mentira no tiene consecuencias penales. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada ya que, aunque no esté alcanzado por el delito de falso testimonio, *sí* está limitado administrativamente por la obligación del Código de Ética del Colegio de Abogados que forme parte.¹² Mi postura es que el abogado sí tiene razones éticas y, en sentido más débil, jurídicas para no mentir en el proceso penal o, al menos, tiene razones más fuertes y apropiadas que las del acusado.

El ‘derecho a mentir’ del acusado

Damos por hecho que a diferencia de los participantes mencionados, el acusado en Argentina *no* tiene una obligación de decir la verdad o de no mentir. ¿Por qué esta diferencia? ¿Por qué no podríamos considerar al acusado como un testigo de la misma forma que lo hacen otras regulaciones jurídicas? Un argumento difundido consiste en sostener que el derecho a mentir del acusado se deriva del derecho a la no

¹¹ NUÑEZ, R. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba: Marcos Lerner; p. 464; y CREUS, C. (1998) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2*, Buenos Aires: Astrea; pp. 336-337.

¹² Para entender apropiadamente la naturaleza y consecuencias de la ética profesional de la abogacía *ver* BÖHMER, M. (2008) “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en ALEGRE, M., GARGARELLA, R. Y ROSENKRANTZ, C. F. (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley (Facultad de Derecho U.B.A.). A efectos del presente trabajo, entenderé que el abogado habla en calidad de representante de su defendido. De esta forma, el daño epistémico, del que más adelante hablaré es también sufrido por el acusado.



autoincriminación formulado en el artículo 18 de la Constitución Argentina. El argumento, que llamo *Teoría del Derecho a Mentir* (TDM), es el siguiente:

- (1) Los acusados tienen derecho constitucional a no ser coaccionados a declarar en su contra (artículo 18 de la Constitución Nacional).
- (2) Si obligáramos a los acusados a decir la verdad, los estaríamos coaccionando a declarar en su contra.
- (3) Consecuentemente, una ley que obligara a los acusados a decir la verdad sería inconstitucional.
- (4) Por lo tanto, los acusados tienen un derecho constitucional a mentir

Este es el argumento que la Corte Suprema esgrime en fallos como “Mendoza” (1864)¹³ o “El Atlántico” (1971)¹⁴ en donde sostuvo que no se debe aplicar el delito de falso testimonio al acusado. En ambas decisiones la Corte entendió que el prestar juramento de decir la verdad implica violar el derecho de no autoincriminación formulado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y repuesto en la premisa (1) de TDM. Por ejemplo, en “El Atlántico” la Corte resolvió el agravio expresado por el responsable de un medio de comunicación marplatense quien fue condenado por publicar la identidad de un menor y afirmar que éste había cometido un delito. Según argumentó el apelante, los motivos de su agravio tuvieron base en que su declaración fue tomada bajo juramento de decir la verdad y sin antes conocer el motivo de su citación. A raíz de estos hechos la Corte decidió revocar la sentencia citando el fallo “Mendoza”, ya mencionado, y entendiendo que la prestación de juramento violó los derechos constitucionales del apelante. La Corte dice en “El Atlántico” que “no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de *obligarle*, eventualmente, *a declarar en su*

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza”, “Criminal contra Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana”, 28/10/1864, *Fallos 1:350*.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El Atlántico”, “‘El Atlántico’ diario s/infracción art. 23, ley 4664 –Mar del Plata–”, 22/11/1971, *Fallos 281:177*.



*contra*¹⁵. Como podemos ver, tanto “El Atlántico” como “Mendoza” utilizan TDM para confirmar la inexistencia de la obligación del acusado de decir la verdad.

TDM es sostenida por la mayoría de los participantes la comunidad del derecho penal. Autores argentinos de derecho penal como Roberto Daray, Patricia Ziffer y Alberto Binder, exponen de diferentes maneras sus versiones de TDM para dar cuenta del derecho a mentir que goza el acusado.¹⁶ También Luigi Ferrajoli entiende que el “*Nemo tenetur se detegere* es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio (...) de ella se siguen (...) el derecho al silencio (...) así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas”.¹⁷ Incluso el actual Presidente, Alberto Fernandez, dijo en una entrevista radial que “la Constitución dice que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, por lo tanto históricamente se ha admitido el *derecho a mentir* por parte del acusado”.¹⁸ Una de las razones que explica la aceptación de TDM es la relación de los ciudadanos argentinos con la autoridad. Dada nuestra historia de vulneración de derechos individuales por parte del Estado, por ejemplo los derechos del acusado en pos de la obtención de información, una buena solución fue la de otorgarle más recursos (derechos) al imputado para así equilibrar el poder entre la parte acusadora y aquella acusada. Así, entendemos que es necesario discriminar ‘positivamente’ al acusado de los demás actores del proceso penal para proteger sus intereses y beneficiar la consecución de sus garantías constitucionales.

Sin embargo, TDM debe ser rechazada por las siguientes razones. La conclusión de TDM se sigue de (3) solo si la ley de perjurio obligara al acusado a decir la verdad. Pero de forma contraria, una ley de perjurio que prohíbe la mentira cumple con el contenido de las premisas (principalmente con el art. 18) ya que el acusado no tiene la obligación de decir toda la verdad. Dado que el acusado tiene el derecho de permanecer

¹⁵ *Ibid* considerando 6).

¹⁶ NAVARRO, G. R. y DARAY, R. R. (2010) *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Tomo II*, Buenos Aires: Hammurabi; pp. 480-2; y ZIFFER, P. (1996) *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Buenos Aires: Ad-Hoc; p. 171; y BINDER, A. M. (2016) *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc; p. 181.

¹⁷ FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta; p. 608.

¹⁸ (itálicas mías); ver “Alberto Fernandez en Radio La Red” en el 2019, URL <https://ar.radiocut.fm/audiocut/alberto-fernandez-en-radio-red/?t=507#> consultado el 29/06/2022.



en silencio sin que ello pueda ser una premisa para realizar inferencias –negativas o positivas contra el acusado– la prohibición de mentir, al contrario de la obligación de decir la verdad, no lo coacciona. Si la ley de perjurio obligara al acusado a decir la verdad, también tendría prohibido permanecer en silencio ya que debería decir *toda* proposición que crea verdadera (como lo tiene el ‘mero’ testigo, el testigo experto o el perito). La obligación, en este sentido, es de no callar la verdad. Sin embargo, el alcance restringido de la prohibición para mentir –el cual entiendo es aquel que las leyes de perjurio dan por supuesto– permite el entendimiento de “decir la verdad” como la obligación de ser sincero *solamente* en cuanto a lo que el acusado *consiente* afirmar; o, lo que es lo mismo, el acusado tiene la obligación de no mentir.¹⁹

Entonces, si interpretáramos que la norma en la premisa (2) obliga al acusado a decir toda la verdad (a no callar la verdad), entonces (2) y (3) serían verdaderas pero el argumento sería inválido, esto es, (4) no se seguiría de las premisas. En efecto, la expresión “derecho a mentir” en la conclusión sugiere no sólo que el acusado tiene derecho a callar la verdad (i.e. a abstenerse de realizar afirmaciones que cree verdaderas) sino también a realizar afirmaciones insinceras, esto es, a realizar afirmaciones que cree falsas. Pero del hecho de que una norma que obligara a los acusados a decir toda la verdad (i.e. que los obligara a realizar afirmaciones que creen verdaderas) sería inconstitucional (como correctamente establece (3)), no se sigue que una norma que los obligara a no mentir (i.e. a abstenerse de realizar afirmaciones que creen falsas) también sería inconstitucional. En cambio, si interpretáramos que la norma en (2) simplemente obliga al acusado a no mentir (i.e. a abstenerse de realizar afirmaciones que cree falsas), entonces las premisas (2) y (3) devienen falsas. La obligación de no mentir se activaría cuando el acusado toma la decisión de hablar y si el acusado no quisiera hablar éste no se obliga a decir la verdad. De esta forma, incluso el acusado culpable no estaría obligado a autoincriminarse porque tiene la opción de permanecer en silencio. Así, el derecho al

¹⁹ Esta diferencia es ostensible en la filmografía que trata cuestiones judiciales. Asiduamente se repite que el testigo debe decir “toda la verdad y nada más que la verdad”. Esta fórmula representa lo que aquí llamo la obligación de decir la verdad. Mientras que la prohibición de mentir (o la obligación de no mentir) no implica que el acusado deba decir *toda* la verdad, sino sólo aquella que consiente decir.



silencio, de la misma manera que lo es en los países que el falso testimonio alcanza a los acusados, es suficiente para salvaguardar la garantía de la no autoincriminación.

Alguien podría objetar que si, ante una pregunta cuya respuesta podría incriminarlo, el acusado decidiera permanecer en silencio, entonces, eso es porque, efectivamente, contestarla lo habría incriminado. Por lo tanto, aún asumiendo que, estrictamente, el acusado sólo tiene la obligación de no mentir, permanecer en silencio sería una forma -quizás indirecta- de autoincriminarse. Sin embargo, en Argentina, los decisores tienen prohibido utilizar el silencio del acusado como evidencia en sus deliberaciones.²⁰ De esta forma, se garantiza la protección del derecho del acusado de no autoincriminación evitando el famoso ‘dilema cruel’ con el que se enfrentaría el acusado: (i) habla y se autoincrimina; o (ii) no habla pero genera razones en los decisores para pensar que esconde evidencias de su culpabilidad.²¹ En conclusión, una ley que obligara al acusado a decir la verdad sería inconstitucional, pero una ley que le prohibiera mentir *no* lo sería.

