

PRÓLOGO

Constituye un honor presentar este libro. Que se me haya convocado a hacerlo, además, me permitió el privilegio de ser lector de textos que nos iluminan sobre un aspecto central de los sistemas penales contemporáneos.

Es en ese sentido que quisiera, antes de realizar breves comentarios dirigidos a incentivar la lectura de los aportes que siguen, destacar el enorme valor de la Colección toda dedicada a los aspectos probatorios. Y también destacar que ese valor sea reconocido con el interés de los autores y lectores, y desde ya el mío propio, reflejado en que salga de imprenta ya el tomo II de la Colección, que es el que presento.

La de la prueba es, tal vez, la materia más importante del enjuiciamiento penal. Por ello, el debate sobre los sistemas probatorios es de los más ricos y complejos de las disciplinas jurídico-penales. Es posible recurrir a los mejores de los autores clásicos para verificar que ello ha sucedido así desde antiguo y no solamente una constatación actual de los operadores judiciales, o el producto de cierto agotamiento del desarrollo sobre otras cuestiones penales y procesales en el ámbito académico.

Uno de los más brillantes, y raros, de aquellos autores clásicos, indicaba que la misma naturaleza de lo penal estaba, precisamente, en “decidir si cierto hecho, llamado delito, está probado o no y, en consecuencia, si el individuo acusado debe ser sometido a la obligación de sufrir la pena correspondiente a ese hecho. Para todos esos problemas, el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria”¹. Si allí, en la misma definición, ya resulta posible encontrar varios de los problemas de la prueba, en mucha mayor medida aparecerán nuevos problemas al aludir a la validez de la producción de prueba o a la valoración de la prueba y si esta es legítima o ilegítima, suficiente o insuficiente para arribar a una condena.

¹ Cfr. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, 2002.

Eso será así pues la relación de las pruebas con la construcción de la verdad (al menos procesal) es ineludible. Y será siempre así, salvo que se opte por modelos de adjudicación de pena consensuales o meramente decisionistas, ya que decisión también la habrá en este otro caso, pero no solamente decisión. Renunciar a probar la verdad de los hechos implica la renuncia a las formas estrictamente jurisdiccionales y pasibles de control racional, que solamente es posible si la verdad se obtiene y justifica a través de un conocimiento demostrable.

Pero el problema es que esa demostración o prueba no es automática, exige una reproducción y valoración, y también el cumplimiento de determinadas formas, tanto limitativas de la consecución de la verdad como rituales.

En los ensayos que siguen surgen algunos de estos problemas, que han tenido y tienen recepción en los juicios penales y en la doctrina de nuestro medio, pero especialmente es central en este volumen el vinculado a las declaraciones testimoniales, su forma de efectuarlas, y su valoración final.

Sobre ese eje, los textos abordan temas diversos como "El uso de las declaraciones previas en el sistema procesal penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", donde Ezequiel Quaine describe el sistema de la admisión de la prueba testimonial en el ámbito de la justicia contravencional y penal en uno de los códigos y prácticas más modernas del país, y que ciertamente incorpora algunos de los debates que se reflejan en otros ámbitos por vía práctica.

Le sigue el trabajo "El testimonio del niño y su valoración en el proceso penal" en el cual Fernando Buján introduce ya la cuestión de la valoración antes que la producción de ese testimonio en la llamada Cámara Gesell, alertando, en el tono que seguirán otras contribuciones del libro, sobre el riesgo de procurar la eficacia procesal dejando de lado la vigencia de distintos principios y garantías constitucionales que regulan y limitan el procedimiento penal.

En "Análisis de los medios de prueba establecidos en la ley 27.319", Fernando Vázquez Pereda y Camila Clarey realizan un estudio de la validez de las declaraciones en los delitos complejos. Especialmente cuestiona los testimonios del agente encubierto, del "revelador", del "informante", a los que contrapone con las garantías, lo mismo que los procedimientos de "entrega vigilada" y otros que son implementados en búsqueda de la eficiencia en la represión del delito.

