

# ACERCA DEL CONCEPTO DE DECLARACIÓN FALSA<sup>?</sup>

**Ulrich Stein**

*Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Münster (Alemania)*

*Traducción de Alejandro Kiss*

---

STEIN, Ulrich. Acerca del concepto de declaración falsa. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-15, p. 15:1-15:26. Alejandro Kiss, traductor. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-15.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-15 (2008), 12 dic]

**RESUMEN:** El artículo se ocupa principalmente de las teorías de la falsedad. La intención del autor es clarificar que lo determinante es indagar sobre el objeto y el contenido de la declaración. Para establecer el objeto de la declaración no es decisivo preguntarse sobre qué fue cuestionado el declarante ni sobre qué debía declarar según el ordenamiento

procesal del que se trate, sino establecer sobre qué ha declarado efectivamente recurriendo a una interpretación de su declaración. Si el objeto y el contenido de la declaración se establecen de este modo ya no se presentan problemas jurídicos esenciales al momento de calificar.

**PALABRAS CLAVE:** Testigo, declaración falsa, teorías de la falsedad, veracidad, falsedad, recuerdo, percepción, vivencia, convicción, teoría subjetiva, teoría objetiva, teoría de la obligación, teoría de la percepción, hecho histórico.

Fecha de publicación: 12 de diciembre de 2008

---

**SUMARIO:** I. *El sistema de referencia lógico y conceptual.* 1. *Afirmación, contenido de la afirmación, no-veracidad de la afirmación y declaración.* 2. *El concepto de “no veracidad”.* 3. *El objeto de afirmación.* A) *El establecimiento del contenido de la afirmación a través de quien lleva a cabo la afirmación.* B) *Los objetos imaginables de afirmación.* 4. *El concepto de declaración.* II. *Acerca de las denominadas teorías de la falsedad.* 1. *La llamada teoría subjetiva.* 2. *La denominada teoría de la obligación.* 3. *La denominada teoría objetiva modificada o teoría de la percepción.* 4. *La denominada teoría objetiva.* III. *Los problemas fácticos centrales.* 1. *La averiguación del objeto de la afirmación a través de interpretación.* A) *¿Convicción sobre un hecho histórico o hecho histórico en sí? B) Recuerdo, percepción o hecho percibido.* C) *¿Recuerdo o percepción? D) Calidad y fuente de la convicción o del recuerdo.* 2. *Los objetos posibles de “declaración” en el sentido de*

<sup>?</sup> El original en idioma alemán se titula “*Zum Begriff der Falschaussage*” y fue publicado en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, p. 553 a 579. Traducción de Alejandro Kiss. Doctor en Derecho. Legal Officer, Corte Penal Internacional (Argentina).

los §§153 y ss. StGB. A) Testigos. B) Otros declarantes. IV. Consecuencias para los tipos penales de imprudencia y de inducción. 1. El tipo penal de imprudencia (§ 163 StGB). 2. El tipo penal de inducción (§ 160 StGB). V. Conclusión.

## I. El sistema de referencia lógico y conceptual

La historia dogmática del concepto de falsedad de los §§ 153-163 StGB es ciertamente en gran parte una historia de controversias dogmáticas reales y con contenido, pero también en una porción muy relevante una historia de confusiones conceptuales. Tradicionalmente, esta noción se utiliza para abarcar y discutir al mismo tiempo múltiples cuestiones diferentes, lo cual inevitablemente provoca complicaciones e imprecisiones. Tan sólo se puede poner remedio a esto a través de una discusión que distinga consecuentemente las diferentes cuestiones y para ello a su vez es necesario asignar a cada una de éstas el lugar conceptual adecuado.

### 1. *Afirmación, contenido de la afirmación, no-veracidad de la afirmación y declaración*

1. El punto de partida no debería constituirlo el concepto de declaración y mucho menos el de falsedad de declaración. Es que con ello se pierde de vista que la declaración (falsa) constituye un caso especial de un fenómeno más general y que ya el análisis de este fenómeno más general puede sacar a la luz ciertos datos que una concentración apresurada sobre el caso especial dejaría ocultos. El concepto más general es el de la (falsa) *afirmación* (o también: manifestación, expresión). Una afirmación toma como referente un objeto que permanece ajeno a ella misma y le atribuye determinadas características. El objeto al que se remite puede ser de cualquier clase; puede tratarse, por ejemplo, de un suceso del pasado o bien de la representación actual acerca del acontecimiento del pasado, etc.. Lo mismo vale para la característica atribuida.

2. En lo que concierne a la determinación del contenido de la afirmación, se debe indicar, desde ya, lo siguiente: éste tiene que extraerse mediante interpretación de las palabras utilizadas, los gestos, etc.. Qué reglas de interpretación rigen aquí, es algo que depende de cada contexto de comunicación.

3. Con respecto al término “falso”, ya en atención al concepto general de afirmación uno puede limitarse a uno sólo de los significados imaginables<sup>1</sup>, esto es, al significado de “no verdadero”, pues es manifiesto que esa palabra se usa en el §§ 153 y ss. StGB precisamente con ese sentido. Si se habla de la no veracidad de una afirmación –sin una vinculación especial con el §§ 153 y ss. StGB–, entonces lo que se quiere decir con ello es obvio: el contenido de la afirmación no coincide con la realidad, esto es, el

<sup>1</sup> Cfr. NK-VORMBAUM, 2ª edición, año 2000, §153 núm. m.57 y s.

objeto que se toma como referente de la afirmación no posee en la realidad el atributo que se le asigna<sup>2</sup>.

4. Una *declaración* [en el sentido amplio de los §§ 153 y ss. del StGB, esto es, declaración no jurada, declaración bajo juramento y *affidávit*<sup>3</sup> (*Versicherung an Eides Staat*) representa un supuesto especial de afirmación; por consiguiente una *declaración falsa* (declaración no jurada falsa, perjurio, falso *affidávit*) constituye un supuesto especial de afirmación falsa. También esto es todavía obvio y no controvertido.

5. Sin embargo, con ello también se llega al punto a partir del cual el empleo usual del concepto se vuelve impreciso. Está claro que con frecuencia se trabaja tácitamente con dos conceptos distintos de declaración, uno demasiado amplio, que además no se delimita con claridad del concepto de las (restantes) afirmaciones, y otro más estricto, que abarca sólo a aquellas afirmaciones que, en miras a la situación en la que se realiza la afirmación, el rol procesal de quien la lleva a cabo y su contenido, son “declaraciones en el sentido del §§ 153 y ss. StGB”<sup>4</sup>. Esta duplicidad del concepto de declaración aparentemente se basa en que éste se emplea con frecuencia muy por fuera del ámbito de los §§ 153 y ss. StGB, y también en ese ámbito se corresponde completamente con la terminología legal el señalar como “declaraciones” a las manifestaciones que realizan las partes durante el proceso. La duplicidad conceptual es, a fin de cuentas, inofensiva para la discusión de fondo. Pero para evitar confusiones ésta debería ser abandonada ya que un concepto no específico de declaración no posee ninguna función particular en el contexto del § 153 y ss. del StGB. El texto de la ley se puede interpretar sin asperezas considerando que él parte tácitamente del concepto general de afirmación en el sentido que ya ha sido definido<sup>5</sup> y exige de la ésta por consiguiente, ciertos atributos:

*Primero*, la afirmación debe haber sido efectuada “frente a un tribunal u otro organismo competente para interrogar bajo juramento” (o bien, en el caso del § 156 StGB: “frente a una autoridad competente para recibir un *affidávit*”). *Segundo*, en un rol procesal determinado, ya sea como testigo o como perito (o bien en el caso del § 156

<sup>2</sup> Esto concuerda con la llamada teoría de la correspondencia, originada en el ámbito de la filosofía; sobre ello, con una referencia especial a los tipos penales de declaración, cfr. por todos Hilgendorf GA 1993, 547, 554 y ss.; cfr. además H.E. MÜLLER, *Falsche Zeugenaussage u. Beteiligungslehre*, año 2000, p.85; PAULUS, *Festschr. f. Küchenhoff*, año 1987, p.435 y 436. También KARGL, quien le confiere una justificación tanto a la teoría de la correspondencia como a la teoría del consenso y presenta una propuesta acorde con ello para modificación los tipos penales de declaración (GA 2003, 791, 800 y ss., 803 y ss.), señala que los §§153 y ss. StGB se fundamentan en la idea básica de la teoría de la correspondencia (GA 2003, 791, 798, 803). El objeto de las siguientes reflexiones es exclusivamente el *lex lata*. La tesis de ARTHUR KAUFMANN (Festschr. f. BAUMANN, 1992, p.119 y ss., 127), acerca de que la denominada teoría de la falsedad (sobre ello cfr. infra) es una derivación de la teoría del consenso, no requiere aquí ninguna discusión particular puesto que ella no ofrece una ayuda adicional en la interpretación del concepto legal de falsedad.

<sup>3</sup> La declaración jurada es un caso especial de declaración en el sentido del §153 StGB (BGHSt 8, 301, 309 y ss.) tanto como lo es el *affidávit* del §156 StGB (PAULUS [nota de pie de página 2], p. 436). Cuando aquí y más adelante se habla de “declaraciones” se hace básicamente referencia a ambos casos especiales.

<sup>4</sup> Ver por todos TRÖNDLE/FISCHER 51ª edición, año 2003, quienes –en conexión con el fallo del BGHSt 25, 244, 246– en principio (obs. prev. §153 núm. m. 3) practican una definición amplia del concepto de declaración y luego (§153 núm. m. 3) la recalcan, manifestando: “sólo son típicas aquellas declaraciones falsas [en el sentido del § 153 StGB] que son objeto del interrogatorio y están sujetas a la obligación de decir verdad”.

<sup>5</sup> Supra 1.

StGB, como un elemento no escrito: en un rol procesal para el que están previstos los *affidávits*). *Tercero*, la afirmación debe ser no verdadera, esto es, su contenido debe desviarse de la realidad<sup>6</sup> y por último, *cuarto*, ella debe constituir una “declaración”. En este sentido es necesario –dependiendo del tipo de proceso y del rol procesal de quien la realiza– que ésta satisfaga algunos requisitos referidos a la forma (oral o escrita) y el contenido. En lo que respecta al tipo y al contenido, se trata por ejemplo de si el tema de la afirmación, así la formulación habitual<sup>7</sup>, es “objeto de interrogatorio” o está sometido a la “obligación de decir verdad”.

El orden de la tercera y la cuarta condiciones también se puede invertir; ambos modos de proceder son lógicamente equivalentes. Se puede verificar en primer lugar que la afirmación es falsa y a continuación dedicarse a la pregunta de si ella representa una declaración falsa, o bien se comienza con la cuestión de si la afirmación es una declaración y a continuación si representa una declaración falsa. El orden que se debe seguir en el análisis de un caso práctico responde a motivos de conveniencia.

