

EL TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO (2)

RESPUESTA A LOS COMENTARIOS SOBRE «EL TESTIMONIO ÚNICO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO», PUBLICADOS EN *QUAESTIO FACTI* 1/2020

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona

joseluisramirezortiz@gmail.com

jose.ramirez@poderjudicial.es

RESUMEN: En el presente trabajo el autor da respuesta a las objeciones planteadas por Raymundo Gama, Roberta Casiraghi, Federico José Arena y Olga Fuentes Soriano a una de las tesis formuladas en el artículo «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género (1)». En concreto, la tesis de que el testimonio único no corroborado no es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. El autor concluye que el abordaje del derecho y sus instituciones con las herramientas que suministra el feminismo puede suponer un potente motor de cambio para la consecución de un derecho legal y judicial más igualitario. Al mismo tiempo, destaca que una acrítica recepción de los aportes de la perspectiva de género puede dar lugar a que acabe convirtiéndose en un instrumento más al servicio de la degradación del modelo constitucional procesal penal, enmascarando las verdaderas raíces del problema de la desigualdad de género.

PALABRAS CLAVE: Suficiencia de la prueba, estándar de prueba, testimonio único, presunción de inocencia, perspectiva de género, estereotipos.

SINGLE VICTIM'S TESTIMONY AND GENDER PERSPECTIVE IN THE CRIMINAL PROCEDURE (2) RESPONSE TO REFUTATIONS

ABSTRACT: In this paper, the author responds to the objections raised by Raymundo Gama, Roberta Casiraghi, Federico José Arena and Olga Fuentes Soriano to one of the theses formulated in the article «Single victim's testimony and gender perspective in the criminal procedure (1)». Specifically, the thesis that the sole uncorroborated testimony is not sufficient for proof of guilt in a criminal proceeding as it cannot distort the presumption of innocence. The author concludes that approaching the law and its institutions with the tools provided by feminism can be a powerful engine of change for the achievement of a more equal legal system. At the same time, the author highlights that an uncritical reception of the contributions of gender perspective can contribute to the degradation of the constitutional criminal procedure model, masking the true roots of the problem of gender inequality.

KEYWORDS: sufficiency of the evidence; standard of evidence; single testimony; presumption of innocence; gender perspective; stereotypes.

SUMARIO: 1. AGRADECIMIENTOS.— 2. RÉPLICA A RAYMUNDO GAMA.— 3. RÉPLICA A ROBERTA CASIRAGHI.— 4. RÉPLICA A FEDERICO JOSÉ ARENA.— 5. RÉPLICA A OLGA FUENTES SORIANO.— 6. ÚLTIMAS OBSERVACIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA

RECOMMENDED CITATION: RAMÍREZ ORTIZ, JOSÉ LUIS, 2020: «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género (2). Respuesta a los comentarios sobre “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”», publicados en *Quaestio Facti* 1/2020», in *Quaestio facti*, 2: 339-359. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22535

1. AGRADECIMIENTOS

No puedo comenzar sin expresar mi agradecimiento a Raymundo Gama, Roberta Casiraghi, Federico José Arena y Olga Fuentes Soriano por sus pormenorizados e inteligentes comentarios que han servido para clarificar un debate complejo de gran actualidad y de indudable utilidad práctica. Creo que el abordaje del derecho y sus instituciones con las herramientas que nos aporta el movimiento feminista constituye una excelente oportunidad para que reflexionemos colectivamente sobre cómo se legisla y cómo se aplican las normas con la finalidad de promover un derecho legal y judicial más igualitario. Al mismo tiempo, considero que una acrítica recepción de los aportes de la perspectiva de género puede dar lugar a que, en vez de suponer un potente motor de cambio, aquella pueda convertirse en una fórmula instrumental para profundizar en la gradual pero perceptible, desde hace décadas, transformación del modelo constitucional procesal penal en otra cosa, para extender el poder penal en lugar de para limitarlo, enmascarando las verdaderas raíces del problema de la desigualdad de género.

El tema del testimonio único constituye un buen banco de pruebas para evaluar si es posible conjugar ambas perspectivas. Y, desde luego, para ello, los comentarios críticos de Raymundo, Roberta, Federico José y Olga, tienen un enorme valor. Reitero mis agradecimientos.

2. RÉPLICA A RAYMUNDO GAMA

En la primera parte de su estimulante comentario crítico Raymundo Gama reivindica la inseparabilidad de la perspectiva de género de las teorías feministas que se encuentran en su origen, destacando cómo si se desvinculan aquella pierde buena parte de su potencial transformador. A continuación, señala que el rendimiento probatorio de la perspectiva de género no se reduce a las funciones heurística y epistémica a las que aludo en mi trabajo, sino que comprende un espectro más amplio (la prueba en general, sus normas, prácticas, instituciones y presupuestos). Por último, cuestiona mi tesis central (la exigencia de que el testimonio único de la afirmada víctima se encuentre corroborado), señalando que desconoce las exigencias de la perspectiva de género, al operar en detrimento de las víctimas reforzando el escepticismo estructural hacia su credibilidad y la impunidad de cierta clase de delitos.