El acusado, entonces, no tiene un derecho constitucional a mentir. Por un lado, esta conclusión nos permite conciliar el derecho a la no autoincriminación con la prohibición de mentir. Y por otro, nos permite defender la constitucionalidad de una eventual ley que imponga dicha obligación (la prohibición de mentir) ya que no es necesario reformar la Constitución Nacional para realizar la reforma que aquí se sugiere. A su vez, el rechazo de TDM comienza a dar razones para creer en la verdad de uno de mis argumentos: no necesariamente el otorgamiento de derechos beneficia los intereses del acusado. Ahora nos toca analizar si la existencia del derecho a mentir mina el valor epistémico de la palabra del acusado. En el siguiente Capítulo, comenzaré mostrando bajo qué condiciones la palabra de una persona tiene valor epistémico.

²⁰ República Argentina, Código Procesal Penal de la Nación, artículo 298.

²¹ Sobre el dilema y trilema cruel *ver* LAUDAN, L. (2006) *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Criminal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press; p. 253.



2

Epistemología del testimonio y sus diferentes aproximaciones

Como adelanté en la introducción, mi tesis apunta a que la capacidad epistémica del acusado sufre un menoscabo a causa del permiso para mentir descripto en el Capítulo anterior. Dado que el acusado pretende que su declaración sea usada por los decisores como fuente de información –como una buena razón para creer en la verdad de lo que dice– podemos entender que sus palabras son un testimonio.²² Es decir, el acusado quiere brindar información a sus escuchantes (decisores) a través de sus afirmaciones. Por ejemplo, un acusado que en un juicio afirma “en la noche del crimen estaba en lo de mi pareja”, pretende que los decisores formen la creencia que en la noche del crimen estaba en lo de su pareja. El descomillado, que a primera vista podría parecer superfluo, es vital para poder distinguir entre la expresión del acusado y el efecto epistémico que ésta puede generar en sus escuchantes. Dicho efecto es la calidad distintiva del fenómeno testimonial: *que alguien diga algo y que otro le crea.*²³

En este Capítulo me dedicaré a reponer algunas de las principales posturas epistemológicas del testimonio. Esto lo hago para mostrar *qué* tiene que pasar en una conversación para que el escuchante esté justificado en creer en lo que el hablante le dice. Una vez que tengamos en claro cuando un testimonio es exitoso, al menos siendo capaz de generar creencias justificadas, podré argumentar por qué la declaración del acusado (un testimonio en sentido amplio) no tiene las credenciales justificatorias para ser creída.

²² Esta asunción va de bruceas con otras formas de entender el rol del acusado en el proceso penal. Por ejemplo, autores como Alberto Binder entienden que concebir al acusado como fuente de información contraría los principios más fundamentales del proceso penal. En el Capítulo 4 me dedicaré a criticar este tipo de creencias sobre el proceso penal y, en cambio, ofreceré la mía. Ver BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*.

²³ Uso esta frase de manera análoga a cómo la usa el filósofo Richard Moran. Más adelante nos inmiscuiremos en su forma de entender el fenómeno del testimonio. Ver MORAN, R. (2006) “Getting Told and Being Believed” en SOSA, E. Y LACKEY, J. (eds.), *The Epistemology of Testimony*, Oxford: Oxford University Press.



El testimonio

Si analizáramos el origen de nuestras creencias, nos daríamos cuenta que la mayoría fueron adquiridas en virtud del testimonio de otros. La fecha de nacimiento de mis seres queridos (y la mía), las teorías económicas del valor de la mercancía y mi creencia de que a veces soy descortés, surgen de lo que otros me dijeron. Esto evidencia la importancia de la palabra para el desarrollo de la sociedad y el individuo. Una de las condiciones necesarias para poder ser un agente racional y moral es creer en la palabra de otros y ser creído por otros. Solamente somos tomados *en serio* cuando nuestra comunidad nos reconoce como buenos testimoniantes^{24, 25}.

Tomemos como ejemplo de testimonio el siguiente caso.

La Rambla: Juan camina por el centro de Buenos Aires buscando un restaurante llamado *La Rambla*. Al no tener batería en su celular y dado que después de haber buscado suficiente tiempo sigue sin encontrarlo, le pregunta a un transeúnte, Pedro, dónde queda. Pedro le contesta sin titubear: “*La Rambla queda a 2 cuadras y media*”. Juan acepta el testimonio y comienza a caminar.

El caso intenta que nos familiaricemos con un concepto amplio de testimonio utilizado por la epistemología: Pedro le dice algo a Juan con la intención de transmitirle información. En *La Rambla*, el intercambio testimonial es exitoso porque Juan lo acepta al creer en el contenido del testimonio. Ahora bien, la pregunta es ¿por qué es exitoso? O, mejor dicho, ¿por qué Juan está justificado en creer en el testimonio de Pedro?

²⁴ Con ‘testimoniante’ me refiero a la persona que afirma una proposición con la intención de transmitir información a un interlocutor o audiencia.

²⁵ Esta conclusión la infero del argumento desarrollado por Seana Schiffrin sobre el valor de la conversación para las sociedades liberales modernas. Continuaré haciendo referencia a ella y su teoría del lenguaje. Ver SCHIFFRIN, S. V. (2014) *Speech Matters. On Lying, Morality, and Law*, Princeton y Oxford: Princeton University Press; p. 2.



Antes de contestar el interrogante es necesario hacer dos aclaraciones. Primero, mi interés en este trabajo no es hablar de la relación epistémica de las personas con objetos o lugares (creo justificadamente que la Universidad Di Tella queda en el barrio de Belgrano) o de prácticas (sé andar en bicicleta)²⁶ Mi interés, en cambio, es el valor epistémico de las proposiciones y, principalmente, aquellas proferidas por el acusado en el marco de un proceso penal argentino. Esta afirmación no quita que para que un escuchante pueda conocer la proposición proferida por un hablante necesite un *saber-cómo* (e.g. saber cómo actuar en la práctica normativa de la cual participa).²⁷ Segundo, dado que mi propuesta está dirigida a dar cuenta que los decisores (escuchantes) no están justificados para creer en la declaración (testimonio) del acusado, la única dimensión del fenómeno testimonial que me interesa es la *justificatoria*. Es decir, qué tiene que suceder en el mundo par que un escuchante crea justificadamente en la afirmación del testimoniante.

A continuación, repondré argumentos para dar cuenta por qué Juan cree justificadamente, lo que no implica necesariamente que Juan *conoce* que “*La Rambla queda a 2 cuadras y media*”. Refuerzo esta distinción por la polivalencia que tiene el concepto que refiere lo ‘epistémico’. Si bien aquí me ocuparé de la pata justificatoria, los epistemólogos del testimonio suelen encargarse de dar cuenta cuando alguien *conoce* una proposición. Clásicamente se ha dicho que conocer una proposición (*p*) implica satisfacer, al menos, 3 requisitos: (i) *creer* que *p*; (ii) estar *justificado* en creer que *p*; y (iii) que *p* sea *verdadera*. Si tuviéramos que esforzarnos para dar cuenta de si Juan *conoce* lo que dice Pedro deberíamos explicar la satisfacción de los requisitos (i) y (iii), que el escuchante efectivamente forme la creencia de que lo testimoniado es verdadero y que el testimonio sea de hecho verdadero. Incluso aunque cumpliera con los tres requisitos, se

²⁶ A diferencia de este tipo de relación epistémica, que podríamos clasificar como un saber-cómo (*know-how*) el que analizaremos aquí se aproxima a lo que se entiende como *saber-qué* (*know-that*). Sobre la diferenciación entre tipos de conocimiento ver WILLIAMS, M. (2001) *Problems of Knowledge*, Oxford: Oxford University Press; p. 19.

²⁷ Autores como Robert Brandom están de acuerdo con esta afirmación; ver BRANDON, R. (2001) *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge y London: Harvard University Press.



podría exigir una cuarta condición para que el caso no sea considerado un *Gettier*.²⁸ En definitiva, mi objetivo no es dar cuenta de si se satisfacen los requisitos para que los decisores conozcan la declaración del acusado, sino si están *justificados para creer* en las afirmaciones realizadas por él.

Reduccionismo, No-Reduccionismo y la Concepción de la Garantía

Para responder al interrogante sobre cuando podemos estar justificados para creer en un testimonio –como en *La Rambla*– expondré tres formas de entender el fenómeno testimonial: el Reduccionismo, el No-Reduccionismo y la Concepción de la Garantía.

El Reduccionismo entiende que un escuchante cree justificadamente un testimonio si y solo si tiene, al menos, una razón autónoma para creer en él.²⁹ Es decir, para creer justificadamente en un testimonio no alcanzaría con la fuerza del propio testimonio sino que es necesario la disponibilidad de razones de otro tipo, no testimoniales. Esto implica entender que el testimonio no es un hecho básico, con fuerza justificatoria en sí mismo, sino que tendrá valor solamente si se apoya en otros hechos más básicos. Estos pueden ser las creencias formadas por la percepción, la memoria y/o por la capacidad inferencial del escuchante. De la misma forma que el termómetro no me *dice* mi temperatura corporal, sino que habilita que inductivamente y haciendo uso de otros hechos llegue a conocer mi temperatura, el testimonio humano debe estar respaldado por otros hechos para que el escuchante pueda creer justificadamente en él.

Volviendo a *La Rambla*, la persona que recibe la información sobre donde queda el restaurante *La Rambla* (Juan) cree justificadamente la proposición (*p*) solo si tiene

²⁸ Sobre los casos *Gettier* ver GETTIER, E. (2013) “¿Una creencia verdadera justificada es conocimiento?”, *Disputatio. Philosophical Research Bulletin*, Universidad Salamanca, 2 (3), pp. 185 – 193. Para ver un análisis de las diferentes explicaciones de la ‘cuarta condición’ ver LACKEY, J. (2008), *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, Oxford: Oxford University Press; pp. 55-56.