## 2. El concepto de “no veracidad”

Lo dicho en último lugar contiene una tesis bastante central que raramente<sup>8</sup> se formula de manera clara en la literatura: el concepto de no veracidad es el mismo en las declaraciones del los §§ 153 y ss. StGB que en todas las otras afirmaciones; él señala la falta de coincidencia del contenido de la declaración con aquella porción de la realidad que es objeto de la declaración. Desde el punto de vista lógico, esta definición puede no ser obligatoria. También sería lógicamente pensable, por ejemplo, medir la veracidad de una declaración con respecto a si coincide con aquella porción de la realidad que *debería* ser objeto de la declaración (pero que no lo es necesariamente). Sin embargo, semejante concepto de no veracidad sería incorrecto desde el punto de vista normativo. Los tipos penales de declaración sólo pueden tener sensatamente la función de abarcar aquellos casos en los que la declaración fundamenta un tipo de confianza – que se demuestra engañoso– para el destinatario de la declaración y tal tipo de confianza se origina únicamente allí donde con la declaración es planteada una afirmación sobre un objeto, que se desvía de la realidad de ese objeto en particular. Si, por el contrario, no se plantea ninguna afirmación sobre un objeto determinado, entonces no se origina ningún tipo de confianza en referencia a los atributos de ese objeto en particular. Naturalmente, también la falta de una declaración sobre un objeto determinado es capaz de poner en peligro la verificación de los hechos, pero no *a través de engaño mediante una afirmación*. La ley prevé para esta clase de puesta en peligro de la verificación de los hechos nada más que consecuencias pecuniarias, sanciones

<sup>6</sup> Cfr. la definición, supra 3.

<sup>7</sup> Cfr., por todos, los mencionados en la nota 4.

<sup>8</sup> HILGENDORF GA 1993, 547, 554 y ss.; KÜPER, *Strafrecht* BT, 5ª edición, año 2002, p. 30 y s.; S/S LENCKNER, 26ª edición, año 2001, obs. prev. §153 núm. m. 4; H.E. MÜLLER (nota 2), p. 85; PAULUS (nota 2), p. 436; H. SCHRÖDER, *Unwahrer u. unwahrhaftiger Eid*, 1939, p. 10 y ss.; en los hechos también KARGL GA 2003, 791, 796 y ss.

administrativas y medidas para compeler al testigo a declarar (en especial §§ 390 ZPO, 70 StPO).

El cambio decisivo se presenta ya en el paso siguiente, cuando se determina el contenido de la afirmación, en especial, de su objeto. Con la fijación del objeto de la afirmación se asegura qué es lo que debe medirse y con qué porción de la realidad. Los problemas que todavía se presentan después de esta fijación, como el de la determinación de la veracidad o no veracidad, ya no son de naturaleza normativa sino fáctica: estos se vinculan con la averiguación de una porción determinada –y en rigor determinada a través del contenido de la afirmación– de la realidad.

No obstante, con el señalamiento de que la afirmación se refiere a cierto suceso del pasado (por ejemplo, la debida explicación sobre cómo ocurrió determinado accidente) todavía no está completamente respondida la pregunta relativa al objeto de la afirmación. Recién puede considerarse que el objeto de la afirmación está suficientemente fijado cuando también se ha puesto en claro si la afirmación se realiza sobre un hecho del pasado como tal, sobre la representación acerca del hecho del pasado concurrente en el momento de la afirmación, sobre la vivencia originada en el momento de la percepción, y así sucesivamente, a lo que se agrega, eventualmente, sobre la claridad de las representaciones o de la vivencia, sobre el modo en que se produjo y los esfuerzos puestos en la reproducción de la vivencia pasada. A la vez, se establece con ello la porción de la realidad sobre la que debe medirse el contenido de la afirmación. Cuando se realiza una manifestación sobre un suceso del pasado como tal, ella es no verdadera (es decir, una “afirmación falsa”) allí y sólo allí donde el suceso respectivo no se produjo de la manera en la que fue afirmado; la naturaleza de las representaciones en el momento de la afirmación, de la vivencia en el momento de la percepción, etc., son irrelevantes en este punto. Si por ejemplo se lleva a cabo, distinto de ello, una afirmación acerca de la imagen experimentada en el momento de la percepción sobre un suceso del pasado, entonces la afirmación es no verdadera precisamente cuando el acontecimiento fue percibido en ese momento de manera diferente a como actualmente se afirma; son irrelevantes, aquí, especialmente el recuerdo actual y el suceso histórico como tal. Lo mismo vale para todos los otros objetos de afirmación imaginables.

### 3. *El objeto de afirmación*

A) El establecimiento del contenido de la afirmación a través de quien lleva a cabo la afirmación

Aquellos que con razón señalan que el concepto de no veracidad es el mismo en las declaraciones abarcadas por los §§ 153 y ss. StGB que en todas las restantes afirmaciones, completan esta idea, por lo general, apuntando que la discusión sobre las “teorías de la falsedad” afecta en los hechos a la pregunta de cuál es el objeto de la declaración<sup>9</sup>. En realidad, sin embargo, sólo una parte de las “teorías de la falsedad” se relaciona con la cuestión de cómo se verifica qué objeto tiene una afirmación, y, además,

<sup>9</sup> Cfr. los nombrados en la nota 8.

por cierto, de modo marginal<sup>10</sup>. En lugar de ello, en el centro se ubica mayormente, –y de manera no expresa–, la cuestión totalmente diferente relativa a sobre qué objeto el individuo, por imperio de la ley, *debería* realizar una declaración<sup>11</sup>. Únicamente de este modo se puede explicar por qué en el centro de la discusión sobre las “teorías de la falsedad”, se debate:

cuál es el objeto (un suceso histórico como tal, la representación actual, la vivencia en el momento de la percepción, etc.) acerca del que puede requerirse a los testigos o peritos que declaren sin exigirles más de lo debido;

sobre cuáles de estos objetos el tribunal (u otro destinatario de la declaración) necesita información del declarante para poder cumplir con sus obligaciones de verificación del hecho, etc.

De manifestaciones de esta clase tal vez pueden extraerse, en el mejor de los casos, consecuencias sobre los deberes del tribunal en miras al modo de instruir e interrogar a los testigos y peritos, así como acerca de cuáles deposiciones (sobre el hecho histórico como tal, la percepción actual etc.) el tribunal debe tomar de algún modo en consideración para la valoración de la prueba, y cuáles no.

Con frecuencia, sin embargo, las menciones sobre las “teorías de la falsedad” –en los hechos esencialmente vinculadas con el objeto que posee la obligación de declarar– terminan en la conclusión de que la veracidad o no veracidad de la afirmación debe medirse con base en una porción determinada de la realidad, como ser el suceso histórico como tal, la representación actual, etc.. Esto sólo sería correcto cuando el individuo en cuestión declarara sin excepciones exactamente sobre aquel objeto acerca del cual debería declarar. La ley puede obligarlo a declarar sobre un objeto determinado, el tribunal lo puede estimular a cumplir con este deber a través de la instrucción, advertencia o imposición de medios coactivos y finalmente, puede haber reglas de interpretación a partir de las cuales ciertas formulaciones normalmente deban comprenderse como afirmaciones sobre determinados objetos. Pero queda a fin de cuentas en manos de quien depone cuál es el objeto sobre el que realiza una afirmación, siempre que –como se demostrará inmediatamente recurriendo a algunos ejemplos– él formule su afirmación de manera suficientemente clara también en este sentido.

## B) Los objetos imaginables de afirmación

Si uno deja de lado los casos –estructuralmente no problemáticos– en los que la deposición involucra una sensación actual o algo similar sin vinculación con un suceso acaecido en el pasado, y se concentra en las constelaciones relevantes en la práctica jurídica en las que se trata de afirmaciones con relación a algo del pasado, entonces se pueden distinguir tres objetos de afirmación (que en parte también admiten subclasificaciones) por principio diferentes:

a) Se puede narrar el *estado actual de un recuerdo*. Con ello se quiere señalar la representación actual en el instante de la afirmación, que se origina a través del llama-

<sup>10</sup> Más particularizadamente sobre ello, cfr. infra. –ya se había referido a esto WOLF (JuS 1991, 177, 181).

<sup>11</sup> Cfr. también la crítica de HRUSCHKA/KÄSSER JuS 1972, 709, 710: “confusión entre el concepto de falsedad y el concepto de obligación”.

do a los contenidos de la memoria, los cuales se relacionan con la percepción sensorial (propia) ocurrida en el pasado acerca del suceso de interés. Quien realiza la afirmación puede poner en claro que sólo desea relatar esta vivencia y nada más, eligiendo por ejemplo una formulación plástica del tipo: cuando piensa de nuevo en lo acontecido, vuelve a ver “mentalmente frente a sus ojos cómo el acusado merodeaba en el lugar del hecho”. Para resaltar que él sólo habla del estado actual de su vivencia y no también de los otros objetos mencionados a continuación, todavía puede agregar, para mayor seguridad, que no quiere pronunciarse sobre si es posible que lo traicione su memoria (esto es, si él realmente tuvo la impresión, en aquel entonces, de haber visto al acusado), y que sobre todo no quiere especular acerca de si percibió correctamente el suceso en aquel entonces (esto es, si el acusado realmente había estado en el lugar del hecho).

Semejante afirmación es entonces y sólo entonces no verdadera, cuando el relato no coincide con el recuerdo, es decir, con aquella imagen que ahora “tiene mentalmente frente a los ojos” quien lleva a cabo la aserción, como recuerdo sobre su percepción de aquel entonces. Es en especial irrelevante si el suceso ocurrió efectivamente de ese modo, si en aquel entonces percibió fácticamente el suceso de esa forma, si él se representa que percibió de esa manera el suceso en aquel entonces, o si se representa que el suceso ocurrió efectivamente de esa manera. Los “errores en el recuerdo”, es decir, las distorsiones en la percepción original ocurridas durante la memorización o el llamado a la memoria, o a través del recuerdo o la discusión ocurrida entretanto, o la percepción intermedia de acontecimientos similares no tienen ninguna influencia sobre la veracidad o la no veracidad. No debe confundirse con ello un aspecto diferente: la exposición puede contener *adicionalmente* –de forma expresa o tácita<sup>12</sup>– la afirmación de que uno ahora se concentra intensamente en la declaración y procura con esfuerzo un recuerdo preciso; a pesar de la concentración y los esfuerzos no advierte en la memoria indicios de acontecimientos que, durante el tiempo transcurrido desde la percepción, pudieran haber causado errores en el recuerdo (por ejemplo, enredadas discusiones sobre el hecho). Esta afirmación adicional no es verdadera cuando el declarante no se concentra ni se empeña en recordar, o bien cuando recuerda circunstancias que indican la posibilidad de que su recuerdo sea erróneo; si por causa de ello efectivamente se han provocado errores en el recuerdo es algo también irrelevante en este sentido.

b) Del recuerdo actual debe distinguirse la *percepción (o también vivencia)*, es decir, aquel cuadro sobre el acontecimiento de interés que tuvo en el instante de la percepción, con base en su propia percepción sensorial, quien realiza la afirmación. Toda vez que la percepción constituye una circunstancia del pasado que ya no existe en el momento de la afirmación, es necesaria una deducción para poder declarar sobre ella. Frecuentemente, se toma como base –de manera más o menos consciente– al recuerdo actual para formarse una idea (convicción)<sup>13</sup> sobre la percepción pasada y luego, se practica la inferencia de que la percepción efectivamente ocurrida en aquel

<sup>12</sup> Con mayor detenimiento, cfr. III. I. D.