Coincido plenamente con la primera observación, que aprovecho para complementar con algunas ideas adicionales. Como es sabido, la larga trayectoria y la vinculación del movimiento feminista con objetivos de cambio social explica la existencia de diversas corrientes, lo que, en realidad, impediría afirmar que hay un solo feminismo. De hecho, en la base de las diferencias cabe advertir la mayor o menor proximidad con otros movimientos teóricos y políticos, desde el pensamiento socialista hasta el neoliberal. No son, en consecuencia, del todo coincidentes ni las premisas ideológicas ni las estrategias proyectadas para combatir el enemigo común de la desigualdad¹.

Así las cosas, si la perspectiva de género sirve para identificar aquellas instituciones, reglas y prácticas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, así como para señalar el camino para derogarlas, transformarlas y/o sustituirlas por otras, tanto la labor de identificación de las instituciones discriminatorias como la de la elección de las estrategias para su erradicación o transformación estará condicionada, en buena medida, por su conexión con otras corrientes de pensamiento político. No pretendo negar la autonomía de algunos aportes del feminismo, pues del mismo modo que desde el feminismo socialista se es consciente de que la discriminación de la mujer no depende en exclusiva de la adscripción a una determinada clase social, de modo que, producida la supresión del sistema de clases, la dominación masculina quedaría erradicada, pues existen otras fuentes de discriminación no dependientes de la lucha de clases, desde el feminismo liberal se es consciente del hecho de que, si se dejan intactas las estructuras socioeconómicas, difícilmente podrá combatirse la subyugación machista. Mi intención es advertir del dato de que los análisis no se realizan en una tabla rasa, sino desde concepciones políticas y culturales más amplias, que pueden divergir hasta ser opuestas, así como que tal aproximación nos permite identificar discursos que, bajo el ropaje terminológico de la perspectiva de género, pueden no acabar vertiendo hacia la emancipación sino hacia el control.

¹ Véanse WATKINS, 2018 y VIVAS LARRUY, 2016.

Del mismo modo, comparto la segunda observación de Gama, que también me permito ampliar. Si en mi trabajo ya destaqué la utilidad de la perspectiva de género para analizar y comprender la organización social, parece claro que a la luz de las herramientas analíticas que la integran puede evaluarse todo el derecho penal sustantivo y procesal y sus instituciones. Bajo este ángulo, la perspectiva de género se proyecta, en primer lugar, sobre el momento legislativo, identificando aquellas soluciones que, compatibles con los rasgos del modelo garantista y de la presunción de inocencia, sean más adecuadas para suprimir las diferencias entre hombres y mujeres. En segundo lugar, vierte en el momento investigativo-jurisdiccional (determinación de los hechos, fijación de la significación típica y determinación de las consecuencias jurídicas). Por último, resulta de particular interés en el momento de la ejecución, ya sea desde la perspectiva estrictamente penal como desde la penitenciaria. Además, en todos estos casos, la posición de la mujer puede tomarse en consideración tanto cuando aparece como víctima como cuando interviene como persona investigada, acusada o penada. El objeto de mi trabajo se circunscribía a un único aspecto: qué puede aportar la perspectiva de género, y en qué grado, al problema del testimonio único en el proceso penal. Dejé así de lado deliberadamente otros posibles rendimientos, tanto probatorios como extraprobatórios, que he tenido ocasión de desarrollar en una reciente monografía², pero eso no significa que los rechace.

Creo así que el verdadero motivo de divergencia radica en el aspecto central de mi tesis: la declaración testifical única no corroborada de la afirmada víctima no puede prestar el suficiente respaldo probatorio a la hipótesis acusatoria para darla por acreditada. A juicio de Raymundo Gama, tal aserto carece de perspectiva de género pues provoca la impunidad de aquellos delitos que refuerzan la dominación estructural de los hombres sobre las mujeres, como los sexuales, en los que no suele haber otros medios de prueba. Además, frente a lo que sostengo, a su entender ni el principio de valoración racional de la prueba ni el derecho fundamental a la presunción de inocencia resultan afectados cuando la condena se produce sobre la base de un testimonio único no corroborado, pues cabría acudir, en línea con la posición que mantiene Jordi Nieva, a una prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio que serviría para obtener «algunos elementos en apoyo de la credibilidad de la víctima»

El juicio sobre los rendimientos que pueden obtenerse de la perspectiva de género en el derecho penal sustantivo y procesal está íntimamente ligado al juicio que hagamos sobre cuáles han de ser las finalidades y metas de esta rama del ordenamiento y cuál ha de ser el papel de los jueces dentro del proceso. En mi artículo partí, en línea con los planteamientos de Ferrajoli y de Vives Antón sobre la configuración del modelo de derecho penal y procesal del Estado constitucional, de la premisa de que la función primordial de aquel es mantener a raya los excesos punitivos del Estado. Lógicamente, son el vehículo del castigo de la persona responsable de la comisión del