²⁹ Para una explicación reduccionista del fenómeno testimonial ver FRICKER, E. (1987) “The Epistemology of Testimony”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, Vol. 61, pp.57-83.



razones autónomas positivas para creer en la verdad del testimonio realizado por el hablante (Pedro). Como dice Jennifer Lackey, la tesis reduccionista consta de dos sub-tesis: la *Tesis de la Reducción* y *Tesis de las Razones Positivas*. A través de la composición de ambas llegamos a la siguiente definición del reduccionismo.

Reduccionismo (R)³⁰: En el marco de un intercambio testimonial entre un hablante, A, y un escuchante, B, B cree que *p* justificadamente con base en el testimonio de A si y solo si:

(R1) B cree que *p* en virtud del contenido del testimonio ofrecido por A, y

(R2) B tiene *razones positivas no-testimoniales* suficientes para aceptar el testimonio de A.

En pos de buscar qué razón justificaría la formación de Juan de la creencia que *p*, el reduccionismo propone dos alternativas, excluyentes entre ellas, para realizar la búsqueda. Por un lado, el reduccionismo *global* busca razones que justifiquen creer en los testimonios de forma general. Es decir, alcanza con que Juan tenga una razón para creer generalmente en testimonios como el de *La Rambla* para tener una razón para creer en este testimonio en particular. Por ejemplo, que generalmente los transeúntes afirmen proposiciones verdaderas cuando se le preguntan por una dirección, es una razón inductiva para que Juan crea *p* en esta instancia.³¹

Por otro lado, el reduccionismo *local* entiende que no es suficiente tener una razón positiva de carácter general, sino que es necesario que el escuchante cuente con una razón que justifique la aceptación de este testimonio en particular. En nuestro caso, Juan necesitaría una razón que justifique la aceptación de *este* testimonio y no, como plantea el reduccionismo global, una razón que justifique la aceptación de testimonios como este en general.³²

³⁰ Mi definición se asemeja, con algunas diferencias, a la brindada por Jennifer Lackey; ver LACKEY, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, pp. 142-145.

³¹ El filósofo escocés David Hume estaría de acuerdo con este razonamiento inductivo; ver *ibid* 158-159; y LITTLEJOHN Y CARTER, *ibid* nota 33, p. 276.

³² LACKEY, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, pp. 148-149.



En cambio, el No-Reduccionismo³³ entiende que el intercambio testimonial tiene éxito si no hay razones que derroten la creencia en el testimonio. Siempre y cuando no haya hechos, creencias o dudas que sirvan como razones para no creer en el testificante, o en sus afirmaciones, el escuchante está justificado en aceptar el testimonio. En este sentido, para el No-Reduccionismo el testimonio sí es un hecho básico capaz de generar autónomamente una creencia justificada.

Considerando *La Rambla*, alcanza con que Juan no tenga razones que derroten la justificación de su creencia en el testimonio de Pedro. Así las cosas, dado que en el espacio de razones de Juan no hay ninguna que hable de que Pedro no es testificante competente, o que Pedro tiene el pasatiempo de mentirle a los transeúntes que le preguntan por direcciones (o que Pedro tiene permitido mentir), podemos concluir que la aceptación de su testimonio por parte de Juan está justificada. Podemos definir la Tesis No-Reduccionista de la siguiente forma.

No-Reduccionismo (NR): En el marco de un intercambio testimonial entre un hablante, A, y un escuchante, B, B cree que p justificadamente con base en el testimonio de A si y solo si:

(NR1) B cree que p en virtud del contenido del testimonio ofrecido por A,

(NR2) B no tiene derrotadores (normativos o psicológicos) no-derrotados para no creer en el testimonio de A.

Por último, hay una clase de tesis no-reduccionistas conocidas como las ‘posiciones interpersonales’. La Concepción de la Garantía (*Assurance View*), cuyo principal representante es Richard Moran, es parte de ellas y la que a efectos de nuestro trabajo es

³³ Para inmiscuirse en la posición no-reduccionista ver COADY, C. A. J. (1992) *Testimony. A Philosophical Study*, Oxford, Oxford University Press; STRAWSON, P. F. (1994) “Knowing from Words” en KRISHNA MATILAL, B. Y CHAKRABARTI, A. (eds), *Knowing from Words. Western and Indian Philosophical Analysis of Understanding and Testimony*, Londres, Springer Dordrecht; y OWENS, D. (2006) “Testimony and Assertion”, *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 130, No. 1, Epistemic Virtues and Virtue Epistemology (Jul., 2006), pp. 105-129.



la más relevante.³⁴ Esta escuela del testimonio entiende que para que un intercambio testimonial sea exitoso, es necesario que el hablante ofrezca una *garantía* por la verdad del contenido de lo que afirma. Según Moran, el elemento distintivo del testimonio es que éste, cuando es exitoso, es una razón para que el escuchante crea en lo afirmado, lo que podrá ser aceptado justificadamente si el hablante garantiza apropiadamente su verdad responsabilizándose por ella. La transferencia epistémica, que el escuchante crea justificadamente en p , implica la creación de una correlación normativa entre hablante y escuchante, la que podemos caracterizar con los siguientes ítems: (i) El hablante garantiza la verdad de p y ofrece su testimonio como razón para creer que p ; y (ii) el hablante asume responsabilidad sobre la verdad de p , lo que a su vez implica (ii.i) que el escuchante tiene el derecho desafiar la verdad de p si hubieran buenas razones para hacerlo; (ii.ii) si el hablante no pudiera justificar su posición, el escuchante tendrá la potestad de reprochar al hablante en cuanto testimoniante; y (ii.iii) el hablante tendrá la posibilidad de retractarse por su insinceridad o error pidiendo las disculpas correspondientes.

Para resumir lo dicho hasta aquí sobre la postura de Moran, nos sirve definir su visión de la siguiente manera.

Concepción de la Garantía (CG): En el marco de un intercambio testimonial entre un hablante, A, y un escuchante, B, B cree que p justificadamente con base en el testimonio de A si y solo si:

(CG1) A cumple las normas de aserción al afirmar p (lo hace intencionalmente y sinceramente) y, por ende, ofrece p como razón para que B crea en su verdad,

(CG2) A garantiza la verdad de p responsabilizándose por ello (A ‘da su palabra’), lo que implica (CG2.1) otorgar el derecho a B para desafiar a A –si hubieran buenas razones– y (CG2.2) A se obliga a justificar la afirmación de p ; y

(CG3) B no tiene derrotadores no-derrotados (psicológicos o normativos) para no tomar a p como razón para creer que es verdadera.

³⁴ MORAN, R. (2005) “Problems of Sincerity”, Proceedings of the Aristotelian Society 105, no. 1: 325-345; y *Getting Told and Being Believed*.



En palabras de Moran, “desde la posición garantista, la dependencia de que alguien asuma libremente la responsabilidad de la verdad de P, presentándose como una especie de garante, me proporciona una razón característica para creer, diferente de cualquier otra proporcionada por la evidencia por sí sola”.³⁵ De esta forma, dado su aspecto no-evidencialista, su aproximación al fenómeno testimonial se diferencia rotundamente de la tesis Reduccionista. Esto es así porque, principalmente, lo que garantiza el éxito del intercambio testimonial para CG es un hecho normativo y no epistémico. Según Moran, en los intercambios testimoniales –particularmente cuando alguien le dice algo a alguien con la pretensión de que le crean– el fenómeno epistémico (que le crean) es parasitario de la configuración (explícita o implícita) de un hecho normativo: el ofrecimiento de la garantía por la verdad de lo afirmado y su aceptación por parte del escuchante.

No solo creo que la Concepción de la Garantía tiene una gran atracción intuitiva sino que su lenguaje normativo (sobre responsabilidades, derechos y obligaciones) es relevante para el presente trabajo. Es por esto que en lo que sigue utilizaré su metodología para analizar el fenómeno que aquí me interesa. Ahora bien, dada cualquier teoría sobre el testimonio, la falta de una prohibición de mentir hace que los oyentes no tengan razones para creerle a quien testimonia. Por ejemplo, podría analizar el permiso del acusado para mentir como un derrotador del peso epistémico de su declaración, lo que equivaldría a decir que el permiso es una razón inductiva para elevar la probabilidad de que el acusado esté mintiendo. Sin embargo, por razones de cercanía lingüística y conceptual, utilizaré el programa de la Concepción de la Garantía.

Testimonio formal y testimonio natural

Antes de comenzar con el análisis propuesto para el próximo Capítulo, es necesario responder a una objeción plausible. Podríamos pensar que la declaración del acusado en juicio es diferente al fenómeno testimonial que describimos en este Capítulo. La objeción sería que los requisitos para que un decisor acepte la declaración del acusado son

³⁵ MORAN, *Getting Told and Being Believed*, p. 279



diferentes a los de *La Rambla* o, de forma más general, los casos donde una persona le dice algo alguien para que le crea. A diferencia del testimonio natural, las afirmaciones de los participantes del proceso penal se encuentran circunstanciadas por hechos jurídicos. Algunos autores otorgan a estas afirmaciones, aquellas realizadas por los testigos (oculares), testigos expertos y el acusado, el mote de *testimonio judicial*.³⁶ Sin embargo, dado que el rol del acusado en nuestro sistema penal es algo opaca, principalmente porque no es considerado testigo, surge una duda sobre la naturaleza de su declaración.

La opacidad se produce por el hecho que analizamos en el anterior Capítulo: para el proceso penal argentino el acusado no es testigo y no debería serlo. De forma clara, este hecho pone en duda la posibilidad de entender la declaración del acusado como un testimonio, no solo legal sino también natural. El Código Procesal Penal argentino se encarga de diferenciar la calidad de las proposiciones que afirma el ‘testigo’ con aquellas afirmadas por el acusado. Las últimas son afirmadas en carácter de ‘declaración’ mientras que las primeras sí son el objeto de un testimonio (en un sentido restringido). En este sentido, dado que la ley argentina entiende a las palabras del imputado como una ‘declaración’ y no como un testimonio judicial.³⁷ Ahora bien, esta interpretación, que niega a la declaración del acusado como un testimonio (judicial) es el camino más rápido para aceptar mi hipótesis. Si aceptamos que además de la diferencia nominal la palabra del acusado es cualitativamente diferente a la de un ‘testigo’, también aceptamos la diferencia entre la capacidad epistémica del acusado y la de los coparticipantes del proceso penal.