<sup>13</sup> De aquí en más se designará brevemente esta idea como “convicción”.

entonces se corresponde con tal convicción. Esta convicción, sin embargo, también se puede lograr, como se aclarará más adelante, de un modo algo diferente.

aa) En lo que respecta al primer paso de la deducción, esto es, la formación una convicción sobre la percepción pasada, no es que el recuerdo tenga que operar como su única base. Pueden agregarse otros factores como el leer apuntes elaborados entretanto, especulaciones sobre posibles errores en el recuerdo, opiniones de otras personas, etc.. A parte de ello, la convicción sobre cierta percepción anterior también se puede originar sin tomar en cuenta para nada al recuerdo actual; esto ocurre, por ejemplo, cuando tal recuerdo ya no se puede convocar. Es posible, en consecuencia, que el testigo exclusivamente comunique, sin dificultades de formulación, que está convencido sobre la percepción y deje expresamente abierto, por ejemplo, si posee o no un recuerdo actual y cuál es su contenido: “estoy convencido de que en ese entonces en el lugar del hecho tuve la impresión de ver al imputado, no digo nada acerca de por qué estoy convencido de ello y tampoco sobre si ahora recuerdo o no el suceso”. Es también perfectamente posible que el testigo afirme, sin contradicciones internas, que ve en sus recuerdos “al acusado frente a sí como si fuera hoy” y a pesar de ellos está por diferentes razones convencido de que su recuerdo lo traiciona y que no tuvo la impresión en aquel entonces de ver al acusado en el sitio del hecho.

bb) El segundo paso, la conclusión desde la convicción hacia la existencia de la percepción, frecuentemente no se considera para nada como una operación mental independiente<sup>14</sup>. Que se trata de un paso lógico independiente, se pone en claro con el siguiente ejemplo: el testigo relata que él personalmente está convencido de no haber visto al acusado en el lugar del hecho, pero que cierta persona, que goza de autoridad, le dijo con firmeza que él (el testigo) sí vio al acusado en aquel entonces y por ello está seguro de que lo vio. En este caso –por cierto bastante lejano a la realidad en nuestro círculo cultural<sup>15</sup>–, el testigo, justamente, no fundamenta en su convicción personal la afirmación sobre la naturaleza de su percepción pasada. Si realmente está convencido de que anteriormente vio al acusado en el lugar del hecho, la primera porción de la afirmación es verdadera; a la vez, puede ser que la segunda parte no sea verdadera, esto es, si él fácticamente no vio al acusado.

Normalmente, sin embargo, es obvio que en nuestro círculo cultural uno observa y exhibe un hecho como real en su análisis del mundo, su comunicación, sus decisiones de conducta, etc., cuando está *personalmente convencido* de que el hecho real tiene esa naturaleza –desde luego con la salvedad de posibles errores y futuros perfeccionamientos en la apreciación–. En qué se basa la evaluación personal en cada caso, es un asunto diferente y no necesita seguir siendo discutido en este contexto. Naturalmente, con frecuencia se adopta tácita e irreflexivamente la visión de una autoridad verdadera o presunta; pero esto no modifica en nada el que la apreciación ajena del hecho se haga

<sup>14</sup> Correctamente H. SCHRÖDER (nota 8), p. 43, 45.

<sup>15</sup> En ciertos ámbitos vitales limitados se practican inferencias sobre el ser inhibiendo la estimación propia, por ejemplo, aquellos en los que existe una repartición formalizada de la competencia (procesos de decisión y producción en empresas comerciales, procesos judiciales) donde las constataciones fácticas son realizadas por una instancia determinada de manera vinculante.

en definitiva propia y se extraiga la conclusión de que el hecho real. Este paso lógico se efectúa comúnmente de manera inconsciente, pues uno entiende como obvia la equiparación entre convicción personal y hecho real. Inclusive las inseguridades en la convicción no impiden que se realice una afirmación acerca del objeto de referencia, ellas se reflejan, antes bien, como juicios de probabilidad sobre el objeto de referencia “estoy bastante seguro, pero no absolutamente seguro de que ello ocurrió así” – “es altamente probable que haya sido así”.

Un testigo que en contra las costumbres habituales de pensamiento se dé cuenta de estas relaciones, puede formular su exposición de manera inequívoca como sigue: “estoy seguro de haber visto en el instante en cuestión al acusado en el lugar del hecho, entonces, lo vi allí”. Con la palabra “entonces” él expresa que concluye directamente sobre la realidad partiendo de su convicción, lo cual no ejerce ninguna modificación sobre la circunstancia de que él haya efectuado una afirmación sobre ambos<sup>16</sup>. La primera es verdad, cuando él está efectivamente convencido en actualidad de que tuvo en aquel entonces la impresión de ver al acusado; la segunda es verdad cuando él en aquel entonces tuvo efectivamente la impresión de ver al acusado. Él puede hacer todavía más explícita la clarificación de que efectúa una afirmación sólo sobre esos dos objetos: “No revelo si todavía tengo un recuerdo actual sobre mi percepción de aquel entonces o si llego a mi convicción a través de otras fuentes; además no quiero decir nada sobre si mi percepción fue quizá una alucinación y el acusado no estaba en absoluto presente”.

c) El tercer objeto sobre el que se puede concebir una afirmación, junto al recuerdo y la imagen actual de la percepción, es el *objeto* de la *percepción*<sup>17</sup> (el hecho histórico en sí que debe explicar el tribunal). Lo dicho sobre la percepción se aplica aquí de modo equivalente. Así como la percepción se puede fundar en la memoria pero también en fuentes muy diferentes, la afirmación sobre el hecho histórico como tal puede basarse en la percepción pero también poseer fuentes muy diferentes (informes de otros individuos, reflexiones personales sobre la plausibilidad, inspiraciones espontáneas). También aquí debe distinguirse entre las afirmaciones sobre la convicción personal actual acerca del hecho histórico y las afirmaciones sobre el hecho histórico propiamente dicho. De nuevo, son imaginables casos (raros y no relevantes en la práctica) en los que con el relato de que un suceso aconteció de cierto modo el declarante *no* afirma, al mismo tiempo, que el suceso aconteció de ese modo *de acuerdo con su propia convicción*<sup>18</sup>. Por regla general, aquí también es cierto que la diferencia entre estos dos objetos no es de ninguna manera conciente y que es evidente que se efectúan sobre *ambos* objetos afirmaciones con contenido por completo idéntico. Un testigo que quiera proceder exactamente del modo indicado y al mismo tiempo dejar en claro que no expresa adicionalmente nada sobre, por ejemplo, su recuerdo o percepción, puede formular esto de una manera que no dé lugar a confusiones con las siguientes palabras: “estoy convencido de que el acusado estaba en el lugar del hecho en el momento en

<sup>16</sup> Cfr. III.1.A.

<sup>17</sup> Fáctica, supuesta, presunta, etc.

<sup>18</sup> Cfr. b) bb).

cuestión, entonces, él estaba en el lugar del hecho; pero no digo nada acerca de mi propia percepción de aquel entonces ni acerca de si recuerdo todavía ahora la situación”. La primera de las afirmaciones efectuadas es verdad cuando el testigo está de hecho ahora convencido de la presencia del acusado en aquel entonces, la segunda es verdad, cuando el acusado en aquel entonces de hecho estaba presente.

#### 4. *El concepto de declaración*

Las reflexiones que comúnmente se realizan bajo la etiqueta de “teorías de la falsedad” no son para nada sobreabundantes. Sin embargo ellas no se refieren, en su mayoría, al problema de la veracidad o falta de veracidad sino a la cuestión acerca de si la afirmación (falsa) es una declaración (falsa) –en el sentido del § 153 StGB–. Que una afirmación falsa no representa obligatoriamente una falsa *declaración* subsumible en estos tipos penales, es una conclusión corriente. Cuando, a modo de ejemplo, en un proceso civil un testigo se expresa sobre un acontecimiento que no tiene nada que ver con aquellos indicados en la resolución sobre la prueba y por tanto no es objeto del interrogatorio, entonces estas afirmaciones, como se formula usualmente<sup>19</sup>, no se encuentran sometidas a la “obligación procesal de veracidad” y, en consecuencia, no son captadas por los tipos de declaración falsa. El concepto de obligación procesal de decir verdad no aparece en el texto de la ley en ninguna parte; es conveniente encasillar el problema que éste designa en la circunstancia típica “declaración” y decir que las afirmaciones con el contenido indicado no son “declaraciones”<sup>20</sup>. La razón material para esta restricción del tipo es manifiesta: sólo es obligatorio para el destinatario de la declaración (el tribunal) incluir en el proceso para comprobar hecho aquellas afirmaciones que se vinculan con determinado círculo restringido de objetos de afirmación – en el ejemplo citado, aquellas que pertenecen al “objeto del interrogatorio” procesal civil–. El concepto corriente de “obligación procesal de veracidad” sirve para describir el límite entre las afirmaciones que han de tomarse en cuenta por el tribunal –entre otros– y aquellas que tienen que dejarse de lado. Las últimas no fundamentan ningún “tipo de confianza” para el tribunal, no son capaces de poner en peligro la confiabilidad del establecimiento de los hechos y no caen, por estos motivos, bajo los tipos de declaración.

El que se efectúe una afirmación sobre el suceso histórico como tal, sobre el recuerdo actual, etc., afecta en todo caso, como fue mencionado<sup>21</sup>, a un aspecto parcial del objeto de afirmación. Cuando de la interpretación de la declaración de un testigo en el proceso civil resulta, por ejemplo, que él efectúa una afirmación acerca del suceso histórico en sí mismo, a ello se debe conectar la pregunta, consecuentemente, sobre si es plausible tener en cuenta para el establecimiento de los hechos afirmaciones realizadas por quienes intervienen en ese rol procesal (aquí: testigos), sobre esa clase de objetos (sucesos históricos en sí), en procesos de ese tipo (procesos civiles). Tan sólo

<sup>19</sup> Ver por todos: SK/StGB-*Rudolphi*, 6ª edición, año 1999, obs. prev. §153 núm. m. 21 y ss.