² RAMÍREZ ORTIZ, 2019.

hecho delictivo (y, desde este punto de vista, serían instrumentos de aplicación el *ius puniendi*), pero, teóricamente, podría optarse por un modelo de terror punitivo en que el Estado pudiera sancionar a un sujeto sin norma penal y sin proceso previos, de ahí que lo que caracterice al modelo constitucional penal y procesal sea su función de garantía. Pues bien, si esto es así, no constituiría una rama del derecho tendencialmente orientada al cambio social, lo que, en apariencia, podría resultar contradictorio con los postulados del feminismo y hacernos concluir que las herramientas conceptuales que nos ofrece este movimiento serían inaplicables en el derecho penal sustantivo y procesal³.

Tal inaplicabilidad, ciertamente, se produciría de entenderse que lo que se exige es la instauración de un modelo militante o de combate de derecho penal excepcional ante una situación de alarma o emergencia social, pero también de estimarse que tal perspectiva siempre y en todo caso vulnera las garantías constitucionales. Sin embargo, defendiendo una tercera opción: pueden obtenerse ciertos rendimientos de la perspectiva de género en el análisis e interpretación de la ley penal y procesal y de sus instituciones. Ahora bien, nunca debemos perder de vista la función última de esta rama del derecho estatal de límite del poder público. Ello exige tener siempre presente las líneas que delimitan el sistema de garantías, pero también someter a juicio crítico posicionamientos rígidos que pueden enmascarar aplicaciones discriminatorias del derecho penal falsamente garantistas. Como señala con acierto Arduino⁴, se trata de romper el cerco de impunidad que el sistema penal construyó tras siglos de invisibilización de las cuestiones de género sin caer en el punitivismo demagógico, pues en algunas reivindicaciones realizadas desde el discurso de género, aun bienintencionadas, pueden anidar sesgos y manipulaciones autoritarios.

Sobre la base de las precedentes consideraciones creo que puedo seguir sosteniendo que toda condena penal basada en exclusiva en una prueba testifical no corroborada compromete el derecho a la presunción de inocencia. Tal y como defendiendo en mi trabajo, la constitucionalización de dicho derecho y su entronque con el deber de motivar las decisiones judiciales y el principio de prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, exige un modelo objetivo o intersubjetivo del fenómeno probatorio, en el que el foco de atención se proyecta sobre los criterios normativos de justificación. La pregunta relevante, por tanto, es si el testimonio único de la víctima es apto para probar la acusación, no si se puede o no se puede creer. Y lo que vengo

³ En este sentido, Erice MARTÍNEZ, 2018, destaca que el derecho penal no ofrece soluciones totales frente a la desigualdad y la discriminación, sino que, como sistema estructurado de control social, se limita a reaccionar frente la comisión de hechos considerados previamente como peligrosos para los intereses o bienes que se desea proteger. «Por ello, las soluciones a los problemas de desigualdad y discriminación de la mujer en una sociedad discriminadora y violenta hacia ellas nunca podrán ser obtenidas mediante el derecho penal, ni tan siquiera, si se llegaran a construir sus respuestas desde políticas criminales que orientaran la labor legislativa desde una perspectiva que tuviera en cuenta esa situación de desigualdad y discriminación real».

⁴ ARDUINO, 2017.

a sostener, en síntesis, es que, toda vez que los aspectos personales relativos al testigo (gestualidad, apariencia física, etc) son equívocos, y que la coherencia interna del relato no sirve por sí sola para testar la fiabilidad del medio de prueba, acabamos desembocando en aquello que queríamos evitar: un juicio de credibilidad sobre la persona del testigo, en el que de la mera calificación del medio como atendible habrá de inferirse la prosperabilidad de la tesis acusatoria. Y, como sigo defendiendo, lo probatoriamente relevante no es la credibilidad subjetiva sino la fiabilidad de la información, pues un individuo puede ser personalmente muy fiable, (v.gr. por gozar de gran reputación y haber mantenido una trayectoria vital éticamente intachable), pero proporcionar una información no fiable por múltiples factores que la psicología del testimonio tiene identificados que pueden concurrir en el momento de la codificación, en el de la retención o en el de la recuperación de la información.