³⁶ Duncan Pritchard dice que "entenderemos al testimonio judicial como la transmisión de información intencional y verbal hecha por el testigo bajo juramento en un juicio" (Texto original en inglés: "we will understand 'legal testimony' as being the intentional and verbal transmission of information by witnesses under oath in a legal trial"; traducción realizada por mí); ver PRITCHARD, D. (2004) "Testimony" en DUFF, R. A., FARMER, L., MARSHALL S. Y TADROS, V. (eds.), *The Trial on Trial. Volume 1. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford y Portland, Oregon: Hart Publishing; p. 111. Diferencio al acusado de los testigos con el propósito de ser respetuoso con la regulación procesal penal argentina; como espero que quede claro al leer el presente trabajo, mi propuesta implica no diferenciar la naturaleza del testimonio de cualquiera de las personas que hablan en el proceso penal.

³⁷ Tomo el cuidado de respetar de la regulación actual argentina en cuanto a este término. Sin embargo, también creo que da cuenta de la desigualdad epistémica que le pesa al acusado.



En este punto podemos elegir entre tres caminos. El primer camino sería aceptar que las afirmaciones que el acusado realiza en el proceso penal no son compatibles en absoluto con el análisis epistemológico del testimonio. Una segunda posibilidad sería la de omitir la discordancia verbal y asumir que, aunque el acusado argentino no testifique formalmente –dado que no declara bajo juramento–, su intención es la de producir prueba en sus escuchantes de la misma forma que lo hacen los testigos, convirtiendo así su declaración en un verdadero testimonio legal. Y la última y tercera vía sería la de tomar su declaración como un testimonio natural i.e. afirmaciones que tienen la misma naturaleza que la de casos como *La Rambla*.

Antes de esbozar una posible respuesta, pensemos por qué nuestra regulación querría diferenciar la calidad epistémica de la palabra del acusado y la del testigo. Se pueden esgrimir tres razones: (i) el imputado tiene interés en el éxito de su afirmación mientras que los demás participantes no lo tienen; (ii) el acusado tiene derecho a declarar mientras que el testigo está obligado a declarar; y (iii) el acusado no carga con la amenaza de ser castigado por falso testimonio mientras que los demás participantes sí. Entiendo que (i) no es el caso, dado que todo participante del proceso tiene el interés de afirmar proposiciones con valor epistémico suficiente para ser creídas, máxime el testigo al cual le pesa la obligación de decir la verdad y, por ende, quiere más que nadie no mentir; no obstante esto, sí entiendo que (ii) y (iii) son verdaderas.

Si aceptamos esto y, por ende, dictamos la verdad del primer camino, este podría ser el último párrafo de mi tesis. Quedaría decir, tan solo, que las consecuencias de aceptar esto son injustas para el estatus normativo y epistémico del acusado hasta el punto de quitarle toda subjetividad, lo que torna inconstitucional a la distinción jurídica entre acusado y testigos. En otras palabras, mientras que los ‘testigos’ (‘de causa ajena’) son fuentes de información, los acusados no lo son y, tampoco, según la ley argentina, deberían serlo. Sin embargo, creo fervientemente que si no realizara un análisis normativo y epistémico completo para entender la relación entre el permiso para mentir y sus consecuencias en el estatus del acusado, sería injusto con el objetivo de mi propuesta. La distinción epistémica entre la declaración del acusado y los demás hablantes en el juicio no es suficientemente relevante como para aseverar que las afirmaciones del primero no



puedan ser entendidas como un testimonio en términos epistemológicos. Lo relevante en términos epistémicos es que la declaración del acusado tiene las mismas condiciones y el mismo propósito que la de los testigos. Como dijimos al comienzo del párrafo, el interés de todo hablante dentro del proceso penal es el mismo: generar información en sus escuchantes a través de su palabra. Es por esto que una vez que el acusado decide hablar, y aunque no se le exija la promesa de decir la verdad, la naturaleza de su declaración se corresponde con la de un testigo. Ambos pretenden que sus escuchante –el juez, el jurado, el fiscal, los abogados, incluso la sociedad– crean en la proposición que están afirmando a través de su testimonio. Es por esto que, dado el camino espinoso que nos propone la legislación argentina, el mejor escenario es analizar las afirmaciones del acusado en tanto *testimonios naturales*.



3

El permiso del acusado para mentir y el valor epistémico de su declaración

Mi intuición es que el permiso del acusado para mentir impide que su declaración pueda ser creída justificadamente por sus escuchantes. Dado que el acusado tiene permitido no cumplir con las normas de una conversación, los escuchantes no pueden creer justificadamente en el contenido de sus afirmaciones. Si el escuchante (decisor) no logra asumir que el hablante (acusado) debe ser sincero al decir p , el primero no puede estar justificado en creer p en virtud del testimonio del segundo. El permiso exime de reproche al acusado en el caso que mienta, es decir, éste no tiene siquiera la posibilidad de responsabilizarse por el contenido de su declaración. En términos de la Concepción de la Garantía, su testimonio no puede ser razón para creer que su contenido es verdadero porque el permiso socava la posibilidad de que el acusado pueda responsabilizarse por él. En el presente Capítulo analizaré con detalle la ligazón entre el permiso del acusado para mentir y por qué sus escuchantes no pueden creer justificadamente en su declaración. En pocas palabras, la palabra del acusado pierde valor epistémico porque el acusado (i) no es tomado seriamente (como alguien que puede ser sincero) y (ii) porque no puede responsabilizarse por la verdad de p (no puede otorgar garantía por la verdad de lo testimoniado).

Como ya he repetido a lo largo del trabajo, el acusado tiene permitido mentir. Ahora bien, comencemos analizando la premisa contraria, ¿por qué querríamos prohibirle mentir a un participante del proceso penal? La razón subyacente de nuestro delito de falso testimonio es la misma que en otros países. La ley de perjurio –o falso testimonio en Argentina– intenta salvaguardar el buen funcionamiento de la administración pública y, particularmente para nuestro interés, de la administración de justicia. El sentido de la norma parece ser claro: la mentira debilita el buen funcionamiento de las prácticas sociales cooperativas. Incluso, hay razones para pensar que, de triunfar la mentira en una



práctica social, indefectiblemente ésta se rompería. De aquí se desprende que no solo hay buenas razones para imponerle al acusado la prohibición de mentir, sino que toda práctica social cooperativa, como lo es el derecho, necesita basarse sobre una regla que explícita o implícitamente prohíba mentir. Pensemos en la práctica médica. Si el médico de guardia tuviera permitido mentir en su diagnóstico –i.e. que no tenga consecuencias por decir algo que no cree– no confiaríamos lo suficiente en su palabra para otorgarle autoridad. Dado que el médico tendría permitido mentir, éste no sería responsable por no ser sincero y, por ende, su palabra perdería valor epistémico porque no logra ofrecer la garantía necesaria. Aún si concediéramos que de hecho la práctica podría seguir existiendo, se trataría de una práctica, en algún sentido, rota o defectuosa.

Por esta razón, prácticas como la medicina o la abogacía explicitan dicha regla en sus códigos de ética. Sin embargo, no es necesario que la razón subyacente a la que me refiero se formule para dar cuenta de la importancia que tiene en el buen funcionamiento de nuestras prácticas. Dicha regla impera implícitamente en los intercambios y acciones que realizamos en nuestra vida cotidiana. Una forma de explicitarla es la siguiente:

Presunción de Sinceridad (PS)³⁸: Toda persona B que escucha la afirmación p proferida por un hablante A acepta por default que A cree en la verdad de p (que A es sincero).

Volviendo a PS, ésta no es más que la representación conceptual de lo que normalmente hacemos cuando hablamos. Cuando intercambiamos información de forma racional, o al menos nos esforzamos para que así sea, implícitamente aceptamos que nuestro interlocutor pretende decir la verdad. De esto no se sigue que alcanza afirmar p para que B pueda creer justificadamente en la verdad de p . Otra cosa, como la existencia de una suficiente garantía normativa, debe también ser ofrecida por A. Sin embargo, aun cuando

³⁸ Esta explicitación tiene una relación directa con la forma en la que Seana Schiffrin entiende la conversación, la que más adelante repondré brevemente; ver SCHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, p. 11-12. También tiene una relación, aunque más indirecta, con el entendimiento de la conversación de Paul Grice; éste explicitaba dicha presunción en términos de una máxima de Cualidad, o también llamado principio de caridad: “Trate usted de que su contribución sea verdadera”; ver GRICE, P. (1991) “Lógica y Conversación”, en Valdés Villanueva, L. ML. (ed.) *La Búsqueda del Significado. Lectura de Filosofía del lenguaje*, Madrid: Tecnos; p. 516.



un testimonio es derrotado por la existencia de otro hecho, la palabra del hablante tuvo que haber podido ser asumida como tal.

Aquí es donde entra en juego un concepto que es introducido por la explicitación de PS: la afirmación. Si bien ya había utilizado este concepto a lo largo del trabajo, la afirmación tiene una acepción técnica en la filosofía del lenguaje. Una afirmación –o una aserción³⁹– es un acto lingüístico por el que un hablante indica que la proposición expresada -i.e. el contenido de la expresión o formulación lingüística usada- es verdadera. Es decir, B afirma p cuando su intención es indicar a través de un acto lingüístico que p es verdadera. De forma contraria, B no afirma p cuando su intención no es esta. Por ejemplo, normalmente alguien que dice que “la Universidad Torcuato Di Tella queda en el barrio de Belgrano” está realizando una aserción, pues su intención es indicar que, efectivamente, la UTDT queda en Belgrano. En cambio, normalmente quien dice “¿la Universidad Torcuato Di Tella queda en el barrio de Belgrano?”, no está realizando una aserción, pues su intención no es indicar que la UTDT queda en Belgrano sino indagar al respecto.