<sup>20</sup> Proceden de este modo, por ejemplo, MÜLLER (nota 2), p. 97; PAULUS (nota. 2), p. 454; E. SCHNEIDER GA 1956, 337 y ss.; VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, 1987, p. 248 y ss.

<sup>21</sup> *Supra* 2., 3.

cuando haya que contestar afirmativamente a esas preguntas, la afirmación (falsa) constituirá una declaración (falsa) en el sentido del § 153 y ss. StGB<sup>22</sup>.

## II. Acerca de las denominadas teorías de la falsedad

La conclusión que se puede extraer de las reflexiones hechas hasta ahora reza: los principales problemas reales son, en primer lugar, interpretar la afirmación para averiguar el objeto con el que ella se vincula y en segundo lugar, la cuestión de si las afirmaciones sobre ese objeto merecen ser tomadas en cuenta en el proceso respectivo para el establecimiento de los hechos, y en consecuencia, son declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB. Por el contrario, lo que “les dio su nombre” a las denominadas teorías de la falsedad –la cuestión del parámetro de veracidad o falta de veracidad de la afirmación– no posee ninguna importancia autónoma; lo principal es aquella porción de la realidad sobre la cual se efectúa la afirmación (suceso histórico como tal, recuerdo actual sobre el suceso histórico, etc.). Sólo como hipótesis pudo hasta ahora ser formulado el hallazgo de que la mayoría de las llamadas teorías de la falsedad se ocupan principalmente del objeto de la *obligación* de declarar, y que sus conclusiones son en todo caso comprensibles bajo la premisa tácita (e incorrecta) de que el sujeto de prueba declara siempre, efectivamente, sobre aquel objeto acerca del que debería declarar<sup>23</sup>. Cuando uno examina las teorías de la falsedad más de cerca, la hipótesis se confirma. Esto se llevará a cabo en los párrafos siguientes. No será posible apreciar acabadamente todas las posturas y matices de la argumentación, y las reflexiones, además, habrán de limitarse a las declaraciones testimoniales efectuadas durante la recepción judicial de la prueba.

### 1. La llamada teoría subjetiva

En la formulación clásica de Niethammer<sup>24</sup>, la declaración es no verdadera si se presenta una “contradicción entre palabra y conocimiento”; es irrelevante si concurre una “contradicción entre palabra y realidad” (en el sentido del suceso histórico en sí). La fundamentación dice: “El hombre únicamente puede declarar sobre su representación de la realidad y nunca, en cambio, directamente sobre la realidad en sí misma”. Que esto no es completamente correcto ya lo han demostrado las reflexiones anteriores<sup>25</sup>. Si por el contrario la tesis de Niethammer fuera acertada, entonces sería correcta su conclusión, que permanece sin enunciar: –toda declaración lo es obligatoriamente sobre la representación actual personal, pues sólo sobre ésta se puede declarar–. Sin embargo, la tesis que se construye sobre la base de ello, en cuanto a que la expresión

<sup>22</sup> Es correcta en este sentido la diferenciación conceptual de PAULUS (nota. 2), p. 454: “el principio para la solución no lo suministra el concepto de «falsedad», sino el de «declaración»”.

<sup>23</sup> Supra I. 3. A.

<sup>24</sup> DStR 1940, 161; *Lehrb. des Besonderen Teils des Strafrechts*, 1950, p. 65. –respecto de la jurisprudencia, ver en especial RGSt 65, 22, 27; OLG Bremen NJW 1960, 1827. Amplias referencias acerca de los defensores de la teoría subjetiva en la literatura antigua, en PAULUS (nota. 2), p. 438 y s.

<sup>25</sup> Supra I. 3.2.b) bb), c).

“El acusado clavó el cuchillo” tiene el mismo significado que la expresión “Yo vi que el acusado clavó el cuchillo”, es demasiado imprecisa. La representación actual sobre la que se informa no tiene por qué basarse necesariamente sin más en la percepción sensorial propia. La primera de las formulaciones podría tener asimismo el significado: “con base en los relatos de testigos oculares que a mí me parecen creíbles, estoy convencido de que el acusado clavó el cuchillo”, o bien: “con base en una inspiración espontánea estoy convencido...”. Con razón ha esclarecido Gallas que se trata de un punto de vista normativo, a saber, la determinación y la limitación de la función de los testigos sobre la base de los ordenamientos procesales: el testigo debe “colaborar con la averiguación de la verdad; pero no con base en que expresa algo que él considera verdadero, sino únicamente a través de que reproduce aquello que sabe por vivencia propia acerca del tema que se investiga”<sup>26</sup>; su obligación consiste en “reproducir lo que todavía se halla en su *conciencia actual* sobre el contenido y las circunstancias del acto originario de percepción, esto es, su *recuerdo* al respecto”<sup>27</sup>. La definición de “no veracidad” se conecta directamente con esto: “quien cumple esta obligación declara «verazmente», quien la infringe «falsamente»”. También Gallas ha pasado por alto, de este modo, uno de los eslabones mentales centrales. Si es correcta su tesis de que el testigo debe informar exclusivamente sobre la imagen actual de su recuerdo (y, puede completarse, el tribunal debe dejar de lado afirmaciones sobre otros objetos, como por ejemplo el suceso histórico como tal), entonces, consecuentemente, Gallas debería derivar la siguiente conclusión más compleja: existe una declaración falsa cuando el testigo, en primer lugar, informa efectivamente sobre la imagen actual de su recuerdo (de lo contrario la afirmación no es una “declaración”) y cuando, en segundo lugar, el contenido de la afirmación no coincide con la realidad del objeto de la afirmación, que es la imagen actual del recuerdo (de lo contrario la afirmación no es “no verdadera”).

La laguna argumental se hace más clara cuando uno incluye las tesis sobre el tipo imprudente. La afirmación sería no verdadera en el sentido del § 163 StGB cuando no coincide con la percepción que efectivamente tuvo el testigo tal como se había originado en el instante de la percepción<sup>28</sup>. Una concepción como esa puede ser correcta, en el mejor de los casos, cuando el testigo sostiene al mismo tiempo dos afirmaciones distintas, esto es, por ejemplo, cuando con la formulación “él vio al acusado en el lugar del hecho” afirma en primer lugar que *de acuerdo con su recuerdo actual* vio al acusado en el lugar del hecho, y al mismo tiempo, en segundo lugar, afirma que *efectivamente* al acusado en el lugar del hecho. La primera afirmación es en caso de no veracidad (no coincidencia con el recuerdo actual sobre la percepción de aquel entonces), una declaración falsa en el sentido de los §§ 153-156 StGB; la segunda es en caso de no veracidad (no coincidencia con la percepción efectiva de aquel entonces) una declaración falsa en el sentido del § 163 StGB. Naturalmente, es siempre un requisito el que la expresión efectivamente contenga (también) esa segunda afirmación, lo cual resulta recién de una interpretación y tiene que poder negarse plenamente en el caso

<sup>26</sup> GALLAS GA 1957, 315, 317.

<sup>27</sup> GA 1957, 315, 321 (subrayado en el original).

<sup>28</sup> GALLAS GA 1957, 315, 324.

individual. Cuando el testigo destaca, por ejemplo, que él refleja sólo su recuerdo espontáneo actual sin esforzarse particularmente por la veracidad y sin haber practicado previamente ninguna preparación, entonces es claro que no sostiene ninguna afirmación sobre su percepción *efectiva* de aquel entonces. Si no obstante se lo condena por perjurio imprudente con el fundamento de que él en realidad no vio al acusado en el lugar del hecho en aquel entonces y que podría haber llegado a esa conclusión si hubiera esforzado más enérgicamente su memoria, entonces no se lo sancionaría en razón de *una afirmación que es engañosa por su contenido*, sino, en última instancia, sólo como consecuencia de que no realizó *ninguna afirmación* acerca de un objeto sobre el debería haberse pronunciado.

## 2. La denominada teoría de la obligación

Por lo visto, Gallas defendió el concepto “disociado” de falsedad dada su particular comprensión sobre el lícito. La declaración no verdadera es la que se desvía conscientemente del recuerdo actual, lo que le atribuye una particular importancia gravada “ético-socialmente”, que constituye “el fundamento real de la punibilidad”<sup>29</sup>, es precisamente su carencia de verdad; los tipos imprudentes, se puede agregar, no abarcarían ningún ilícito semejante gravado “ético socialmente” y de ahí que respecto de ellos el concepto de falsedad no necesite ser estrictamente “subjetivo”. A pesar de ese concepto de ilícito no habría existido para Gallas, como ya lo ha señalado Schmidhäuser<sup>30</sup>, ninguna necesidad de abandonar parcialmente el concepto de falsedad “subjetivo”, esto es, el fundado en el recuerdo actual. Además, tampoco el concepto de falsedad que propone el mismo Schmidhäuser es “puramente subjetivo” en sentido estricto. En verdad, él no parte del recuerdo actual real del testigo sino de un recuerdo actual *hipotético*, esto es, aquel que tiene o tendría el testigo mediante los esfuerzos debidos por recordar la percepción pasada: “«Falsa» es...la declaración en la que el testigo no refleja...correctamente la vivencia propia *por él reproducible* acerca del suceso”<sup>31</sup>. La fundamentación de ello permite reconocer con especial claridad que (también) Schmidhäuser se vio tentado a inferir la falsedad de la declaración directamente a partir de la lesión de un deber del testigo: el testigo está “obligado a comunicar su vivencia reproducible sobre el suceso de manera completa y comprensible. Toda vez que éste es el deber del testigo, toda vez que, más allá de ello, el ilícito de los delitos de declaración, como todo ilícito típico, consiste en un comportamiento contrario a un deber, y toda vez que, luego, esta contrariedad al deber se refleja en la ley con la palabra «falsa», entonces solo puede ser «falsa» la declaración a través de la cual el testigo no satisface este deber”<sup>32</sup>. Efectivamente, sin embargo, los §§ 153 y ss. StGB no abarcan, con el elemento “falsa”, justamente “la” (esto es, toda) lesión del deber del testigo.

<sup>29</sup> GALLAS GA 1957, 315, 319 (el subrayado es propio).

<sup>30</sup> Festschr. f. OLG Celle, 1961, p. 207 y ss.

<sup>31</sup> SCHMIDHÄUSER (nota. 30), p. 219. –Del mismo modo MUMM, *Zum Wesen der Aussagedelikte*, 1964, p. 34 y ss.; OTTO, *Grundk. Strafrecht* BT, 6ª edición, año 2002, §97 núm. m.13; LK-WILLMS, 10ª edición, año 1988, obs. prev. §153 núm. m. 9 y ss.