Se vuelve al tema, que entiendo es central del volumen, en el capítulo de Guido Cresta "La declaración testimonial", en el cual se concretan los peligros de darle extrema y absoluta credibilidad a aquella prueba hasta el momento poco analizada desde pautas interdisciplinarias necesarias para su valoración. Escribe Cresta que "el testimonio de los testigos se basa fundamentalmente en su capacidad de memoria, de ahí que la memoria de la persona que declara como testigo, su reproducción exacta—de lo que vio, sintió o percibió— sería imposible y solamente nos aproxima a un panorama de lo que pudo haber ocurrido". Y es en efecto ese aspecto, el de la memoria, el que aparece en cuestión en todos estos casos, porque se sabe bien que lo

más fácil, lo más obvio, es el olvido, y que solo excepcionalmente se recuerda ... y sin embargo la forma de producir estas pruebas y valorarlas supone lo contrario.

El trabajo "Comparación de las regulaciones procesales en torno a la prueba testimonial en procedimientos ordinarios" es una tarea, realizada por María Manuela Lopérfido y Joaquín Krncsék, de comparación de regulaciones de las declaraciones testimoniales y el uso de la Cámara Gesell en los principales códigos procesales de nuestro país.

En "La valoración probatoria en los casos de violencia de género. Una mirada desde los precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su proyección en otras jurisdicciones", Mario Alberto Juliano y Nicolás Omar Vargas introducen lo que probablemente es la casuística, la de violencia de género y delitos contra las mujeres en general, que en los últimos años ha generado más presentaciones y atención doctrinaria sobre la cuestión del testimonio (que no se reduce, desde ya a estos casos).

El análisis de los autores luce razonablemente contemporizador y alejado de las posiciones extremas observadas en académicos y operadores judiciales, y especialmente valioso es el análisis hecho a la jurisprudencia local citada en el título, así como a la que dedica un "*Excursus*: el tratamiento de la cuestión en algunos precedentes de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional". Los autores sostienen que la adopción de un estándar probatorio más débil para imponer una condena en casos de violencia de género presenta múltiples problemas a diferentes niveles.

Sobre la misma problemática discierne "El problema del 'testigo único' y la valoración de la prueba en el proceso penal, con especial referencia a la argumentación de los tribunales argentinos", en el que Pablo Larsen intenta una posición "conciliadora" pero claramente inclinada a la valoración exigente y a través de pautas concretas de la declaración del testigo único. Reconoce que el criterio dominante en las decisiones judiciales consiste en aceptar la posibilidad de condenar a una persona con base exclusiva en el testimonio de la víctima, pero ello tiene para el autor varios problemas. Aunque acepta que ello tampoco es de solución con los viejos adagios que impiden esa valoración con la posibilidad de que, si se adopta una regla de corroboración en las leyes procesales, algunos hechos graves y difíciles de probar podrían quedar relegados a la impunidad. Con base en ese argumento el autor propone centrar la discusión en el problema valorativo central de la prueba en el proceso penal: la discusión sobre la distribución de los riesgos de error.

Sigue el trabajo "El testimonio del arrepentido como elemento probatorio sustancial en el marco de investigaciones complejas" de Tomás Horacio Charni y Marcos Alberto Frezzini. Se emparenta este trabajo con el de Vázquez y Clarey, y en ese sentido pueden diferenciarse de los que son mayoritarios y a los que me referiré en conjunto más adelante. En estos otros casos, aparecen alteraciones a la producción del testimonio por una suerte de incentivos de dudosa eticidad o legitimidad.