Como sostiene de Paula Ramos⁵ la valoración exige siempre un recomienzo epistémico. En este punto, sin perjuicio de sus valiosos rendimientos en otros ámbitos, cabe advertir lo erróneo del planteamiento que pretende incorporar al fenómeno probatorio en el proceso penal el lema «Yo sí te creo», que se ha generalizado en ciertos sectores del movimiento feminista. Dicho lema, por lo que nos ocupa, parece tener como punto de partida la tesis de que lo que se transmite en el testimonio es una creencia, una descripción subjetiva de un estado mental. Sin embargo, en el testimonio no hay una transferencia de conocimiento o creencias de una persona a otra. Cada testimonio de una persona a otra implica una comunicación y, a partir de ella, un «recomienzo epistémico», pues quien recibe la información debe, a su vez, ser «epistémicamente responsable» para confirmar o refutar la información recibida. Esto es, quien recibe el testimonio ha de valorar su grado de confirmación. Y, si bien en ciertos contextos en los que la verdad importa menos (v.gr. informaciones poco trascendentes transmitidas en el marco de relaciones de amistad), es razonable que el receptor del testimonio «baje la guardia» ante la persona que confía, en contextos en los que la verdad adquiere un valor preeminente por sus efectos sobre la vida de las personas la labor de confirmación o refutación es inexcusable, lo que remite necesariamente a la corroboración externa. Y aquí, no hemos de pensar solo en contextos institucionales, como el del proceso, sino en otros, como el médico. Así, probablemente no aceptaríamos un diagnóstico de una enfermedad grave proveniente de un médico que nos dijera que alcanzó una alta convicción subjetiva a tal efecto sin realizar previamente pruebas conforme a los protocolos médicos exigibles. No se trata de «creer», sino de «probar»⁶.

De este modo, llegamos al núcleo argumental: razones político-institucionales impiden otorgar al testimonio único no corroborado el valor que se pretende. Camarena Grau⁷ formula la pregunta en los siguientes términos: ¿puedo ser condenado a

⁵ DE PAULA RAMOS, 2019.

⁶ SAN MIGUEL BERGARECHE, 2018.

⁷ CAMARENA GRAU, 2017a.

una pena muy grave por la mera declaración de otro, que está enfrentado a mí, sin comprobar aquellos aspectos de su declaración acreditables, sin aparente dificultad, por otros medios de prueba? Y da una respuesta que combina aspectos epistémicos y políticos. Desde la primera perspectiva, afirma que no es razonable aceptar una creencia en condiciones de evidencia insuficiente. Y, desde la segunda, agudamente refiere que la legitimidad de la respuesta a la pregunta exige que esta sea racionalmente aceptada por todos aquellos ciudadanos a los que ha de vincular, de modo que la posición desde la que deberíamos contestar habría de ser una posición de imparcialidad (esto es, haciendo abstracción de las contingencias y sin saber si vamos a intervenir en un proceso penal o, en caso de participar en él, sin saber qué posición vamos a ocupar ni en qué momento histórico va a tener lugar dicha participación). Y, a tal fin, recuerda el mandato que expresa el artículo 24.2 de la Constitución Española, que consagra el derecho a la presunción de inocencia, añadiendo que, en caso de no exigirse corroboraciones, el poder del Estado no estaría sujeto a verdaderas reglas.

Veámoslo con un ejemplo. Una sentencia de condena podría razonar en un supuesto en el que se acusó por violación al varón pareja de la mujer víctima que esta no presenta déficits de credibilidad subjetiva, realizó un relato coherente y fue persistente en la incriminación, por lo que le otorgó pleno valor de cargo. Pero también podría señalar que aunque no hubo persistencia en la incriminación, la perspectiva de género enseña que las mujeres que padecen violencia a manos de sus parejas suelen presentar pensamientos y emociones contrarias hacia aquellas, sentimientos contradictorios de amor y odio, autonomía y dependencia, reconociéndose como víctimas pero también como corresponsables de la situación, lo que explicaría las retractaciones en las denuncias, en las decisiones sobre la ruptura de la relación o el mantenimiento de la convivencia, y condenar igualmente. Del mismo modo, la sentencia de condena podría argumentar que, aunque el relato de la víctima no persistente presentó trazos de incoherencia, al tratarse de víctima de género especialmente vulnerable (v.gr. por enfermedad mental), la ausencia de coherencia en algunos aspectos podía encontrar explicación en su situación de vulnerabilidad, y condenar igualmente. De idéntica manera, en los tres supuestos las sentencias podrían ser absolutorias, y razonar, en el primero, que el relato del varón acusado provenía de una persona subjetivamente creíble, fue coherente y persistente a lo largo del procedimiento, por lo que no había motivo para otorgar mayor peso acreditativo a ninguna de las declaraciones. En el segundo, que la retractación, en ausencia de otros elementos informativos de corroboración impedía que la prueba pudiera desvirtuar la presunción de inocencia, pues la existencia de distintas versiones obrantes en el procedimiento no permitía confiar en ninguna de ellas. Y en el tercero, que la incoherencia del relato, unida a la existencia de distintas versiones proporcionada por la afirmada víctima obrantes en el procedimiento, impedía otorgar el valor de prueba de cargo al testimonio.