<sup>32</sup> SCHMIDHÄUSER (nota 30), p. 219.

Antes bien, el concepto de falsedad es esencialmente más estrecho que el de lesión del deber del testigo. El testigo tiene que efectuar determinados esfuerzos para reproducir su percepción, en lo posible, de manera confiable y acto seguido informar sobre la vivencia que reproduce. Si él no realiza ninguna afirmación sobre su vivencia y el modo en que ocurrió<sup>33</sup> (y ni siquiera efectúa, allí donde le es posible, tan sólo los esfuerzos debidos en miras a una reproducción confiable), entonces *esta* lesión del deber del testigo no tiene nada que ver con el concepto de falsedad; se trata sencillamente de una negativa a declarar.

### 3. La denominada teoría objetiva modificada o teoría de la percepción

Rudolphi<sup>34</sup> ha criticado entonces con razón la tesis de Schmidhäuser basándose en que él equipara la infracción del deber y la falsedad de la declaración, aunque la objeción procede, por cierto, menos por motivos lógico conceptuales que en razón de que, como ya fue comentado, los tipos de declaración por fundamentos normativos no sancionan como declaración falsa cualquier lesión al deber del testigo. La propuesta contraria de Rudolphi se corresponde con la parte de la concepción de Gallas que se refiere al tipo imprudente: la declaración es falsa cuando no coincide con la imagen real de la percepción<sup>35</sup>. De este modo, él se expone a las mismas críticas que ya se alegaron contra esta porción de la tesis de Gallas<sup>36</sup>.

Más allá de ello, subsiste constantemente una necesidad adicional de explicación allí donde no sólo se toma como parámetro la representación actual que el testigo tiene en el instante del relato, sino que se recurre a un parámetro diferente de éste –sea la imagen de la percepción en el momento de la percepción, como lo hacen Rudolphi y también Gallas, sólo que este último únicamente en relación con el tipo imprudente, o bien el suceso histórico que se investiga en sí mismo, como proponen los defensores de la “teoría objetiva” que todavía hay que discutir–. Seguidamente, se presenta la pregunta sobre si el tribunal para la constatación del hecho puede considerar en general deposiciones testimoniales acerca de *ese* objeto o debe, antes bien, dejarlas de lado; en el último caso las deposiciones no son *declaraciones* en el sentido de los §§ 153 y ss. del StGB<sup>37</sup>. Vormbaum ha indicado acertadamente que sólo es tarea del tribunal y no también del testigo extraer inferencias acerca del suceso histórico que se investiga, de lo que se sigue que el suceso histórico como tal no puede constituir el parámetro de la falsedad<sup>38</sup> (con mayor precisión habría que decir: que las afirmaciones sobre el acontecimiento histórico en sí no son “declaraciones”). Él adhiere por consiguiente a la concepción de Rudolphi pero sin analizar si la reproducción de la percepción como tal requiere también una inferencia del testigo, que no le incumbe a éste sino al tribunal –

<sup>33</sup> Lo cual se averigua interpretando su declaración.

<sup>34</sup> SK/StGB-RUDOLPHI (nota 19), obs. prev. § 153 núm. m. 36 y ss., 42.

<sup>35</sup> SK/StGB-RUDOLPHI (nota 19), obs. prev. § 153 núm. m. 43. –Del mismo modo MÜLLER (nota 2), p. 85 y ss.; VORMBAUM (nota 20), p. 256 y ss., 259; NK-VORMBAUM (nota 1), § 153 núm. m. 79 y ss., 84.

<sup>36</sup> Supra 1.

<sup>37</sup> Sobre ello cfr. supra I. 4. y con detenimiento infra III. 2.

<sup>38</sup> NK-VORMBAUM (nota 1), § 153 num. m. 82 y ss.

esto aquí solo puede ser esbozado y más adelante habrá de discutirse con más detenimiento<sup>39</sup>—.

#### 4. La denominada teoría objetiva

1. Quien opina —como posición extrema opuesta a la tesis defendida entre otros por Niethammer— que la veracidad o la falsedad de la declaración se establece con relación al suceso histórico en sí mismo<sup>40</sup>, debería en primer lugar explicar (lo cual no es posible<sup>41</sup>) que el objeto de la afirmación del testigo es *siempre* ese suceso histórico y no, por ejemplo, también la percepción, el recuerdo, etc. sobre éste. En segundo lugar debería fundamentar por qué el tribunal, en contra de las objeciones elementales ya señaladas, puede admitir manifestaciones acerca del suceso histórico en sí.

2. Claro que esta teoría denominada objetiva ya no es defendida modernamente en su forma “pura”. Antes bien, se resalta o se exige tácitamente que la veracidad o la ausencia de veracidad se establezcan ya en circunstancias “exteriores”, como por ejemplo el suceso histórico como tal, ya en circunstancias “internas”, como el recuerdo actual o la convicción actual sobre el suceso histórico, dependiendo de lo que el testigo ponga como objeto de la declaración<sup>42</sup>. Se conoce y se reconoce, pues, que el testigo mismo determina cuál es materialmente el objeto de su declaración. La consecuencia de este cambio (que se supone totalmente obvia) reza: que el testigo con ello establece al mismo tiempo con qué porción de la realidad debe determinarse la veracidad o la ausencia de veracidad de su declaración. Así, las relaciones se ordenan adecuadamente en el sistema de referencia lógico y conceptual esbozado al comienzo.

A pesar de todo, si —como se demostrará en el curso de las reflexiones que siguen— las conclusiones ulteriores que extraen quines defienden las nuevas “teorías objetivas” en gran medida no son convincentes, ello se debe a que las verdaderas cuestiones materiales que se vinculan con este primer cambio lógico y conceptual frecuentemente no son discutidas o lo son de manera incompleta. No se le concede suficiente importancia siquiera a la dilucidación, mediante la interpretación del relato del testigo, del objeto de la afirmación. La mayoría de las veces es manifiesto que se presupone tácitamente que el objeto de la exposición es: *o bien* un “suceso interior” actual (recuerdo, convicción acerca del suceso investigado) *o bien* su objeto de referencia (lo

<sup>39</sup> Infra III.1.1.b).

<sup>40</sup> RGSt 76, 94, 96; BGHSt 7, 147, 148 s.; OLG Koblenz NStZ 1984, 551, 552 (donde, en contra de lo que sostiene BOHNERT JR 1984, 425 y ss., no se defiende algo así como una teoría objetiva y subjetiva “puestas una detrás de la otra”, sino que las elucidaciones en cuanto a la verificación de la representación propia del declarante sirven a la explicación acerca de cómo están compuestos los “deberes de cuidado” en el sentido del concepto de imprudencia); ARZT/WEBER, Strafrecht BT, año 2000, § 47 núm. m. 40 y ss.; KINDHÄUSER, Lehrb. Strafrecht BT I, § 46 núm. m. 14 y ss.; KREY, Strafrecht BT 1, 12ª edición, año 2002, núm. m. 552; KÜPER (nota 8), p. 29 y ss.; LACKNER/KÜHL, 24ª edición, año 2001, obs. prev. § 153 núm. m. 3 s.; S/S-LENCKNER (nota 8), obs. prev. § 153 núm. m. 6 y s.; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht BT 2ª, 8ª edición, año 1999, § 75 núm. m. 16 y s.; RENGIER, Strafrecht BT II, 5ª edición, año 2003, § 49 núm. m. 8; LK-RUB, 11ª edición, año 1999, obs. prev. § 153 núm. m. 13; TRÖNDLE/FISCHER (nota 4), núm. m. 5 y s.; WOLF JuS 1991, 177, 180. —Amplias referencias sobre la literatura antigua en PAULUS (nota 2), p. 437.

<sup>41</sup> Cfr. el ejemplo mencionado supra I.3. 2. b) bb).

<sup>42</sup> De este modo, todos los autores mencionados en la nota 40, así como el OLG Koblenz.

que significa por lo general: el suceso histórico investigado)<sup>43</sup> lo cual por cierto depende “del sentido y la configuración de la declaración concreta”<sup>44</sup> o, según otra diferenciación, “regularmente” el “hecho objetivo” es el objeto y el suceso interior actual lo es sólo allí “cuando el declarante expresamente se apoye en su convicción”<sup>45</sup>. La necesidad de una diferenciación entre un recuerdo, por un lado, y una convicción actual vinculada con un suceso histórico, por otro lado, no se discute en absoluto. Además, evidentemente se pasa por alto que, por lo general, con la afirmación de que se está convencido de la existencia de un suceso histórico determinado, *simultáneamente* se sostiene la afirmación de que ese suceso histórico acaeció fácticamente de ese modo<sup>46</sup>. Sobre todo, se pasa por alto la cuestión acerca de si han de ser consideradas por el tribunal y en consecuencia son declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB las exposiciones de los testigos sobre *todos* los objetos imaginables, o bien si es necesaria aquí una diferenciación. Más bien queda claro que tácitamente se presupone que pueden constituir declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB las afirmaciones acerca de *todos* los objetos aquí considerados.

### III. Los problemas fácticos centrales

#### 1. La averiguación del objeto de la afirmación a través de interpretación

El contenido de la afirmación no es aquello que cree o intenta expresar quien la lleva a cabo<sup>47</sup>, sino aquello que su destinatario tiene permitido asumir que quiere expresar quien la realiza<sup>48</sup>. Esto también vale especialmente para el objeto de la afirmación, dado que constituye un aspecto parcial de su contenido. Cuando la afirmación está claramente formulada en vistas a su objeto<sup>49</sup> y no existen puntos de apoyo para sospechar que por descuido se efectuó una formulación errónea, la interpretación no plantea problemas. En adelante se tratarán los casos (que son los más abundantes) en los que tal formulación clara no se presenta.

#### A) ¿Convicción sobre un hecho histórico o hecho histórico en sí?

Es imaginable que pueda realizarse una afirmación sobre un suceso histórico sin decir al mismo tiempo que el contenido de esa afirmación se corresponde con la convicción personal; lo mismo vale a la inversa. Ya se ha mencionado un ejemplo de ello y no es preciso reiterarlo aquí<sup>50</sup>. Por lo general, sin embargo, se concluye de modo

<sup>43</sup> Expresamente en este sentido KARGL GA 2003, 791, 797 y s.

<sup>44</sup> De este modo S/S-LENCKNER (nota 8), obs. prev. § 153 núm. m. 8

<sup>45</sup> Así TRÖNDLE/FISCHER (nota 4), obs. prev. § 153 núm. m. 5 y s.

<sup>46</sup> Respecto del último punto, con más detenimiento, supra I. 3.2. b) bb).