Consecuentemente, la aserción es fundamental para nuestra construcción del mundo. A través de ella podemos explicitar nuestras creencias, dárselas a conocer a nuestros escuchantes y así, a través del testimonio, estos últimos pueden formarse nuevas creencias o reconfigurar anteriores. Es por esto que PS parece esencial para el fomento de la vida en comunidad. Dado que dependemos de la palabra de los demás para formar la imagen de nuestro mundo, es crucial construir puentes conversacionales fiables. Es decir, es importante asegurar que la práctica conversacional sea efectiva para entrar en contacto con lo que el otro *realmente* cree. PS es una herramienta necesaria para cumplir con este objetivo.

Ahora bien, ser un hablante competente implica, al menos, tener la posibilidad de cumplir ciertas normas que rigen el lenguaje y, en este caso, la aserción. Entre ellas se encuentra la regla que nos obliga a ser sinceros cuando decidimos hacer uso del habla. Ésta sería una manifestación subalterna de PS: A debe afirmar p si y solo si *cree* en p

³⁹ En el presente trabajo utilizo indistintamente los términos *afirmación* y *aserción*.



(Norma de Aserción de la Creencia –NAC)⁴⁰. Algunos filósofos, incluso, entienden que un hablante solo tiene permitido afirmar p si conoce p (Norma de Aserción del Conocimiento –NACo).⁴¹ Otros argumentan que un hablante solo tiene permitido afirmar p si está justificado en creer que p (Norma de Aserción de la Justificación –NAJ)⁴². Más allá del análisis sobre cuál de las normas es la correcta, lo cierto es que, como todo acto de habla, la aserción está regulada por ciertas normas cuyo incumplimiento hacen reprochable a la acción. De todas formas, dado que NAC es la más débil, ya que las otras formulaciones requieren más condiciones que la creencia, me alcanzaré con ésta para construir mi argumento.

La Presunción de Sinceridad expresa, entonces, la aceptación por default del seguimiento del hablante de la Norma de Aserción. Hablante y escuchante consienten en conversar y, a efectos de tener un resultado provechoso, asumen que su interlocutor cree en la proposición que afirma. Es por esta razón que si el hablante mintiera –incumple con NAC– el escuchante tiene permitido reprocharlo. En otras palabras, A, dado que consiente entrar en una práctica conversacional donde impera PS, es responsable por el incumplimiento de NAC.

Hasta aquí analicé la existencia de la Presunción de Sinceridad en nuestras conversaciones y aparejado a esto, mencioné las normas que rigen en dichos contextos (NAC). Una de estas es la prohibición de mentir o, equivalentemente, la obligación de no mentir. Sin embargo, hay contextos en los que el escuchante *no debe* presumir que el hablante es sincero. En este tipo de situaciones PS está suspendida en virtud de un hecho y, normalmente, por la consecución de algún objetivo.⁴³ Pensemos en los siguientes ejemplos:

*Teatro*⁴⁴: Un viernes por la tarde Jorge y Alicia deciden ir al teatro y, debido al clima cálido y despejado, caminan hasta allí. Llegando al final

⁴⁰ BACH, K. (2008) “Applying Pragmatics to Epistemology.” *Philosophical Issues*, Vol. 18, pp. 68–88.

⁴¹ WILLIAMSON, T. (1996) “Knowing and Asserting”, *The Philosophical Review*, Vol. 105, No. 4, p. 494.

⁴² LACKEY, *Learning from Words. Testimony as a Source of Knowledge*, p. 103-140.

⁴³ SCHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and Law*, p. 16.

⁴⁴ El diseño de la historia tuvo como influencia el tratamiento de la aserción por parte del filósofo Gottlob Frege; ver FREGE, G. (2017) “El Pensamiento” en *Escritos Lógicos-Filosóficos*, Buenos Aires: Colihue.



de la obra uno de los actores, con el que Jorge está fascinado por su naturalidad para la actuación, quiebra la cuarta pared y dice: “Jorge, hoy es viernes por la tarde y me encantaría estar en tu casa pero dado *que está lloviendo* me quedaré en mi cama”. Jorge –que detesta acérrimamente la lluvia– al escuchar la expresión proferida por el actor, decide pedir un taxi para volverse del teatro sin que la lluvia lo moje. Una vez terminada la obra la pareja sale del teatro y ven el taxi esperándolos pero, de hecho, el clima continúa siendo cálido y el cielo estando despejado. Alicia, que hubiera preferido no tomar un taxi, le reprocha a Jorge su acción irracional, a lo que Jorge contesta: “¡Perdón! ¡Actuaba tan bien que le creí!”.

Clase: Juana es profesora de inglés y le pide a su alumno, Carlos, que cuente en dicho idioma una historia verosímil y en primera persona. En el medio de la historia que Carlos relata, éste afirma que está perdidamente enamorado de Franca, una compañera de clase que se encuentra presente en el aula. Al terminar la clase, Franca, que siempre estuvo enamorada de Carlos, lo invita a su casa pero éste responde negativamente de forma intempestiva y sin remordimientos. Franca, sorprendida y angustiada, le reprocha que le haya mentido en clase y Carlos le contesta: “¡Si no tenía que decir la verdad en clase!”.⁴⁵

En ambos contextos, el teatral y el lectivo, los hablantes no tienen la obligación de ser sinceros, es decir, de limitarse a afirmar proposiciones que creen que son verdaderas. La Presunción de Sinceridad está suspendida, lo cual implica que Jorge no está justificado en creer lo que dice el Actor, ni Franca en lo que dice Carlos. Esto sucede porque tanto la audiencia como los compañeros de clase no tienen razón para presumir que están siendo sinceros, *dado que los hablantes tienen permitido mentir*. Esto no significa que las

⁴⁵ La historia está inspirada en un ejemplo de Schiffrin para graficar un contexto suspendido justificadamente (normativamente); ver SCHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality and the Law*, pp. 17-18.



expresiones del Actor y de Carlos no puedan ser, de hecho, verdaderas. Incluso, podríamos modificar *Teatro* mostrando que al salir del teatro efectivamente llovía e igualmente continuaría siendo irracional la acción de Jorge. ¿El hecho que efectivamente llueva torna injustificado el reproche de Alicia? Esto es incorrecto; lo que hace justificado el reproche de Alicia no es la falsedad de lo afirmado por el actor, sino que el hecho de que Juan no tenía ninguna razón para creer que lo fuera. Lo mismo sucedería con *Clase*; aunque Carlos sí fuera sincero en la declaración de amor, éste no podría ser responsable por ello. Para resumir, los escuchantes de los casos *Teatro* y *Clase* no pueden creer justificadamente en la palabra de sus hablantes. Esto está representado en el hecho de que la Presunción de Sinceridad está suspendida ya que el Actor y Carlos tienen permitido mentir.

Lo que muestran los ejemplos es que un hecho normativo (el permiso) puede tener consecuencias epistémicas contundentes. En ambos casos, los escuchantes no pueden creer justificadamente en lo que dicen los hablantes –*output* epistémico- por la existencia de un permiso para ser insinceros –*input* normativo. O, en otras palabras, por más que se esfuercen, los hablantes de los ejemplos traídos aquí, no podrán realizar afirmaciones que sean una razón para que sus escuchantes crean que lo que dicen es verdadero. Seana Schiffrin llama a este tipo de situaciones normativas-epistémicas como contextos de suspensión (de PS) normativa, lo cual refiere a prácticas donde la insinceridad del hablante es razonable y está *justificada normativamente*.⁴⁶

De la misma forma que en los casos expuestos, el acusado y su audiencia *no* comparten un contexto con la misma presunción. Mientras que los decisores (y todos los demás participantes) tienen prohibido mentir, el acusado lo tiene permitido. Así las cosas, los escuchantes del acusado se acogen a la Presunción de Sinceridad y sus Normas de Aserción concordantes, pero el acusado no lo hace ni puede hacerlo. El argumento puede ser formulado de la siguiente manera:

Acusado Epistémicamente Impotente (AEI):

⁴⁶ SCHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, p. 16.



(P1) Dado el permiso que tiene el acusado para mentir, éste no es responsable por lo que afirma (i.e. no puede ser reprochado por ser insincero en sus afirmaciones)

(P2) Por la misma razón, el acusado y los decisores comparten un contexto donde la Presunción de Sinceridad está normativamente suspendida (i.e. elimina la seriedad de sus acciones como en *Teatro* o en *Clase*).

Por lo tanto,

(C1) La declaración del acusado no es en sí misma una buena razón para que sus escuchantes crean en lo que dice

El permiso no permite siquiera que la audiencia use la palabra del acusado como una razón. En este sentido, el permiso del acusado para mentir inhabilita la posibilidad que el decisor acepte como verdadera la proposición proferida por el acusado en virtud de que fue afirmada por él.⁴⁷ Según Jonathan Dancy, un hecho no solo puede contar a favor o en contra de hacer algo sino que también puede habilitar o inhabilitar la evaluación de razones. Por ejemplo, haber prometido devolver el dinero que me prestaron puede ser una razón para devolver el dinero. Ahora bien, el hecho que no me coaccionaron a realizar la promesa no cuenta a favor de cumplir la promesa sino que *habilita a* que el hecho de que haya prometido devolver el dinero pueda ser efectivamente una razón a favor de devolver el dinero. En cambio, el hecho que me hayan coaccionado a realizar la promesa *inhabilita* la posibilidad que mi expresión pueda ser entendida como una razón a favor para devolver el dinero.⁴⁸ El acto de promesa es *cancelado* en virtud de haber sido coaccionado para realizarlo y lo que queda es una *locución normativamente impotente* (i.e. una que no es una razón para el promitente).