Si nos colocamos por un momento en la posición del acusado, claramente advertimos que algo falla en un sistema en el que, frente a una acusación que lleva asociada penas muy graves, todas las opciones son posibles. Si nos situamos en la posición del

órgano de apelación, descubrimos igualmente que el control institucional carece de reglas para la resolución de la controversia que se plantea en segunda instancia. Si la presunción de inocencia, al parecer de Vives Antón⁸, no es solo un derecho, sino un verdadero modelo, el elemento central y esencial del sistema, la expresión abreviada del conjunto de derechos que definen el estatuto de todo ciudadano en tanto que susceptible de ser sometido a una investigación o proceso, o, en palabras de López Ortega⁹ una garantía constitucional en cuya virtud el legislador está obligado a diseñar un método de enjuiciamiento criminal que atienda a la protección de la inocencia y la libertad de la persona imputada, creo que podemos convenir que la suficiencia del testimonio único no corroborado para la condena no es respetuosa con dicho modelo o método.

No comparto, por otra parte, la objeción de que siempre puede acudir a una prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio para suplir los problemas del testimonio no corroborado. En primer lugar, porque tal prueba no deja de ser una metaprueba y, como tal, no solventaría los problemas de fondo que suscita el testimonio único no corroborado. Pero es que, además, en el ámbito de la psicología del testimonio no solo se ha llamado la atención sobre los riesgos de sobrevalorar esta prueba cuando su objeto lo constituyen las declaraciones de menores de edad, sino que está generalizada la posición de quienes estiman que la misma carece de fiabilidad científica en los supuestos de personas adultas¹⁰.

Por último, creo que aducir que tal tesis carece de perspectiva de género confunde planos, pues si bien es compartible la afirmación de que ha de ponderarse la efectividad de la igualdad al interpretar las normas jurídicas para potenciar los fines de la tutela antidiscriminatoria, no lo es menos que no es fácil ver de qué manera se protege mejor dicho principio defendiendo un sistema probatorio más abierto a la arbitrariedad y el error. En definitiva, cuando el juzgador decide sobre la hipótesis acusatoria a la vista de un solo testigo no corroborado, nunca sabremos si condenó deliberadamente de forma injusta. Pero tampoco, si se equivocó, dadas las particularidades de la prueba testimonial.

3. RÉPLICA A ROBERTA CASIRAGHI

Mi coincidencia con el comentario de Roberta Casiraghi es plena en algunos aspectos que creo muy relevantes, tales como los riesgos de la confianza ciega hacia la prueba testifical, los de la utilización acrítica de la perspectiva de género, la inadmisibilidad de la introducción de tipologías de testigos en función de la naturaleza o clase del delito del que afirmen haber sido víctimas o la defensa del carácter absoluto del

⁸ VIVES ANTÓN, 2011

⁹ LÓPEZ ORTEGA, 2000.

¹⁰ MANZANERO, 2010.

derecho a la presunción de inocencia. También, en la necesidad de preservar el principio de contradicción, aun en aquellos casos en los que se acuda a los mecanismos de la preconstitución del medio de prueba o a los de evitación de la confrontación visual o interrogatorio directo para evitar una eventual victimización secundaria.

La discrepancia radica en el alcance de mi tesis central. A juicio de la autora, es cuestionable la vinculación entre presunción de inocencia e insuficiencia del testimonio único no corroborado, ya que tal asociación confunde los espacios de las reglas de valoración y de decisión. En su opinión, la presunción de inocencia es solo una regla de decisión que opera después de aplicar las correspondientes reglas de valoración para resolver las situaciones de incertidumbre. No puede, por ello, incidir en la valoración de la prueba, que es previa. En segundo lugar, cuestiona la preterminación legal de los valores probatorios, sean positivos o negativos, afirmando que las garantías centrales para evitar los riesgos de abuso o arbitrariedad radican en la contradicción en la práctica del medio de prueba y en la obligación judicial de motivar las decisiones.

Desde finales de los años 90¹¹ un prestigioso sector de la doctrina, proveniente del campo de la filosofía del derecho, ha desarrollado en España un importante trabajo de instauración y análisis de los criterios normativos de justificación en materia probatoria, al tiempo que de modelos racionales de valoración, con la finalidad de dotar de una mínima solvencia a la labor judicial de fijación de hechos¹². Para ello, se parte de la idea de que en el ámbito de la prueba la presunción de inocencia se desdobra en una regla y en un estándar probatorio. La regla probatoria exige para la condena la existencia de una actividad probatoria de cargo, esto es, suficiente, lícita, y producida en el juicio oral con todas las garantías. Por su parte, el estándar probatorio sirve como criterio para determinar cuándo se entiende acreditada la hipótesis acusatoria.

A la luz de tal distinción creo que cabe dar una primera respuesta a la crítica, pues lo que vengo a sostener es la insuficiencia del testimonio único no corroborado para fundar la condena, con lo que aludo a la presunción de inocencia en su vertiente de regla probatoria, resaltando que este medio de prueba, como otros (v.gr. la identificación visual mediante reconocimiento en rueda no corroborada o la declaración testifical de referencia), debido a su debilidad intrínseca, nunca puede, por sí solo, sustentar una sentencia de condena. No obstante, la crítica es sólida, y creo que merece la pena continuar el diálogo.