<sup>47</sup> Innegablemente, por lo general esto se presenta (con razón) como obvio. De otro modo no sería explicable por qué, en la medida de lo evidente, nadie discute que uno puede hacerse punible en razón de declaración falsa imprudente, en tanto uno comete un error, entre otros, al hablar o al escribir.

<sup>48</sup> Esto es lo que se quiere decir cuando se habla de la preeminencia del “contenido de sentido objetivo” o similares, cfr. por ejemplo, RGSt 63, 49, 51; SK/StGB-RUDOLPHI (nota 19), obs. prev. § 153 núm. m. 13; NK-VORMBAUM (nota 1), § 153 núm. m. 35.

<sup>49</sup> Cfr. los numerosos ejemplos supra II., en especial 3. 2.

<sup>50</sup> Supra I. 3.2 b) bb).

muy obvio desde la convicción personal hacia el objeto de esa convicción, como ya fue expresado, sin tomar conciencia de este paso mental y, a la inversa, se entiende como algo obvio a la afirmación sobre un hecho histórico, sin tomar conciencia de la independencia lógica de este paso, como expresión de una convicción respecto de ese hecho. Justamente porque la convicción y el hecho exterior prácticamente se “hacen uno”, la mención de la convicción personal no debe entenderse como mero indicador de un instrumento de conocimiento<sup>51</sup>, sino, a la vez, como señalamiento de un objeto de afirmación. Por las mismas razones, también sin manifestación expresa se afirma que la convicción propia presenta un contenido idéntico del mismo modo que, a la inversa, ante la sola afirmación expresa de la convicción se indica la afirmación de contenido idéntico sobre el hecho histórico.

En todas las situaciones que pertenecen al ámbito de lo regulado por los §§ 153 y ss. del StGB resulta obvio que no se espera del declarante que reproduzca, sin tomar en cuenta la convicción propia, la visión de alguien que se presenta como una autoridad o similar, sino que se espera tal cual ocurre en la vida cotidiana una narración del hecho “según la convicción propia”. Por este motivo, el tribunal o el destinatario de la declaración puede, por lo general, entender la exposición del mismo modo en el que ella sería entendida en la vida cotidiana: la formulación “estoy convencido de que el acusado estaba en el sitio del hecho” y “el acusado estaba en el lugar del hecho” poseen el significado coincidente: “estoy convencido de que el acusado estaba en el lugar del hecho; él estaba en el lugar del hecho”. La formulación “estoy convencido de que vi en el lugar del hecho al acusado” y “he visto en el lugar del hecho al acusado” significan: “estoy convencido de que en el lugar del hecho tuve la impresión de ver al acusado; lo he visto allí”.

#### B) Recuerdo, percepción o hecho percibido

Desde luego es más complicado estipular reglas generales para establecer si la declaración debe ser interpretada como un relato sobre el recuerdo, la percepción o, más bien, como afirmación sobre el hecho (real o presuntamente) percibido. Esto depende especialmente de la clase de proceso y el rol procesal del declarante:

a) El deudor en un proceso de ejecución que por ejemplo debe prestar *affidavit* sobre la veracidad y exhaustividad de un inventario de bienes, conforme a los §§ 807, 899 y ss. ZPO, o sobre que no se encuentra en posesión y desconoce el paradero de una cosa que debe entregar, conforme a los §§ 883, 899 y ss. ZPO, tiene generalmente en claro que no se espera de él una mera explicación sobre sus percepciones personales (por ejemplo, que él vio que la máquina que debía entregarse fue retirada de su finca) sino la información –que eventualmente recién se obtiene con base en averiguaciones adicionales e inferencias personales– sobre si el inventario de bienes es correcto y completo, sobre si se encuentra o no en posesión de la cosa, etc. (para volver al ejemplo, si la máquina transportada de hecho no se encuentra actualmente en su ámbito de disposición o bien ella fue transportada a otro de sus inmuebles y será recogida luego nuevamente, etc.). La formulación corriente de tales expresiones “...que no se encuen-

<sup>51</sup> De ese modo, no obstante, KARGL GA 2003, 791, 797 en conexión con H. SCHRÖDER (nota 8), p. 47 y s.

tra en posesión de la cosa” está diseñada para este contenido. Quienes escuchan la exposición pueden en consecuencia partir por lo general de la base de que ella se efectúa en este sentido, que tiene, pues, ese contenido. Desde luego, también aquí vale lo dicho anteriormente para la diferenciación entre convicción actual y objeto de relación<sup>52</sup>. La explicación tiene consecuentemente, por ejemplo, el significado: “estoy actualmente convencido de que esa cosa no se encuentra en mi posesión”, y, del mismo modo, “esa cosa no se encuentra en mi posesión”.

b) Lo mismo vale para los dictámenes periciales en el procedimiento probatorio judicial. Normalmente, el perito no puede realizar su dictamen de modo completo y comprensible si no separa su percepción<sup>53</sup>, los conocimientos científicos y reglas de la experiencia correspondientes, y la conclusión que él extrae a través de la aplicación de sus conocimientos científicos a las percepciones<sup>54</sup>. La interpretación de un dictamen estructurado de esta manera no es problemática: el perito realiza una afirmación sobre las percepciones propias y acerca de las conclusiones que haya que extraer de ellas (estoy convencido de que esta lesión del testigo proviene de manera altamente probable de este instrumento” y del mismo modo: “esta lesión del testigo proviene de manera altamente probable de este instrumento”). Aun cuando la formulación del dictamen no presente esta claridad, el tribunal puede concluir en muchos casos que sus declaraciones tienen que entenderse de la manera explicada, dada la experiencia del perito en la realización de dictámenes forenses o también en razón de que el perito fue previamente instruido y que es manifiesto que comprendió esa instrucción. Los casos en los que la interpretación del dictamen no lleva a esta conclusión, han de ser en la práctica muy raros.

c) En el interrogatorio de testigos, esto se presenta de un modo diferente. Si la narración está formulada claramente en el sentido de una mera reproducción de la percepción personal (“he visto como...”), entonces el tribunal por lo general puede partir de la base de que fue pronunciada exactamente con ese sentido; ella posee, entonces, el contenido mencionado (aunque todavía requiere aclaración la pregunta siguiente acerca de si el objeto de la afirmación es el recuerdo o la percepción<sup>55</sup>); sólo pueden efectuarse excepciones cuando haya signos inequívocos de una formulación errónea. Naturalmente, también vale aquí (y en lo que sigue) de nuevo la regla de que una afirmación sobre la convicción actual casi siempre lleva consigo la afirmación sobre el objeto de referencia: “Actualmente estoy convencido de que en aquel entonces vi como...” y de mismo modo: “vi en aquel entonces como...”. En cambio, hay que ser cauteloso cuando el testigo utiliza una formulación que no posee una vinculación expresa con su percepción propia. No existe una regla de la experiencia que diga que a un testigo le es conocido que debe informar únicamente sobre sus percepciones propias; por consiguiente, no existe una regla de la que se siga que las deposiciones de un testigo bási-

<sup>52</sup> Supra A.

<sup>53</sup> Por ejemplo, sobre el modo y gravedad de la lesión de la víctima, su constitución física, la clase y atribuciones del instrumento presuntamente utilizado en el hecho.

<sup>54</sup> Por ejemplo, que es altamente probable que determinada lesión de la víctima haya sido provocada con cierto instrumento.

camente deben entenderse en este sentido. En consecuencia, es siempre necesaria una interpretación relativa a la situación en la que ante todo también es relevante la experiencia que tiene el testigo en ese rol (por ejemplo como policía), así como la circunstancia de si y de qué forma e intensidad se instruyó al testigo y si es plausible presumir que esta instrucción fue comprendida de manera correcta. Si de la interpretación no resulta que la narración tiene uno u otro contenido –por ejemplo, dado que no se instruyó suficientemente al testigo– sino que es sencillamente confusa en ese punto, entonces ella no representa ninguna declaración en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB, independientemente de si el tribunal partió (erróneamente) de uno u otro contenido y fundó sobre él su decisión.

#### C) ¿Recuerdo o percepción?

Es aconsejable ser especialmente cauteloso respecto de la interpretación del relato de un testigo en cuanto a si el objeto de la afirmación es el recuerdo o la percepción. Inclusive frente a testigos “profesionales”, las formulaciones del estilo “he visto cómo el acusado...” no tienen por qué entenderse ineludiblemente como descripciones del recuerdo actual. Sobre todo cuando la declaración de un policía haya sido preparada a través del estudio de actas, consultas con colegas o similares, la diferencia entre actualización del recuerdo y una inferencia respecto de la percepción sin que concurra un recuerdo actual es complicada ya desde el punto de vista psicológico y requiere, dependiendo de la situación, una advertencia por parte del tribunal. Con mayor razón vale esto para testigos “normales”.

#### D) Calidad y fuente de la convicción o del recuerdo

Si el declarante no se refiere expresamente a la calidad y a la fuente de su convicción, entonces las deposiciones de un perito (“la víctima fue golpeada con este instrumento”, lo cual significa simultáneamente “estoy convencido de que la víctima fue golpeada con este instrumento”) y también normalmente de un testigo profesional (“durante el cumplimiento de mis servicios he visto al acusado en el lugar de hecho”) deben entenderse como deposiciones de una convicción o recuerdo *seguros* sobre la base de una preparación y esfuerzo de la memoria *óptimos* (en el sentido de lo legalmente requerido); en especial, por cierto, cuando el declarante posee experiencia forense o fue instruido por el tribunal. En el caso de los testigos “normales” la interpretación de tales formulaciones es un poco más difícil:

En lo que respecta a la *calidad* de la representación, se corresponde con un uso general del lenguaje en alguna medida consolidado el no calificar a la convicción o el recuerdo seguros expresamente como tales, pero sí a los inseguros. Sin embargo, se recomienda prudencia frente a la adopción no diferenciada de esta observación como regla interpretativa. Ésta tan sólo vale siempre y cuando se pueda suponer, a partir de las circunstancias, que para el declarante es común este uso del lenguaje y para él también es claro que las inseguridades deben dejarse abiertas y que no es que uno deba decidirse entre una cosa o la otra. El tribunal puede evitar el peligro de que bajo este

<sup>55</sup> Sobre ello, de mismo modo, infra C.

aspecto surja una dificultad de interpretación a través de una instrucción clara. Cuando a pesar de ello no pueda inferirse de la deposición una toma de postura acerca de la calidad de la representación –por ejemplo, dada la ausencia de instrucción, formulaciones confusas de los testigos y/o falta o fracaso de un interrogatorio encaminado hacia ese fin por parte del tribunal–, entonces lo único que queda es considerar que el testigo meramente ha narrado el hecho como *por lo menos posible* y sólo con relación a ello debe entonces estimarse la veracidad de la deposición.