Lo mismo sucede en la conversación del acusado con los decisores. Su declaración se vuelve epistémicamente impotente a causa del permiso para mentir. La existencia del permiso, es decir, el conocimiento por parte de los decisores de que el imputado puede

⁴⁷ DANCY, *Ethics without Principles*, pp. 38- 43.

⁴⁸ El ejemplo de Dancy es parcialmente diferente pero respeto lo esencial de él; *ver ibid* p. 38.



mentir *sin reproche*, inhabilita la posibilidad de evaluar el peso de su afirmación. Epistémicamente hablando, la palabra del imputado no puede ser considerada por sus escuchantes como una razón para creer en lo afirmado. Análogamente a como sucede en *Teatro* o *Clase*, dado el permiso para mentir que poseen los participantes, la palabra del acusado no puede ser una *razón* para que sus escuchantes crean en el contenido de ella.

Para asimilar el daño que esta conclusión produce es necesario tener en cuenta el estatus normativo y epistémico de los demás participantes del proceso. Recordemos que en el Capítulo 1 di cuenta de que a todos los demás participantes sí les pesa una prohibición de mentir. Para graficar este escenario, y las consecuencias que conlleva, puede ser relevante analizar un caso como el siguiente.

Escalador: Horacio se propone llegar al pico de una montaña pero antes necesita contar con la garantía de que los dispositivos de seguridad colocados en ella se encuentran en buen estado. Entre la base y la cima de la montaña, justo antes de comenzar la escalada, encuentra el refugio que forma parte del Club Andino el cual se encarga del mantenimiento de los dispositivos de seguridad. Horacio sabe que sus integrantes, al comenzar a formar parte del Club, prometen el cumplimiento de un Código de Ética que los obliga a cumplir con la manutención de las vías procurando la seguridad de los visitantes. Llegado al refugio, un Integrante del Club y responsable de seguridad le garantiza que no suba dada la falta de manutención de los dispositivos; sin embargo, ante la tristeza por la imposibilidad de lograr su sueño deportivo, un Escalador le asegura con gran ímpetu que la vía que Horacio pretende escalar está en buenas condiciones. Cabe aclarar que éste último no tiene relación alguna con la organización del Club, por ende, no tiene obligación de procurar seguridad a los escaladores.

Más allá del cálculo de probabilidad que se podría realizar entre la fuerza epistémica de los testimonios ofrecidos, el testimonio del Integrante del Club ofrece algo que no puede ofrecer aquel del Escalador. Podemos suponer que ambos testimoniante, el Integrante y



el Escalador –implícitamente– se acogen a la Presunción de Sinceridad. Ambos entienden que si hablamos debemos presuponer que estamos siendo, al menos, sinceros y, por ende, que tenemos prohibido mentir. Sin embargo, el acogimiento a la Presunción del Integrante del Club a través de su consentimiento a respetar el Código de Ética, otorga una garantía extra que no puede entregar el Escalador. En este caso, la obligación que le pesa al integrante de Club aumenta el valor epistémico de su testimonio. Si el caso fuera diferente y el Integrante del Club afirmara que la vía está en buenas condiciones, pero en realidad no lo está, Horacio podría reprochar apropiadamente al Integrante por el incumplimiento de su obligación. Incluso, si Horacio sufriera daños en virtud de haber aceptado el testimonio del Integrante no solo lo podría reprochar epistémica y moralmente sino también jurídicamente. De forma contraria, si en *Escalador* Horacio aceptara el testimonio del Escalador, al no estar guiado por las razones correctas, no estaría justificado en reprocharlo de la misma forma que sí lo estaría en relación con el Integrante del Club. *Escalador* expone que, contrariamente a lo que se suele creer en el derecho penal, hay casos donde el otorgamiento de obligaciones beneficia epistémicamente al portador de ella. En cambio, el *permiso que le otorgamos al acusado en vez de beneficiarlo lo hace epistémicamente impotente*. Así, la ecuación ‘más obligaciones=menos beneficios’, aunque superficialmente atractiva es en realidad falsa.

¿Esto significa que no existe posibilidad alguna para que los escuchantes en *Teatro*, *Clase* o el caso del acusado en Argentina, puedan creer en lo que dice el hablante? No, de ninguna manera. Franca podría ser la novia de Carlos y Jorge podría saber que el Actor usualmente es sincero, lo que en ambos casos pueden ser hechos que convierten a las afirmaciones en fuertes razones epistémicas. Sin embargo, y más allá de que dichas situaciones son suficientemente improbables, mi punto es que de todas formas dichos actos de habla no darían al escuchante una razón para creer en lo testimoniado del modo distintivo en que los testimonios pretenden hacerlo.

Una forma de explicar este concepto es trazando una analogía con las promesas. Prometer Φ consiste, aproximadamente, en comunicar la intención de asumir la obligación de realizar Φ por medio de ese mismo acto de comunicación. Esto implica que la promesa emerge de forma distintiva si y solo si la razón para que el promitente realice



Φ es la misma promesa. Sin embargo, no se sigue de esto que una promesa inválida (una promesa sin fuerza promisorio como, por ejemplo, una hecha bajo coacción) no pueda generarle al promitente una obligación de hacer lo prometido. Simplemente significa que las promesas inválidas no le generan al promitente la obligación de hacer lo prometido del *modo distintivo* en que las promesas generan obligaciones. Considérese el siguiente ejemplo:

Plantas: Supongamos que Juan amenaza a Pedro con matarlo a menos que le prometa a su amiga, Juana, que le cuidará las plantas cuando esté de viaje. Al prometerle esto, Juana, que ignora que la promesa fue hecha bajo coacción y es, por ende, inválida, le promete que hará lo mismo por él y en varias ocasiones en las que Pedro se va de viaje, ella le riega las plantas.⁴⁹

Lo que el caso muestra es que, si bien una promesa pueda dar lugar a la obligación respectiva, solamente cuando se corresponde la razón del promitente con la de la promesa, ésta genera obligaciones del modo distintivo que lo hacen las promesas. En *Plantas*, Pedro tiene efectivamente, por una cuestión de reciprocidad, la obligación de cuidarle las plantas a Juana, una obligación que no habría tenido si no le hubiera prometido a Juana que lo haría. No obstante, dado que las promesas bajo coacción son inválidas, esto es, no le generan al promitente la obligación de hacer lo prometido, la promesa realizada por Pedro no le generó una obligación del modo distintivo. Es decir, Pedro tiene la obligación de hacer lo prometido, pero no en virtud de la promesa en sí misma.

En el mismo sentido, un testimonio es exitoso si y solo si la afirmación es ella misma una razón para que la audiencia crea que *p*. Esto no significa que un testimonio no-exitoso no pueda dar razones en un modo no-distintivo. De la misma forma que para Jorge la promesa es, no-distintivamente, una razón para regar las plantas (aunque su promesa haya sido inválida), un escuchante puede estar epistémicamente justificado en creer en la verdad del contenido de un testimonio sin que la razón para creer en él sea el

⁴⁹ Este ejemplo me fue sugerido inicialmente por mi director de tesis, Ezequiel H. Monti.



testimonio en sí mismo. Pensemos en el siguiente caso: mi pareja dice que me engañó mientras duerme.⁵⁰ Esta declaración puede ser una razón para creer en muchas cosas. Incluso puede ser una razón para creer que me engaña (por ejemplo, si la mejor explicación de por qué dijo que me engañaba mientras dormía es que efectivamente me engaña). En cualquier caso, está claro que puedo utilizar su declaración como evidencia. Sin embargo, sus palabras no pueden darme una razón para creer en lo que dijo del modo distintivo en que los testimonios dan razones. La explicación es que mi pareja no es responsable por lo que dijo, ella no está en condiciones de ofrecerme una garantía por la verdad de p . El punto es que no estoy justificado en creer en p porque mi pareja no puede responsabilizarse por lo afirmado.⁵¹ Al ser inconsciente de la acción, mi pareja no está en condiciones de dar razones para defender la verdad de lo que dice. Entonces, aunque yo pueda aceptar su declaración de forma apropiada (esto es, pueda creer que sí es responsable), mi pareja no está en una condición normativa apropiada –no tiene a su alcance las razones suficientes para dar cuenta de lo que dijo en sus sueños– para ofrecer la garantía necesaria. Dado que no se corresponden el ofrecimiento y la aceptación, mi pareja dice que p y, aunque quizá me dé una razón para creer que p , no lo hace de la forma distintiva en que lo hacen los testimonios exitosos. En términos prácticos, podré formar la creencia de que me engaña, pero no estoy justificado en reprocharla por la verdad o falsedad de p y, por ende, no estaré justificado en creer que p en virtud de que lo dijo.

En este punto también confluye mi análisis de la declaración del acusado con la reposición de la Concepción de la Garantía del testimonio de Richard Moran. Recordemos que según CG, no alcanza con el ofrecimiento de la garantía para que el testimonio pueda tener éxito sino que la audiencia debe aceptar la afirmación por las mismas razones por las que el testificante la presentó.⁵² Esta correspondencia entre la razón que entrega el hablante para que creas en su testimonio y la razón por la cual lo acepta el escuchante, es necesaria para que se realice el fenómeno de la forma distintiva: cuando el hablante asume

⁵⁰ Se asemeja al ofrecido por Moran sobre promesas; ver Moran, *Getting Told and Being Believed*, pp. 278-279.

⁵¹ Asumamos, tan solo por el bien del argumento, que ningún estudio psicológico puede garantizar que se puede ser sincero hablando en los sueños.

⁵² MORAN, *Getting Told and Being Believed*, p. 300.



la responsabilidad por la verdad de lo que dice. Por lo contrario, si el testimoniante ofreciera su testimonio como evidencia, o si el escuchante lo aceptara como tal, la naturaleza del testimonio perdería su carácter normativo necesario para que la audiencia crea justificada y distintivamente en lo que el testimoniante dice.