La figura llamada "arrepentido", que intenta introducirse en forma genérica a nuestro sistema penal, pero incorporada excepcionalmente en la legislación en materia de estupefacientes por la ley 24.424, descansa sobre la idea de eficiencia y sobre la igualdad en el trato entre el Estado y el imputado. El fundamento es, como en el caso de la interpretación más laxa de las pruebas problemáticas, el reconocimiento de la imposibilidad de los órganos del Estado de derecho de condenar algún tipo de delito. Como un método para poder hacerlo se sugiere como fundamental la cooperación de acusados que revelen la identidad de otros partícipes o de organizaciones delictivas. A cambio de ello se le ofrece la reducción o la eximición de la pena que le correspondiera. En rigor, no se exige aquí un verdadero arrepentimiento, ni siquiera la confesión. Lo que se requiere es la delación y esa es la prueba testimonial que, al hacerse valer en el otro supuesto, podría beneficiarlo en el propio. Más allá de la crítica (ya formulada por mí en otras oportunidades) a darle relevancia al comportamiento procesal del acusado para la determinación de la pena, rompiendo su conexión causal con el hecho investigado, lo que se pone en riesgo es el valor de verdad de aquello que se premia por decir, es decir la dificultad en el empleo de conceptos inciertos y valorativos que definan la importancia de los datos revelados. Las críticas más trascendentes son las vinculadas con la ética y la política.

El fundamento de la figura se basa en argumentos utilitarios. Pero si un Estado renuncia a su superioridad ética, el derecho se degrada al mismo nivel que el infractor. Por meras condiciones utilitarias se renuncia al principio de superioridad ética del derecho, necesario para condenar a los verdaderos autores de delitos. Más allá de la posible condición moral de la persona que denuncia, que está fundada en el principio de la traición, a quienes fueron sus compañeros (aun cuando fueran delincuentes), lo que no parece recomendable es que la estructura que pretende mantener la vida en comunidad y los lazos de solidaridad fomente la traición de ningún tipo ya que la supervivencia de una comunidad depende ante todo de la confianza y de la fidelidad entre los amigos que la componen. En la exposición de motivos del proyecto de Código francés de 1889 (art. 133) y el de 1930 (art. 309) se expresa, siguiendo a Beccaria, que "nada puede justificar una traición, ni siquiera entre delincuentes", como nos recuerda Ferrajoli². Ello es característico de los Estados autoritarios o regímenes de terror, que fomentan y premian las denuncias, y ese es el peligro político que no se debe obviar al hablar de estas figuras, puesto que proceden o provocan "la corrupción de la jurisdicción, la contaminación policial de los procedimientos y de los modos de investigación y de juicio, y la consiguiente pérdida de legitimación política o externa del Poder Judicial" según nos recuerda el mismo Ferrajoli³.

² Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997, p. 682.

³ Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997, p. 610.

Como ya adelanté, los trabajos que siguen continúan con lo que creo es el nudo mayoritario del volumen. Así "Algunas consideraciones sobre la valoración del testimonio de la mujer víctima de violencia de género" de Victoria Fraga Utges se posiciona en el lado contrario al de la mayoría de los otros artículos y basándose en la perspectiva de género y en algunos principios de la sociología jurídico penal, justifica la valoración mayoritaria de los tribunales e incluso reclama una mayor flexibilidad. Reclama la valoración del testimonio despojado de patrones socioculturales discriminatorios ya a la luz del estándar de debida diligencia reforzada en los casos específicos. Valorar el testigo único con amplitud probatoria no solo es defendido en este artículo con los exclusivos fines procesales y penales pues según la autora "se trata de visibilizar la situación de emergencia existente en la actualidad y el alarmante número de mujeres que sufren violencia", lo que se relacionaría con garantizar una vida libre de violencias para todas las mujeres.

También es en esa senda que recurre a otras perspectivas de análisis, pero en este caso sí con un recurso de otra disciplina que se centra en el valor de verdad del testimonio, se presenta luego, analizando las declaraciones testimoniales desde el aspecto psicológico, "Análisis y reflexiones sobre un medio de prueba particular: El testimonio en Cámara Gesell, sus vicisitudes y escollos. Incumbencias de la psicología. Encrucijada de dos saberes", donde el psicólogo Julián Tejeiro indica varias cuestiones para terminar sosteniendo que la credibilidad del testigo es una construcción del juez, y es obligación indelegable de este personaje analizar críticamente el testimonio para darle el valor.

Cierra el volumen un trabajo que compendia precisamente criterios de los jueces en "Análisis de la jurisprudencia de las declaraciones testimoniales y Cámara Gesell" de Federico Irusta.