En relación con la *fuerza* de la representación, una declaración testimonial que no se refiere expresamente a este punto debe comprenderse normalmente como si la representación proviene, en todo caso, de una concentración óptima al momento de la declaración; puede haber excepciones, como por ejemplo cuando el testigo da la impresión de estar desconcentrado durante la deposición. Por el contrario, de la declaración que no presenta puntos de referencia más concretos no puede extraerse normalmente ninguna afirmación acerca de si fueron tomadas medidas preparatorias para la declaración y en caso positivo cuáles fueron ellas, y esto, por cierto, ya en razón de que por lo menos gran parte de los testigos no conocen si existen o no tales obligaciones. Dado que los testigos “profesionales” poseen obligación de preparación, puede inferirse de sus declaraciones, en el mejor de los casos, la afirmación tácita de que se prepararon de manera óptima. En cambio, no se pueden deducir afirmaciones tácitas más concretas, en especial, acerca del modo de preparación (por ejemplo, si el policía volvió a leer las actas que él mismo elaboró en un interrogatorio previo hecho al imputado), toda vez que las estimaciones sobre la necesidad de determinadas medidas de preparación pueden ser muy diferentes.

## 2. Los objetos posibles de “declaración” en el sentido de los §§153 y ss. StGB

Tan sólo una porción relativamente pequeña de las afirmaciones que pueden inferirse mediante la interpretación de un relato constituyen “declaraciones” en el sentido de los § 153 y ss. StGB. El criterio con ayuda del cual se distinguen las “declaraciones” de las restantes afirmaciones ya fue explicado<sup>56</sup>: únicamente cuando el tribunal (u otro destinatario de la afirmación<sup>57</sup>) en el proceso respectivo tiene que considerar justamente la afirmación sobre ese objeto para comprobar los hechos<sup>58</sup>, entonces la afirmación constituye una “declaración”, pues solamente de esta manera ella fundamenta para el tribunal un tipo de confianza y puede poner en peligro a través de este camino la confiabilidad de la verificación de los hechos<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. supra I. 4.

<sup>57</sup> En lo que sigue, también se hace referencia a éste cuando se habla de “tribunal”.

<sup>58</sup> La tesis que aquí se defiende se relaciona tan sólo con este aspecto. Aquí no puede continuar discutiéndose si el mismo criterio también es determinante para otros aspectos de la diferenciación entre declaraciones y afirmaciones especiales. También se discute, en especial, si un relato que no debe valorarse en razón del quebrantamiento de una prohibición de recolección de prueba, es decir, que debe ser dejado de lado por el tribunal, ya por ello no constituye una “declaración” en el sentido de los §§ 153 y ss. del StGB; ver respecto de ello por todos SK/StGB-RUDOLPHI (nota 19), obs. prev. § 153 núm. m. 32 y ss., y MEINECKE, *Die Auswirkungen von Verfahrensfehlern auf die Strafbarkeit nach den Aussagedelikten*, 1996, ambos con más citas.

<sup>59</sup> Fácticamente similar en cuanto a los principios PAULUS (nota 2), p. 450 y ss., 454: “Desde el punto de vista

## A) Testigos

a) El tribunal está obligado a valorar los relatos del testigo acerca de una parte de los objetos posibles de declaración, cuando el testigo tenga que ser tomado en cuenta de manera óptima para la verificación judicial del hecho. Y, por cierto, el testigo debe reproducir antes que nada su recuerdo actual. Los objetos de referencia del recuerdo que se tienen que reproducir son, en principio y ante todo, la percepción (personal) anterior sobre el hecho que se investiga, luego, las condiciones marco de la percepción, esto es, aquellas circunstancias que podrían ser relevantes para el juicio acerca de la confiabilidad de la percepción como por ejemplo: las condiciones de visibilidad, sucesos especiales que eventualmente absorbieran la atención, la constitución corporal y psíquica del testigo, etc. Además, entre los objetos de referencia del recuerdo cuentan aquellas circunstancias que podrían ser significativas para el juicio sobre su confiabilidad, como la lectura que ha realizado entretanto de sus anotaciones, protocolos o noticias aparecidas en el periódico sobre el suceso que se investiga, los esfuerzos especiales para lograr una reproducción o una corrección del recuerdo, las discusiones con otras personas, etc. Cuando el testigo, además, también deba brindar información respecto de otros acontecimientos que pudiera permitir al tribunal efectuar inferencias sobre el hecho que se investiga –como ser sobre la narración de otra persona que habría percibido el suceso que se investiga–, el testigo debe proceder de la misma manera: él debe comunicar su recuerdo sobre la percepción de la narración de la otra persona, las condiciones marco de esa percepción, las circunstancias que podrían ser importantes para juzgar acerca de la confiabilidad del recuerdo y así sucesivamente. Siempre pertenece a la reproducción completa del recuerdo actual también la descripción de su cualidad, es decir, la claridad o la vaguedad del recuerdo actual. A la reproducción del recuerdo, que es de lo que se estuvo hablando hasta ahora, todavía se debe agregar, en segundo lugar, la información sobre ciertas circunstancias presentes “internas” que eventualmente permiten inferencias acerca de la confiabilidad del recuerdo, como en especial la medida del esfuerzo de concentración o una eventual perturbación condicionada por un déficit de salud, etc.

Que el testigo declare sobre los objetos mencionados es parte de sus deberes en tal rol procesal; el tribunal tiene que incluir y valorar estas declaraciones en la comprobación del hecho –salvo que eventualmente rijan alguna prohibición especial de valoración probatoria–. Por ello, éstas son *declaraciones* en el sentido de los § 153 y ss. del StGB. Una declaración es *no verdadera* siempre y cuando la reproducción del contenido o de la calidad del recuerdo se desvíe del recuerdo actual fáctico o la reproducción de circunstancias internas especiales se desvíe de la constitución real actual. Es decir, cuando el testigo, por ejemplo, relata su percepción de aquel entonces o el modo en que se preparó para la declaración de manera diferente a como lo recuerda o cuando describe su constitución psíquica actual, como ser su concentración en el objeto de la

típico en el sentido del § 153-163 StGB, una declaración es falsa cuando su contenido no coincide con el objeto legalmente prescrito o aceptado procesalmente”. Además, PAULUS parece haber pasado por alto que aquello que debe explicarse a través de una interpretación de la declaración es si la persona declarante de hecho se expresa sobre un “objeto legalmente prescrito o procesalmente admitido”.

declaración, de manera diferente a como ella está conformada en realidad. Por el contrario, es irrelevante para establecer la veracidad cómo se preparó fácticamente, cómo y bajo cuáles circunstancias percibió fácticamente en el pasado el hecho que se investiga y cómo ocurrió efectivamente en aquel entonces el suceso. Es irrelevante, además, cómo se vería el recuerdo si el testigo en el pasado hubiese observado cuidadosamente el hecho que se está investigando (en la medida en que hubiese estado sometido excepcionalmente a tal obligación), si se hubiera preparado debidamente para su declaración (en el caso en que haya tenido esa obligación) o si se hubiese concentrado en ella de modo óptimo. La inobservancia de esos deberes no posee el contenido de ilícito de una declaración falsa mientras no se realicen afirmaciones incorrectas acerca de su cumplimiento. Debe resaltarse nuevamente que el primer paso que avanza hacia las comprobaciones sobre el carácter de declaración y el contenido de verdad ha de verificarse a través de la interpretación del objeto de la deposición. La desviación de la deposición del testigo con respecto al recuerdo no transforma a la deposición en una declaración falsa cuando el testigo no realiza ninguna afirmación sobre el recuerdo sino sobre otros objetos (percepción, convicción sobre el hecho que se investiga, etc.).

b) Puede ocurrir que el testigo mismo, con base en su recuerdo y percepción sobre su propia constitución interna, efectúe inferencias sobre su percepción y sobre el hecho que se investiga, y luego realice afirmaciones sobre ello. El tribunal tendría que considerar estas afirmaciones en la verificación de los hechos, sin embargo, sólo en tanto su incorporación fuera apropiada para contribuir a la averiguación de los hechos, o cuando el tribunal estuviera facultado por el ordenamiento procesal respectivo para apoyarse en las inferencias del testigo y restringir la comprobación propia. De todos modos, ninguno de estos presupuestos existe. Pertenece justamente al ámbito nuclear de la competencia del tribunal para diligenciar y apreciar la prueba, el examinar respecto de posibles errores en el recuerdo, la imagen que el testigo tiene sobre ese recuerdo, es decir, realizar *él mismo* la conclusión desde el recuerdo hacia la percepción y en conexión con ello, investigar la imagen de la percepción en búsqueda de eventuales errores, para luego, en su caso, poder concluir sobre el hecho que se investiga. En caso de necesidad, el tribunal debe convocar para ello a un perito. El testigo mismo, por el contrario, no puede mejorar a través de su propia conclusión la confiabilidad de las comprobaciones judiciales. Más aún, el tribunal no tiene competencia para colocar las inferencias del testigo en lugar de las propias.

Esto vale para todos los testigos, también los oficiales que efectúan inspecciones oculares y los peritos en el sentido de los §§ 414 ZPO, 85 StPO<sup>60</sup>. Estas personas son tan sólo “colaboradores en cuanto a la percepción” del tribunal; esto quiere decir que deben dedicar especial cuidado a la percepción del hecho, con el objeto de producir en lo posible una imagen confiable de la percepción y, cuando se trate de peritos, proyectar su conocimiento especial. En el momento de la declaración, la percepción ya

<sup>60</sup> Incorrectamente, aquellos que de lo contrario sostienen al recuerdo o la percepción como el punto de referencia determinante, hacen mayormente en este sentido una excepción y explican como relevante al hecho histórico percibido en sí mismo; cfr. entre otros PAULUS (nota 2), p. 453 y s.; SK/StGB-RUDOLPHI (nota 19), obs. prev. § 153 núm. m. 43 y s.

pertenece por cierto al pasado, de modo que sólo puede ser relatada al tribunal a través de la reproducción del recuerdo. La conclusión desde el recuerdo hacia la percepción y luego al hecho que se investiga es, como siempre, tarea del tribunal; en este sentido, ni quien realiza la inspección ocular ni el testigo normal pueden aportar algo adicional y tampoco el saber del perito se vincula con esa porción del proceso de conocimiento (antes bien, debe convocarse a un *perito* cuando el tribunal no sea capaz de juzgar según en sus propios conocimientos los posibles errores de recuerdo o de percepción del perito).

Con todo, *únicamente* constituyen declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB las afirmaciones acerca del recuerdo actual y, complementariamente, acerca de hechos interiores presentes; si y en la medida en que el testigo realiza afirmaciones sobre otros objetos, como ser la percepción o el hecho que se investiga como tal, estos no caen bajo los tipos de declaración, por más que las afirmaciones sean no verdaderas.