Ahora es cuando debo volver al fenómeno que me interesa. El permiso del acusado para mentir, por las razones que vimos anteriormente, inhabilita que el escuchante crea justificadamente en el contenido de su declaración. Esto no significa que los decisores no puedan creer, todas las consideradas, en la afirmación del acusado. Su afirmación podrá, incluso, constituir *evidencia* para creer en lo afirmado. Sin embargo, según mi propuesta, la declaración no podrá ser razón para creer en lo afirmado por el acusado en el modo distintivo en que el imputado pretende que lo sea. La declaración del acusado podrá ser una evidencia más pero sus escuchantes no la podrán tomar como una razón para creer en su contenido del modo distintivo en que pretende. En resumen, el argumento se consolida de la siguiente manera:

Acusado Epistémicamente Impotente (AEI):

(P1) Dado el permiso que tiene el acusado para mentir, éste no es responsable por lo que afirma (i.e. no puede ser reprochado por ser insincero en sus afirmaciones)

(P2) Por la misma razón, el acusado y los decisores comparten un contexto donde la Presunción de Sinceridad está normativamente suspendida (i.e. elimina la seriedad de sus acciones como en *Teatro* o en *Clase*).

Por lo tanto,

(P3) La declaración del acusado no es en sí misma una buena razón para que sus escuchantes creen en lo que dice

(P4) El permiso del acusado para mentir inhabilita que los decisores evalúen el peso epistémico de su palabra.



(P5) Si bien la declaración del acusado puede ser usada como evidencia, apoyada en otras razones que no son el testimonio, ella no puede ser una razón autónoma para que los decisores creen justificadamente en su contenido.

Por lo tanto,

(C2) El acusado es impotente para dar razones epistémicas del modo distintivo en que lo hacen los testimonios.

Como expone AEI, el acusado argentino pierde el habla en virtud del permiso para mentir; al menos, la pierde de la forma distintiva en que los demás actores del proceso penal sí la poseen. Como he dejado a entrever, el habla permite desarrollarnos como verdaderos agentes morales ya que solo podemos ser tomados seriamente si nos reconocen como hablantes.⁵³ En el Capítulo siguiente analizaré la relación entre la pérdida del habla (distintiva), la agencia moral del acusado y el proceso penal.

⁵³ SCHIFFRIN, *Speech Matters. On Lying, Morality, and Law*, pp. 10-11



4

Fundamentos del derecho procesal penal

En el Capítulo anterior argumenté que el permiso para mentir inhabilita al decisor (escuchante) a creer justificadamente en el contenido de la afirmación realizada por el acusado. En consecuencia, la inhabilitación producida por el permiso convierte al acusado en un sujeto epistémicamente impotente. Pero también señalé, aunque más tímidamente, que el socavamiento no es solo del estatus epistémico sino también del moral.

Mi intuición es que la impotencia epistémica del acusado, también socava su responsabilidad moral. Es decir, el decisor, además de estar justificado en no tomar la declaración del acusado como una razón para creer en su contenido, está justificado en tratar al acusado como un sujeto sin agencia moral. De la misma forma que lo entiendo con respecto a la dimensión epistémica, la consecuencia moral también daña injustamente al acusado y controvierte los fundamentos del proceso penal. Para justificar esto tendré que dar cuenta de dos cosas: (i) dar razones para afirmar que de la conclusión de AEI se puede derivar la irresponsabilidad moral del acusado, y (ii) argumentar por qué es valioso que un acusado sea moralmente responsable. Comenzaré con el segundo ítem y después pasaré al primero.

La cuestión sobre la responsabilidad moral del acusado está íntimamente relacionada con la pregunta sobre el valor del proceso penal. Es decir, ¿por qué diseñamos un proceso institucional con el objetivo de reprochar ciudadanos acusados de realizar conductas incorrectas? La respuesta no parece muy compleja dado que reprocharnos forma parte de nuestra vida cotidiana. Por ejemplo, si le prometo a mi pareja que regaré las plantas y no las riego, ella estará justificada en reprocharme por incumplir la promesa. A contrario de cómo pensaba H. L. A. Hart,⁵⁴ entiendo que el sistema institucional de reproche legal es, de alguna manera, parasitario del sistema de reproche moral y ordinario.

⁵⁴ HART, H. L. A. (2008) *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: University Press.



Entonces, el primer paso de mi razonamiento es aceptar que el proceso penal es la institución que utilizamos para reprochar a aquellos que incumplieron obligaciones de una cierta naturaleza: las que conllevan un castigo penal. Con esto aceptamos indirectamente una cercanía metafísica del sistema de reproche legal (juicio) con el sistema de reproche moral y ordinario. La pregunta sobre por qué sometemos a ciudadanos a un proceso penal se responde mirando al sistema de reproches que se encuentra más cerca y que a su vez es más básico. Este último, el ordinario, se encarga de distribuir la culpabilidad de nuestras acciones que incumplen obligaciones (en general). En cambio, el proceso penal (extraordinario e institucionalizado), distribuye la culpa de aquellos que incumplieron obligaciones *penales*. En definitiva, dado que el sistema de reproches ordinario es anterior y más general, creo que el sistema institucional de reproches es un *sub-conjunto* del sistema de reproches morales.⁵⁵

La relación parasitaria en términos metafísicos me lleva a reflexionar una vez más sobre la última diferenciación que expuse entre el sistema ordinario y el institucional, aquella sobre sus objetivos (o justificatoria). Si bien comparto que el proceso penal sí pretende que sus *outputs* obtengan valor más allá de su relación con el acusado, no creo que éste sea su único objetivo. Creo que hay otros hechos que otorgan valor al proceso penal autónomamente de los efectos provocados por sus soluciones. Me refiero principalmente en cómo el juicio logra responsabilizar a ciudadanos, no solo en un sentido consecuencialista, sino también en un sentido *básico*.

Por un lado, el proceso penal responsabiliza penalmente a alguien (el acusado) por haber incumplido una obligación. Si se prueba su culpabilidad, la consecuencia es una pena que normalmente equivale a prisión. Éste puede eximirse de la responsabilidad defendiéndose de varias formas. Podemos distinguirlas en dos clases: aquellas que niegan el ilícito (*offence denials*) o esgrimiendo defensas *à la Gardner* (justificaciones o excusas).⁵⁶ Es decir, en primer término, el acusado puede negar la verdad fáctica del

⁵⁵ John Gardner, en su introducción a *Punishment and Responsibility* de H.L.A. Hart, hace una marcación similar. Gardner entiende que no hay razones para pensar que el sistema ordinario de castigos sea un sub-conjunto del sistema institucional de castigos. Ver GARDNER, J, "Introducción" en HART, *Punishment and Responsibility*, p. xlix-li.

⁵⁶ Utilizo la definición de justificación y excusas propuesta por John Gardner; ver e.g. Gardner, J, (2007), *Offences and Defences*, Oxford: Oxford University Press; pp. 9-120.



objeto de la acusación; si acusan a X de haber matado a Y, X puede negar su participación en el hecho, o que la acción realizada por X no es un ilícito. En segundo término, el acusado puede explicitar que tenía buenas razones para matar a Y; en este caso X está justificado en matar a Y (casos de mal menor o legítima defensa)⁵⁷ O también, dentro de la segunda categoría de defensas, X puede haber tenido buenas razones para creer que estaba justificado en matar a Y. En este caso, aunque no tenía buenas razones para matar a Y, sí tenía buenas razones para creer que las había y, por ende, X se excusa de ser culpable por la muerte de Y. Si no tiene argumentos para eliminar la ilicitud de su acción o razones para haber realizado el hecho de la acusación, X es culpable y penalmente responsable por la muerte de Y.

John Gardner describe de forma perspicua esta segunda clase de responsabilidad.⁵⁸ Según él, la responsabilidad básica (moral) conlleva la habilidad de poder usar razones. Ésta es un compuesto de dos tipos de habilidades: (i) la capacidad de actuar guiado por las razones correctas⁵⁹; y (ii) la capacidad para dar cuenta de por qué hiciste lo que hiciste.⁶⁰ Su idea es que solo aquellas personas responsables, en este sentido moral y básico, pueden ser *capaces de afirmar defensas*. El argumento es intuitivo y se relaciona directamente con mi reconstrucción de la declaración del acusado en el Capítulo 3: solo alguien moralmente responsable puede afirmar proposiciones que justifiquen sus acciones o se excusen de ser culpables por ellas. Como dice Gardner: “(La responsabilidad básica) es la habilidad para hacerse explicar, para dar cuenta de uno mismo, para contestar por uno mismo, como un ser racional. (...) es exactamente lo que parece: (una) habilidad-responsiva, una habilidad para responder”.⁶¹ Esta forma de dar cuenta racionalmente de uno mismo es lo que, según Gardner, motiva la realización de un juicio, en adición a la búsqueda por la responsabilidad penal. En este sentido, el valor de la responsabilidad penal se deriva de la importancia de escuchar acusados capaces de

⁵⁷ Si es que los casos de legítima defensa entra en la categoría de justificaciones y no de negaciones del ilícito (*wrong denials*).

⁵⁸ GARDNER, *Offences and Defences*, pp. 177-200.

⁵⁹ Cada vez que uso el término ‘razones correctas’ me refiero a *razones no-derrotadas*; aquellas razones que por diferentes motivos son las autoritativas creando obligaciones de forma apropiada en el agente.

⁶⁰ GARDNER, *Offences and Defences*, p. 185.

⁶¹ *Ibid* p.182 (los agregados entre paréntesis son de mi autoría).



dar cuenta robusta y públicamente de ellos mismos.⁶² Entendiendo a la responsabilidad moral y básica como lo hace Gardner, el proceso penal ya no es solamente valioso por sus consecuencias, sino que es intrínsecamente valioso. En este sentido, el juicio será valioso siempre que los acusados se constituyan como agentes capaces de dar cuenta de uno mismo.