Ciertamente la otra cuestión que cruza los trabajos del volumen ya no se refiere a la valoración del testimonio sino a su contexto de producción y control. Especialmente aparece, en este último trabajo y en otros, el tema de la Cámara Gesell y el de la irrepitibilidad del testimonio allí brindado. Creo que se trata de un mecanismo que intenta respetar el método contradictorio de producción de prueba, y a la vez garantizar la intimidad de un individuo y sobre todo proteger, no volver a lastimar, a la niña o al niño. Pero la creación pedagógica del psicólogo Arnold Gesell, diseñada para ver cómo evolucionaba un niño dentro de su hábitat natural, espontáneamente, o fuera del contacto con el experto, no puede asimilarse sin más con una declaración testimonial o con la búsqueda de lo más veraz para poder reproducir el hecho y en la cual el experto en la conducta tiene un lugar central. La similitud está en la cuestión técnica (esto es, el vidrio espejado, los micrófonos, la presencia de otras personas sin que el niño las observe), pero de ahí en más todo son diferencias. El grado de espontaneidad y libertad de un caso se aleja de una declaración direccionada a un fin procesal específico, en el que, además, la mezcla de las lógicas tutelares se contraponen con las de lograr averiguar la verdad de lo sucedido y el respeto de las

garantías y principalmente la de defensa en juicio. Ese equilibrio no es fácil, y lo usual es declinar la posibilidad de control de la defensa de los elementos probatorios, la contradicción, la confrontación, pero también otros principios especialmente importantes como la publicidad y la inmediatez, entre otros.

La cuestión del equilibrio, difícil, se reitera en el que entiendo es el principal hilo que recorre el volumen, que versa sobre la valoración del juez de las declaraciones testimoniales y la posible oposición entre un estricto estándar probatorio que privilegie las garantías del acusado, y un estándar algo más flexible, que impida la impunidad, y que también suele asociarse a la defensa de otros intereses, en el libro reflejado en el artículo que privilegia la perspectiva de género.

En efecto, ha sido en casos recientes en los que se puso en tela de juicio el valor del testimonio único brindado en contextos de violencia de género o delitos sexuales, en los cuales se ha sostenido una modificación a los criterios de interpretación de la veracidad de la mujer presuntamente victimizada.

En el ámbito local se ha criticado, especialmente a partir de las investigaciones de Marcelo Sancinetti, que en esos casos en verdad sigue habiendo una declaración, la de la presunta víctima, contra otra, la del acusado, y que presumir la veracidad de una y la mendacidad de otra es una vulneración, entre otros, al “principio de igualdad”. Así, incluso critica la forma en que ello razonablemente, pero de forma subjetiva, pueda ser valorado por el juzgador violando el principio de inocencia ya que “... que uno le crea subjetivamente a una persona cuando dice algo —una experiencia personal que todos podemos tener en la vida cotidiana— no es un argumento suficiente para fundar una decisión que los demás tengan que asumir como vinculante, por su ‘razón suficiente’. Es, justamente, una razón insuficiente, como la pura ‘íntima convicción’ ”⁴.

Ese y otros planteos similares ponen precisamente en crisis el criterio de valoración judicial, acercándose a los criterios de prueba legal o tasada, como extremo opuesto al puro decisionismo o convicción que no puede expresarse racionalmente. Sobre ese difícil equilibrio que define la función judicial debería discurrir la atención del presente momento. Sin embargo, todo parece centrarse en esa situación de violencias que no se denunciaban, perseguía y condenaban previamente.

Frente a lo novedoso, se han planteado críticas a la valoración de la denuncia o dichos de la presunta víctima. Se ha sostenido, además, que la víctima, en sentido estricto, no puede ser testigo en la propia causa (*nemo testis in propria causa*), salvo como testigo sospechoso; y que su solo testimonio no alcanza para conformar el cuadro probatorio cargoso necesario para el dictado de una condena (*testimonium unius non valet*). Se han recuperado, del Código de Justiniano y otras fuentes, los axiomas latinos *testis unius, testis nullus* y *vox unius vox nullius, unus vir nullus vir*,

⁴ Sancinetti, *Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, n° 6, jun. 2010, p. 978.