## B) Otros declarantes

En el caso de determinadas personas declarantes, el concepto de declaración debe comprenderse en un sentido diferente; esto debe ser aclarado sobre la base de dos ejemplos que poseen una especial relevancia práctica.

a) El perito no sólo es colaborador en cuanto a las percepciones sino también, y ante todo, en cuanto a las conclusiones del tribunal. Por falta de suficientes conocimientos especiales propios no sólo necesita del perito que refleje su recuerdo (respecto de las personas u objetos que ha investigado así de las verificaciones científicas efectuadas) sino también que se forme una convicción sobre sus percepciones (esto es, en lo esencial, que descarte fallas en su memoria) para luego, con aplicación de su saber especial, formarse una convicción acerca del hecho que en realidad se investiga y exponer esa convicción, unida a su grado de certeza. La circunstancia de que el perito expresa su convicción sobre suceso que se investiga más el contenido de su convicción poseen una importancia central para la verificación judicial del hecho, puesto que justamente a través de ellas influye en las probanzas el conocimiento ajeno. Por otra parte, el tribunal no debe hacer suya la convicción del perito como obviamente correcta sino que por lo menos debe comprobar su plausibilidad; para ello, de nuevo, debe acudir a la reproducción del recuerdo y la convicción sobre la percepción. Son declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. del StGB, para el caso de dictámenes periciales, en principio aquellas afirmaciones que también lo son para el testigo y más allá de éstas, la exposición de la convicción sobre lo percibido y, ante todo, sobre el hecho mismo que se investiga. Puesto que el valor probatorio que el tribunal tiene permitido adjudicar a la declaración del perito sobre su convicción depende primordialmente del modo en que él llega a esa convicción, también forma parte de la declaración, en definitiva, la reproducción del aquél fragmento del recuerdo cuyo forjamiento es común a toda convicción; especialmente: la intensidad de los esfuerzos para lograr una convicción científicamente fundada. Además de estos, son parte de la declaración la referencia sobre la concentración que actualmente pone en una reproducción correcta del recuerdo y en evitar errores.

Ya se ha dicho que afirmar convicción sobre un hecho determinado por lo general está vinculado a una afirmación de contenido idéntico sobre el hecho como tal<sup>61</sup>. Esta segunda afirmación se basa, desde el punto de vista lógico, en una inferencia que parte de la primera y se extrae muy “rutinariamente” y sin emplear ninguna información adicional (“estoy convencido de que la víctima fue lesionada con este instrumento, entonces, fue lesionada con este instrumento”). Por consiguiente, la segunda afirmación no tiene para el tribunal ningún valor probatorio adicional, ella queda relegada en la averiguación del hecho y no es, en consecuencia, ninguna “declaración” en el sentido de los §§ 153 y ss. del StGB<sup>62</sup>.

b) El deudor en un proceso de ejecución de bienes tiene prestar *affidávit*, por ejemplo, sobre la veracidad y la exhaustividad del inventario conforme a los §§ 807, 899 y ss. ZPO o bien que no posee y desconoce el paradero de una cosa que debe entregar, conforme a los §§ 883 y 899 ZPO. Normalmente él afirma que según su recuerdo actual, de cuya rectitud no advierte objeciones a pesar de haber reflexionado intensamente, él comprobó detenidamente los datos importantes y que sobre la base de ello, tras haber meditado, tiene ahora la convicción de que el inventario es veraz y exhaustivo, que no está en posesión de la cosa, y así sucesivamente<sup>63</sup>. La ley obliga al deudor en el proceso de ejecución a efectuar una afirmación semejante justamente porque a través de ello se crea para el acreedor y para los órganos de ejecución un tipo de confianza para las conductas subsiguientes en la ejecución. Estas afirmaciones son, en consecuencia, declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StGB. No pertenece a ellas la afirmación, efectuada simultáneamente, de que la convicción expresada ha de equiparse con la realidad; en este sentido vale lo mismo que se dijo para el dictamen pericial.

#### IV. Consecuencias para los tipos penales de imprudencia y de inducción

##### 1. *El tipo penal de imprudencia (§ 163 StGB)*

Para decirlo sencillamente, el concepto de declaración falsa aquí desarrollado se relaciona, en los casos de declaraciones testimoniales, en lo esencial, con el recuerdo y en los de declaraciones de peritos, adicionalmente, con la convicción y demuestra entonces una semejanza estructural con la teoría subjetiva. En consecuencia, se hace pasible como ella de la crítica usual<sup>64</sup> de que salvo en los supuestos prácticamente no relevantes del equivocarse al hablar o al escribir, el § 164 StGB se convierte en cuasi carente de función y en razón de ello, es evidente que la ley se basa en una “teoría objetiva”. Esta objeción, sin embargo, no sería substancial. La ley exige que la *declaración* sea imprudentemente efectuada en cuanto a su no-veracidad, es decir, que el

<sup>61</sup> Supra I A. así como I. 3. 2. b) bb).

<sup>62</sup> También en este sentido se diferencian, otra vez, los nombrados en la nota 55, parcialmente también NK-VORMBAUM (nota 1), § 153 num. m. 88 y ss.

<sup>63</sup> Respecto de la interpretación de la expresión de este sujeto cfr. supra I. B. a).

<sup>64</sup> Por todos: MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (nota 40), § 75 núm. m. 20.

deponente *durante la declaración* haya podido y debido advertir que su afirmación (posiblemente) era no verdadera. Estos casos resultarán comprendidos de un modo todavía más amplio que el que admite la “teoría objetiva”: cuando el declarante afirmara falsamente (de modo expreso o tácito) que el recuerdo que relata se fundamenta en una atención y concentración óptimas<sup>65</sup>, y, sin embargo, pudiera y debiera reconocer que esa afirmación es incorrecta, efectuaría con ello una declaración falsa imprudente y por cierto, además, independientemente de que el contenido de la declaración se desvíe o no del hecho “objetivo” (esto es, del hecho histórico que en definitiva se investiga). Una laguna de punibilidad se origina, en lo esencial, tan sólo allí donde el testigo infiere precipitadamente conclusiones falsas sobre el hecho histórico y declara de acuerdo con ello. Pero esto, observado con atención, no representa ninguna laguna sino una ventaja de la concepción que se desarrolla aquí: las afirmaciones de testigos acerca de *este* objeto, como fue señalado<sup>66</sup>, no tienen que jugar ningún rol respecto de la averiguación judicial del hecho y, en consecuencia, la función del § 163 StGB no puede ser la de someter a pena tales formas de conducta.

## 2. El tipo penal de inducción (§ 160 StGB)

En las reflexiones efectuadas hasta ahora todavía no se ha considerado –al contrario de una manera extendida de proceder<sup>67</sup>– si el concepto de declaración falsa desarrollado para los §§ 153-156 StGB también es apropiado como definición del elemento típico, de idéntica denominación, del § 160 StGB. Ello tampoco ha sido imprescindible desde el punto de vista metódico, puesto que los elementos que llevan el mismo nombre deben tener igual contenido sólo allí donde poseen la misma función; en caso contrario es perfectamente plausible definirlos de modo diferente<sup>68</sup>. Con la brevedad que es aquí necesaria ha de señalarse únicamente lo siguiente en relación con el § 160 StGB: parece correcto sostener que el concepto posee la misma función en el § 160 StGB que en los §§ 153-156 StGB, pues el § 160 StGB amenaza con pena complementariamente a quien si bien no aparece personalmente como informante influye “desde fuera” para que un declarante a través de afirmaciones falsas forme un tipo de confianza que pueda poner en peligro la verificación judicial del hecho. Pero si la falsedad según el § 160 StGB se mide con otros parámetros, como ser el hecho histórico “objetivo” o las representaciones del deponente, el tipo penal asume una orientación sustancialmente distinta<sup>69</sup>. Se incluyen así casos en los que el testigo relata correctamente su recuerdo o inclusive su percepción, los cuales fueron, empero, manipulados con anterioridad por el inductor, además de supuestos en los que el inductor, para conseguir un determinado resultado procesal que se contraponga a la situación jurídica material,

<sup>65</sup> O bien cuando un individuo que tenga obligación de prepararse afirmara que ha tomado todas las medidas preparación preestablecidas.

<sup>66</sup> Cfr. supra III. 2. A. b).

<sup>67</sup> Cfr. por todos: A. KÜHNE, *Verleitung zur Falschaussage im Sinne des § 160 StGB*, 1999, p. 81 y ss.; H.E. MÜLLER (nota 2), p. 85 y ss.

<sup>68</sup> Correctamente en este sentido: LK-WILLMS (nota 31), obs. prev. § 153 núm. m. 10.

<sup>69</sup> Del mismo modo LK-WILLMS (nota 31), obs. prev. § 153 núm. m. 10.

convence a una persona, que sencillamente todavía no se había decidido a declarar, a que se ponga a disposición como testigo y que provea una declaración completamente libre de manipulaciones. En lo que respecta especialmente a la constelación mencionada en último lugar, no existe ningún tipo penal cuya finalidad sea abarcar tales influencias en el proceso logradas con ayuda de otros, en especial, medios de prueba materiales; en el mejor de los casos, una porción de estos supuestos son captados complementariamente a través de los tipos de acusación falsa, evasión de pena y estafa. No es para nada evidente por qué tendría que ordenar aquí el § 160 StGB una excepción justamente para medios de prueba personales.

## V. Conclusión

En contra de las formulaciones y el contenido de la mayoría de las “teorías de la falsedad”, la cuestión de la falsedad, es decir, la no veracidad, no constituye el problema real del concepto de declaración falsa de los §§ 153 y ss. StGB. Antes bien, en primer lugar se debe averiguar mediante interpretación de la declaración concreta sobre qué objeto u objetos se realizan afirmaciones; de ninguna manera puede sencillamente suponerse que el objeto de la declaración es aquél sobre el cual el declarante *debió* expresarse de acuerdo con la ordenanza procesal. En segundo lugar, se debe esclarecer si esas expresiones, cualquiera sea su objeto, son de algún modo declaraciones en el sentido de los §§ 153 y ss. StPO. Lo son, tan sólo cuando conforme la ordenanza procesal correspondiente y en miras al rol procesal del deponente deban ser consideradas por el tribunal (u otra autoridad destinataria de la declaración) para la averiguación de los hechos, pues sólo en ese supuesto se crea, a través de la declaración no verdadera, un tipo de confianza capaz de perjudicar la confiabilidad de la comprobación del hecho. En el caso de los testigos cumplen con ello, dicho simplificadoamente, sólo los relatos sobre ciertos aspectos de su recuerdo presente y determinados hechos adicionales “internos” al momento de la declaración; en el caso de los peritos se agrega a ello, en particular, la expresión de su convicción acerca del hecho que se investiga.