Antony Duff llega a la misma conclusión con argumentos ligeramente diferentes. Según él, este tipo de responsabilidad no solo es valiosa sino necesaria para la realización de un proceso penal; que el acusado sea moralmente responsable es *precondición* para que responda por sus acciones (o precondición para que pueda cumplir las *condiciones* punitivas impuestas por determinado sistema penal⁶³). De vuelta, el argumento es intuitivo: solo aquellos que pueden responder moralmente pueden ser llamados a responder por incumplir una obligación penal. De la misma forma que en el ajedrez hay un ganador si y solo si se jugó con 32 piezas y un tablero de determinada forma (sumado a otras reglas constitutivas), según Duff, en la práctica del juicio penal hay un condenado si y solo si éste es moralmente responsable.⁶⁴ La aproximación de Duff emerge de una particular forma de justificar el proceso penal. Ser castigado penalmente es el resultado de un proceso comunicacional entre decisores (escuchantes –también hablantes), acusadores y acusados (hablantes –también escuchantes), el cual presupone entre varias cosas que el acusado sea un ciudadano (moralmente) responsable; en el sentido que, al menos, pueda dar explicaciones al tribunal.⁶⁵ La precondición expuesta por Duff tiene una relación esencial con la posibilidad de dar explicaciones, es decir, con la posibilidad

⁶² *Ibid* p. 191.

⁶³ La dogmática penal argentina, hija de la alemana, describe a estas condiciones con la siguiente fórmula: para ser pasible de una condena, el acusado de haber cometido una *acción, típica, antijurídica y culpable*.

⁶⁴ Cabe destacar que la postura de Duff tiene grandes semejanzas con la de Gardner, pero también profundas diferencias. No entraré en esta discusión aquí, pero solo diré que Duff concibe a la responsabilidad como una capacidad relacional, mientras que Gardner lo hace de manera no-relacional. El primero entiende que solo se es responsable ante alguien y determinada práctica; el segundo que la responsabilidad no es hija de cierta relación sino del mismo hecho de poder ser agentes racionales. De todas formas, si bien difieren en cómo se forma la responsabilidad, concuerdan en la naturaleza de las razones que configura el ser responsable. Ver Gardner, *Offences and Defences*, nota 16, p. 191; y Duff, *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores (2015);

⁶⁵ DUFF, A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, p. 139



que un acusado pueda defenderse exhaustivamente, ya sea negando el hecho, o también justificándose o excusándose.

Ahora es momento de volver al comienzo del Capítulo y dar respuesta al primer ítem que planteé. Ya sabemos qué significa ser moralmente responsable en un sentido básico. Incluso dije que ser moralmente responsable no solo otorga un valor intrínseco al proceso penal, sino que es una precondition para que pueda ser valorado. Lo que queda es explicar por qué esto es relevante en relación con la conclusión del Capítulo anterior. La conclusión de argumento esgrimido en el Capítulo 3 fue que:

(C2) El acusado es impotente para dar razones epistémicas del modo distintivo en que lo hacen los testimonios.

Esto significa que la capacidad del acusado para dar buenas explicaciones de uno mismo se encuentra profundamente disminuida. De la misma forma que ejemplifique en *Escalador*, el acusado es un sujeto epistémicamente impotente en virtud de la deflación obligacional que tiene en relación con los demás participantes. No poder dar buenas explicaciones va de bruces con los fundamentos del proceso penal que repusimos en este Capítulo. Dado que el acusado no tiene la capacidad de dar buenas razones –de dar una robusta explicación de sus razones– (ya que sus escuchantes no están justificados en creerles) el proceso penal deja de ser valioso intrínsecamente y, aún más fuerte, no se cumple uno de los requisitos constitutivos de éste: que el acusado sea moralmente responsable. Es posible formular el argumento de la siguiente manera:

Acusado Moralmente Impotente (AMI):

(P7) La responsabilidad moral (o básica) es la capacidad para actuar en virtud de razones no derrotadas y de dar razones que den cuenta del porque uno actuó de determinada manera.

(P8) El acusado debe ser responsable moralmente (o básicamente) porque: (2.1) el proceso penal es valioso intrínsecamente si y solo si el acusado es capaz de dar cuenta de uno mismo de forma robusta y pública; y, más fuerte, (2.2) que el acusado sea un



ciudadano moralmente responsable (por ende, que tenga la posibilidad de participar activamente del juicio) es una precondition de su participaci3n.

(P9) Dado AEI, el acusado no es un sujeto capaz de dar buenas razones lo que termina socavando su capacidad explicativa.

Por lo tanto,

(C) En Argentina, el acusado es no es un agente moralmente responsable.

La conclusi3n de AMI es otro de los hechos por el cual el proceso penal se convierte en una parodia. Evidentemente, el acusado en Argentina no solo es un actor en t3rminos epist3micos, sino que tambi3n lo es en t3rminos morales.



Conclusión

El permiso para mentir socava el valor epistémico del acusado de tal forma que inhabilita la evaluación del testimonio por parte del decisor como una afirmación seria (testimonio en el sentido distintivo). El acusado es dañado injustamente en dos sentidos: (i) en un escenario donde no comparte las mismas normas (esto se cristaliza con la suspensión de la Presunción de Sinceridad), se vuelve epistémicamente impotente no pudiendo decir cosas que puedan ser creídas justificadamente (AEI); y (ii) dado que su impotencia epistémica se disminuye, también lo hace su capacidad para dar razones por lo que su agencia moral también resulta socavada (AMI).

Si concebimos al juicio penal como el proceso que resuelve la culpabilidad de una persona debiendo suponerla como un agente *responsable en términos morales y epistémicos*, entonces deberíamos prohibirle mentir al acusado. De no poder entablar la conversación que el proceso penal pretende que se realice –la que supone entender al acusado como agente responsable-, y dada la disminución del valor epistémico de su palabra, el procedimiento criminal culmina utilizándolo como un objeto. Es necesario concluir el trabajo instando por colmar la deflación obligacional que pesa sobre el acusado. Una forma clara, clásica y conocida es dictar una norma de perjurio. De esta forma, el acusado tendrá las herramientas normativas necesarias para que le crean justificadamente.



Referencias bibliográficas

A. Literatura

- Alchourrón, C. E., y Bulygin, E. (2012) *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Binder, A. M. (2016) *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Böhmer, M. (2008) “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional” en Alegre, M., Gargarella, R. y Rosenkrantz, C. F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley Facultad de Derecho U.B.A.
- Bouvier, H. G. y Rimoldi, F. (2017) “Assessing Testimony and Other Evidential Sources in Law: An Epistemological Approach”, en Poggi, F. y Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law, Perspectives in Pragmatics, Philosophy & Psychology*, vol 10. Springer, Cham.
- Brandom, R. (2001) *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge y London: Harvard University Press (2001).
- Coady, C. A. J. (1992) *Testimony: A Philosophical Study*, Oxford, Oxford University Press.
- Creus, C. (1998) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 2*, Buenos Aires: Astrea
- D’Alessio, A. J. (dir.) y Divito, M. (coord.) (2004) *Código Comentado y Anotado. Parte Especial (Artículos 79 a 306)*.
- Dancy, J. (2004) *Ethics Without Principles*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, R. A., Farmer, L., Marshall S. y Tadros, V. (eds.) (2004) *The Trial on Trial. Volume 1. Truth and Due Process*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- *The Trial on Trial Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing (2007).
- Duff, R. A. (2015) *Sobre el castigo. Por una justicia que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta.
- Frege, G., (2017) *Escritos Lógicos-Filosóficos*, Buenos Aires: Colihue.
- Gardner, J. (2007) *Offences and Defences*, Oxford: Oxford University Press.



- Grice, H. P. (1991) “Logica y Conversación” en Valdés Villanueva, L.M. L. (editor), *La Búsqueda del Significado. Lecturas de Filosofía del Lenguaje*, Madrid: Tecnos.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: University Press.
- Lackey, J. (1999) “Knowing from Testimony”, *Philosophy Compass* 1/5 (2006): 432–448.
- *Learning from words: Testimony as a Source of Knowledge*, Oxford: Oxford University Press (2014).
- Laudan, L. (2006) *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Criminal Epistemology*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Littlejohn, C. y Carter, J. A. (2021) *This Is Epistemology. An Introduction*, New Jersey: Wiley Blackwell.
- Monti, E. H. (2013) “Sin Permiso”, *Análisis Filosófico* XXXIII N° 1 (2013): 81-93.
- Moran, R. (2005) “Problems of Sincerity”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 105, no. 1: 325-345.
- “Getting Told and Being Believed” en Sosa, E. y Lackey, J. (eds.), *The Epistemology of Testimony*, Oxford: Oxford University Press (2006).
- Navarro, G. R. y Daray, R. R. (2010) *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Volumen 2*, Buenos Aires: Hammurabi.
- Núñez, R. (1999) *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Córdoba: Marcos Lerner.
- Owens, D. (2006) “Testimony and Assertion”, *Philosophical Studies* 130:105-129.
- Schiffirin, S. V. (2014) *Speech Matters. On Lying, Morality, and the Law*, Oxford y Princeton: Princeton University Press.
- Williams, M. (2001) *Problems of Knowledge. A Critical Introduction to Epistemology*, Oxford: Oxford University Press.
- Williamson, T. (1996) “Knowing and Asserting”, *The Philosophical Review*, Vol. 105, No. 4.
- Ziffer, P. (1996) *Lineamientos de la Determinación de la Pena*, Buenos Aires: Ad-Hoc.



B. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza”, “Criminal contra Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana”, 28/10/1864, Fallos 1:350.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “El Atlántico”, “‘El Atlántico’ diario s/infracción art. 23, ley 4664 –Mar del Plata–”, 22/11/1971, Fallos 281:177.