Efectivamente, como Casiraghi señala, suelen distinguirse dos momentos que integrarían lo que convencionalmente denominamos valoración de la prueba: la valoración, en sentido estricto, y la decisión¹³. La valoración, en sentido propio, consiste

¹¹ Liderando tal movimiento autores de reconocido prestigio tales como Juan Igartua Salaverría, Marina Gascón, Jordi Ferrer Beltrán y Carmen Vázquez entre otros.

¹² En el campo judicial, magistrados como Perfecto Andrés Ibáñez, bajo la influencia de la doctrina italiana, ya venían trabajando en este ámbito.

¹³ Véanse FERRER BELTRÁN, 2007 y GASCÓN, 2010.

en evaluar el grado de apoyo que las pruebas prestan a la hipótesis acusatoria¹⁴. A tal efecto, quien juzga ha de valorar individualmente todos los medios de prueba practicados, tanto los de cargo como los de descargo, e identificar las informaciones provenientes de cada medio de prueba que considere provisionalmente relevantes y fiables y las razones para ello. A continuación, valorará conjuntamente dichas informaciones probatorias y establecerá qué relaciones existen entre ellas y con los hechos objeto de juicio, y establecerá cuáles estima definitivamente relevantes y fiables. El segundo momento analíticamente trascendente dentro del fenómeno global de la valoración probatoria es el de la determinación de si la probabilidad de ocurrencia alcanzada por esa hipótesis es suficiente para afirmar su existencia. En forma gráfica, Gascón señala que «la valoración, en sentido estricto, consiste en medir la probabilidad; la decisión, en aplicar al resultado de esa valoración el estándar de prueba establecido».

El estándar de prueba vendría integrado por los criterios que indicarían cuándo se habría conseguido la prueba de un hecho. Aquí, se trata de determinar si el grado de corroboración que las pruebas aportan a la hipótesis acusatoria es suficiente para tenerla por probada. Y aquí, también, está convencionalmente aceptada, en los últimos años, que tal estándar, que se encuentra en el artículo 24.2 CE, encuentra traducción lingüística en la fórmula «más allá de toda duda razonable».

La metodología examinada, propia del modelo de valoración racional, tiene una evidente vocación pedagógica y, en este sentido, una sana vertiente prescriptiva, por lo que debe aplaudirse y tomarse como verdadera hoja de ruta. Con todo, creo que puede ser matizada desde un punto de vista descriptivo en algún aspecto concreto. Así, cabe señalar que en los procesos valorativos suele producirse una mayor interacción recíproca que la descrita, lo que dificulta la separación nítida y tajante en los momentos que analíticamente se diferencian.

En esta línea, el juicio de fiabilidad individual de cada prueba está íntimamente conectado con el que se realiza en el momento de la valoración conjunta. Aunque sean operaciones que, por razones didácticas o metodológicas, conviene distinguir, en la práctica no son exactamente secuenciales, sino que interactúan en relación de circularidad pues en la valoración individualizada del medio a testar suele contrastarse la información que proporciona el medio de que se trate con las informaciones que provienen de otras fuentes de prueba de modo que, en caso de disparidad absoluta, puede llegar a calificarse de no atendible el medio cuestionado en atención al resultado de dicho contraste. En suma, el juicio de fiabilidad del medio individual de prueba puede depender en ciertos casos de los datos probatorios provenientes de otros medios.

¹⁴ El juicio se instrumenta para determinar si el acusado ha cometido el hecho delictivo, no para realizar reconstrucciones históricas con prescindencia de tal meta. Demostrar la inocencia no es el objetivo del proceso penal, del cual no puede pretenderse que ofrezca un relato de los hechos tal y como sucedieron, sino solo asegurarse de que el acusado es la persona que ha cometido el hecho del que se le acusa.

Por otro lado, la presunción de inocencia puede producir efectos no solo en el momento de la decisión, sino también en el momento de la valoración en sentido estricto, pues la existencia de una duda razonable sobre, v.gr. la presencia de un móvil espurio en la declaración del testigo, se resuelve ya en el mismo momento de testar su fiabilidad y, por tanto, de otorgarle un peso probatorio inicial o *prima facie*.

Con ello considero que puede seguir defendiéndose la vinculación entre la presunción de inocencia y la insuficiencia probatoria del testimonio único no corroborado. No creo, por el contrario, que tal insuficiencia pueda suplirse ni mediante el sometimiento del medio de prueba a la contradicción plenaria ni mediante la motivación de la decisión judicial.