*unus testis nullus testis, in ore duorum vel trium testium stet omne verbum, plus videtur oculi quam oculus*⁵.

Una contextualización de estos planteos obliga a que se haga énfasis en que, como en los textos que aquí se comentan, se contrapongan con los casos en que ese único testimonio es brindado por la mujer denunciante de delitos de abusos sexuales o violencia doméstica.

Entiendo que eso podría llevar a repensar las reglas del derecho mismo, y también a la cultura que las genera, de indudable raíz patriarcal o directamente machista.

El uso del idioma latín remite, de hecho, a esa fuente común de las mencionadas coordenadas que definen nuestra cultura. Es evidente que la de Roma fue la civilización con mayor contenido opresor hacia las mujeres y ello fue retransmitido, al menos desde el llamado Renacimiento, a través de generaciones de varones que crecimos admirando —y haciendo que otros admiraran— a los textos romanos. Según Mary Beard, autora de *SPQR*⁶ y de *Mujeres y poder: un manifiesto*⁷: “De hecho, fue de esos textos donde aprendieron [los varones] sus actitudes rectoras. Además del hostigamiento y el paternalismo, existe en los varones algo sutil, el rechazo a escuchar (...) Las mujeres hablan sin que se las escuche”. La mencionada autora remite a los textos clásicos griegos y el silencio sobre Penélope o Clitemnestra, pero ciertamente la que fijó esa mirada machista fue la cultura romana, y la cultura jurídica romana (lo que significa una y la misma cosa pues es el derecho precisamente la “marca” que ha dejado en Occidente esa cultura desarrollada hace más de dos mil años.

Es así desde el fundacional “raptó de las Sabinas” hasta la fijación de estereotipos de la inferioridad femenina. Los de mujeres malas (las que hablan: como Calpurnia que usó la palabra ante un tribunal y que aún diez siglos después se la recordaba por ello en las Partidas de Alfonso X el Sabio como que “de un monstruo semejante es mejor recordar cuando murió que cuando vivió”). Y de mujeres buenas (las que callan: como Lucrecia que inicia la revuelta republicana al suicidarse por no soportar el deshonor hacia su marido al haber sido violada, y que Agustín de Hipona, en la Ciudad de Dios, todavía sostenía, ocho siglos después, que no fue tal violación pues no se resistió lo suficiente y que: “Los dos cometieron adulterio, el uno con la irrupción y la otra con oculta y oscura aprobación”).

En definitiva, una serie de convenciones morales y jurídicas que en efecto nos marcan hasta el presente y nos persiguen con sus expresiones represivas o tutelares como las de la *imbecilitas* o *fragilitas sexus*, o la *levitas animi*, que sirvieron durante miles de años para reforzar jurídico-penalmente el patriarcado⁸. Pero que también

⁵ Sancinetti, *Testigo único y principio de la duda*, en “Indret”, 3/2013.

⁶ Beard, *SPQR. Una historia de la Antigua Roma*, 2015.

⁷ Beard, *Mujeres y poder: un manifiesto*, 2018.

⁸ Graziosi, *Infirmitas sexus: la mujer en el imaginario penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A.

subsisten en el otro lado, el garantista y limitador, del discurso jurídico, como se puede deducir del reparto entre lo público y lo privado (y por tanto no denunciante, exento del poder colectivo). Ello puede colegirse de la defensa de esa morada, pobre incluso, en que “pueden entrar el viento y la lluvia, pero el rey de Inglaterra no”, y que claramente distingue aquel terreno —privado— como el propio para que el *paterfamiliae* ejerza su particular poder punitivo. Un texto de referencia es la Carta Magna inglesa de 1215, que por cierto tiene ese Capítulo LIV que prohíbe el que ningún hombre fuera detenido o encarcelado por la acusación de una mujer (al parecer, porque no podía el acusado retarla a duelo).

Este recuento histórico somero solamente pretende hacer autocrítica ante el uso de las expresiones en latín que fijan la tradición patriarcal y no son precisamente neutras.