En cuanto a lo segundo, me remito a la respuesta dada al comentario crítico de Gama. Y, respecto de lo primero, estimo que, ante medios de prueba que presentan problemas generales de fiabilidad, fundamentalmente cuando no pueden ser contrastados, si se trata de minimizar los errores o abusos de poder y de salvaguardar la protección de los ciudadanos, presumidos inocentes, ante los riesgos de condenas injustas, siempre es preferible optar por una regla (en nuestro caso, de prueba legal negativa) que ante un estándar (el juez decide siempre que se salvaguarde el principio de contradicción), pues la discrecionalidad acaba traduciéndose en imprevisibilidad y, en no pocos casos, en arbitrariedad. A ello cabe añadir el dato de que si el testigo, v.gr. por error, está íntimamente convencido de la realidad de lo que afirma, poco podrá hacer el contradictorio para dilucidar el valor de verdad de un testimonio sincero pero falso, cuando no se dispone de elementos externos para someter a contraste sus afirmaciones.

4. RÉPLICA A FEDERICO JOSÉ ARENA

Con Federico José Arena hay también muchos puntos de coincidencia, como reconoce en su trabajo. Entre ellos, la conciencia de las limitaciones del derecho penal como medio de solucionar problemas sociales estructurales y de la pena como forma de solventar la violencia en casos concretos.

La primera de sus sugerentes notas críticas me permite traer a colación la idea, de tintes foucaultianos o bourdieuanos, de que el campo jurídico está integrado por un conjunto de sujetos, cada uno de ellos poseedor de saberes teóricos y de prácticas reconocidos, que pugna por privilegiar determinados saberes y prácticas y de erradicar otros. No es posible, por ello, disociar la práctica discursiva de cada sujeto de la posición que ocupa en dicho campo y de sus pretensiones. Al escribir sobre la insuficiencia probatoria del testimonio único de la víctima no corroborado lo hacía desde mi experiencia como juez español de una corte de apelación.

Siendo ese el lugar desde el que hablo matizaría la afirmación de Arena de que, en la práctica, el alcance de la tesis que defiende es menor del que parece, ya que prácticamente siempre cabe identificar elementos de corroboración, si esta se toma

en sentido débil, con lo que los supuestos verdaderamente problemáticos serían excepcionales.

Efectivamente, los supuestos de testimonios únicos no corroborados no son los estadísticamente más frecuentes, pues suelen concurrir otros medios de prueba. Con todo, las condenas basadas en testimonios únicos no corroborados no son residuales. Sobre la base del argumento de que, en otro caso, se produciría un efecto de impunidad al tratarse de delitos cometidos en la clandestinidad, esto es, transcurren entre el autor y la víctima, sin testigos, se dictan muchas sentencias en las que se imponen penas muy graves sin otra base probatoria, soslayando con ello la petición de principio en que se incurre (al dar algo por probado contra reo), al tiempo que la capciosidad en el razonamiento, como ha puesto de relieve Andrés Ibáñez¹⁵, pues las circunstancias del entorno en que suelen acontecer los delitos de este tipo que, según se afirma no han de perjudicar a la víctima, sí deben darse en perjuicio de la persona acusada.

Por otra parte, es conveniente recordar que en muchas ocasiones suele atribuirse en la praxis judicial valor de corroboración a elementos informativos que carecen de tal calidad (v.gr. las pruebas periciales de credibilidad de los testimonios). Además, a raíz de la introducción por la Sala II del Tribunal Supremo de la doctrina del carácter privilegiado del testimonio de la afirmada víctima de la violencia de género, testimonio que sería suficiente para la condena, aun no corroborado, se ha agudizado en los órganos judiciales la desproblematización de la valoración probatoria. Esta viene así a construirse argumentalmente a través de una fórmula estereotipada, aparentemente de nuevo cuño, que no es sino recuperación de fórmulas clásicas, ya que basta con una doble afirmación para dar por acreditado el relato acusatorio: en primer lugar, el testimonio de la víctima es privilegiado; y, en segundo lugar, el juzgador, en virtud del principio de inmediación, ha creído la versión de la víctima. Por lo que respecta a la apelación, ello ha dado lugar a una renuncia al control de los hechos en segunda instancia. Ilustrativa de este estado de cosas es la Sentencia 2/2019 de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Jaén (ROJ SAP J 128/2019) que, enfrentada al supuesto del testimonio único, tras reafirmar que la víctima presta un testimonio privilegiado o cualificado «al haber presenciado el hecho» como dice la Sala II, concluye: «En el presente caso, el juzgador de instancia percibió que la víctima, pareja del acusado, decía la verdad, narrando el maltrato y las vivencias que ello le había producido». Esto es, comoquiera que el testimonio de la víctima tiene un peso probatorio específico y superior al del acusado, y el juez «se creyó» a aquella, la condena está justificada. Como puede verse, nos encontramos ante una peculiar combinación del sistema de prueba legal y de la doctrina de la íntima convicción, que impide todo control institucional.