Y distraen sobre la verdadera problemática que presenta una declaración testimonial (o más, pues no es la cantidad de las mismas lo importante), su producción y sus efectos.

En tal sentido, lejos estoy de sostener que estos delitos, o la condición de mujer de la que testimonia, precisen o justifiquen estándares más flexibles. Y mucho más lejos de sostener, como lo ha hecho el derecho hasta ahora, que deban ser más exigentes (ni por ser mujer, ni por la característica del hecho, la relación preexistente, etcétera).

Lo que destaco de la, posiblemente falsa, polémica entre garantismo y feminismo, en definitiva, es que puso en cuestión el valor de una prueba, la testimonial, que ahora en estos casos, pero siempre en todos los otros, se consideró infalible y suficiente para acreditar lo realmente ocurrido. Incluso se ha hablado de esta como una prueba “directa”.

Pero el moderno desarrollo de la psicología experimental ha demostrado que es quizás, por el contrario, la prueba más débil, ya que se basa en aquella cualidad excepcional del ser humano, la memoria, “que es un mecanismo frágil, sensible a todo tipo de transferencias, falseamientos y manipulaciones”⁹.

En el mismo sentido me parecen muy interesantes los trabajos que se reseñan en *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos* de Margarita Diges Junco¹⁰, que fueron debidamente analizados por los más inteligentes operadores judiciales en España. De entre ellos, quisiera citar los dichos de Perfecto Andrés Ibáñez que destaca dos carencias en la valoración de la prueba testimonial: “Una, la falta de información entre los jueces sobre cómo opera la memoria. Otra, una mala cultura de la jurisdicción fundada en un sentido psicologista y autocrático de la libre convicción del juez, que, supuestamente, podría decidir una condena basándose en las impresiones obteni-

⁹ Véase Loftus - Ketcham, *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, 2010.

¹⁰ Cfr. Diges Junco, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*, 2016

das de la lectura del lenguaje verbal y gestual del imputado y de los testigos. Ambas cosas han sido seguramente la fuente de muchos errores. Algo está cambiando, pero no todo lo que sería necesario ni al ritmo preciso”.

El problema al que alude el brillante exmagistrado es el de la concepción del juez y de su tarea, que debe en efecto cambiar para acercarse a los descubrimientos científicos mencionados y, sobre todo, esforzarse más en algo que es ciertamente muy difícil.

Cerrando de alguna manera lo dicho más arriba sobre la importancia capital de la materia de la cual trata este libro, vuelvo a citar a Andrés Ibáñez que insiste en que “el proceso debe ser, antes que otra cosa, proceso de adquisición de conocimiento sobre hechos. Y, siendo así, es claro que el principio de libre convicción solo puede interpretarse como desplazamiento de los problemas de la valoración de la prueba judicial al plano de la consciencia, en busca de un tratamiento racional para los mismos. Por eso, también resulta patente que ese paradigma, cerrando una clase de problemas (los planteados por el sistema de la prueba legal), fue a abrir otros, al poner al juez frente a la relevante dimensión epistémica de su tarea, obligándolo a hacerse cargo de la misma. En este sentido, el principio de libre convicción es realmente un punto de partida, momento de encuentro con nuevos problemas, los de la gnoseología del juicio, a los que la cultura procesal convencional y la de los jueces han permanecido lamentablemente ajenas, y a los que necesariamente deben abrirse”¹¹.

El desafío de contemporizar la libre valoración de las pruebas con una concepción racional y democrática de la judicatura implica mayores transformaciones que la adaptación a los cambios culturales provocados por la valoración de las mujeres, o la recuperación de la víctima como verdadero sujeto procesal.

Esto me parece especialmente importante. Y es de alguna forma lo que genera la discusión con los principios limitadores de la imposición de pena (como el principio de inocencia o el estándar probatorio del *in dubio pro reo*) de la que participa y promueve este volumen. Enhorabuena a su publicación y que sea aprovechado por sus lectores.

GABRIEL IGNACIO ANITUA

¹¹ Andrés Ibáñez, *Sobre prueba y motivación*, en “Jueces para la Democracia”, n° 59, Madrid, 2007.