Arena realiza dos aproximaciones a la perspectiva de género (como exigencia contraepistémica, que impone la necesidad de privilegiar otros fines distintos de la búsqueda de la verdad, y como exigencia epistémica, que exige tener por verdadera la

¹⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, 2019.

creencia apoyada en el testimonio de la víctima) a fin de evaluar cómo la distinción repercute sobre la presunción de inocencia. Señala que, concebida como exigencia contraepistémica, podría ser defendida con el argumento de que con el fin de cambiar la historia de discriminación en perjuicio de las mujeres sería necesario, en algunos casos, sacrificar el valor de verdad, considerando más valioso estimar como verdadera la creencia fundada en el testimonio único de la víctima aun cuando ello pudiera aumentar la posibilidad de condenar a un inocente. De ello sigue que cuando afirmo que la presunción de inocencia es un derecho absoluto estoy precluyendo la discusión, que debería mantener en el mismo plano, utilizando otra clase de argumentos a favor de la presunción de inocencia.

Cuando aludí en mi trabajo a la naturaleza absoluta del derecho lo hacía a propósito de algunas posiciones doctrinales que sostienen que, como todo derecho fundamental, no es absoluto y, en consecuencia, es susceptible de sujeción a ponderación cuando entre en conflicto con otros intereses relevantes, entre los que se encuentran la integridad corporal, la libertad individual y la libertad sexual de las mujeres frente a las agresiones de los hombres. A continuación, exponía las razones por las que considero que es política y jurídicamente imposible en el Estado constitucional restringir o atenuar un derecho en el que no cabe distinguir un centro y una periferia, pues todo es núcleo duro ¹⁶. En suma, como ha sostenido Camarena Grau ¹⁷ si en el Estado constitucional se plasma la concepción kantiana del derecho como conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de una persona puede conciliarse con el arbitrio de otra según una ley universal de la libertad, de poco serviría tal enunciación programática si, al mismo tiempo, el Estado no reconociera el derecho a la presunción de inocencia cuando pretende privar a una persona de alguno de sus derechos básicos. El carácter estructural de la presunción de inocencia como guía procedimental cuando se trata de privar de derechos, al que me he referido con anterioridad, creo que permite afirmar, frente a lo que sostiene Arena, que hay diferencias categóricas entre dicho derecho y otros intereses legítimos o que juegan en planos distintos. Por otra parte, si la privación estatal de derechos fundamentales fuera posible sin una certeza objetiva sobre los hechos más allá de toda duda razonable cuando se tratara de tutelar la vigencia del principio de igualdad entre hombres y mujeres, dejando a un lado la cuestión acerca de si es posible tal tutela en un proceso penal, no solo no podríamos estar seguros sobre si efectivamente estamos otorgando tutela a dicho derecho. Además, estaríamos afirmando que cuando la acusación se formula por cierta clase de delitos, la persona acusada no tiene todo el derecho a toda la presunción de inocencia en todos los casos, lo que, paradójicamente, lesionaría la aplicación igualitaria del artículo 24.2 de la Constitución.

Por otra parte, Arena afirma que, como exigencia epistémica, sostener que el testimonio único no corroborado permite desvirtuar la presunción de inocencia no

¹⁶ ANDRÉZ IBÁÑEZ, 2019.

¹⁷ CAMARENA GRAU, 2017b.

implica cambiar la regla de la duda razonable, sino aseverar que la duda razonable queda descartada cuando se cuenta con el testimonio de la víctima. El argumento es circular. Creo, por el contrario, que si afirmamos que la duda razonable se descarta mediante una prueba que presenta todos los déficits que describo en mi trabajo, rebajamos el umbral y desnaturalizamos el derecho.

Arena señala, no obstante, que hay varios casos en los que basta con el testimonio de una única persona para considerar como verdadera una creencia (v.gr. la palabra de un único oficial de policía o la de un secretario judicial para tener por producidos ciertos actos), y que en tales casos la razón para ello radica en que los rasgos de la persona son determinantes para considerar creíble y fiable su testimonio (v.gr. el cargo de funcionario público). A su entender, lo mismo cabría predicar de la persona que afirma ser víctima de violencia de género, sobre la base de generalizaciones basadas en la experiencia. Discrepo de las premisas del argumento. Del mismo modo que, en el proceso penal, es incompatible con la presunción de inocencia la presunción de victimización, es incompatible con dicho derecho la presunción de veracidad de las afirmaciones de los funcionarios policiales. Esta doctrina de la presunción de verdad policial, de raigambre preconstitucional, vinculada a una concepción autoritaria de orden público, no tiene amparo en ninguna norma jurídica. En cuanto a los secretarios judiciales, la cualidad de fedatarios públicos se reduce a aquello que afecta a su labor de documentación de actuaciones judiciales, con lo que no hay identidad ni similitud de razón en los casos. En cuanto a las generalizaciones, no queda claro cómo podría determinarse estadísticamente si las personas que afirman ser víctimas dicen la verdad. Si el cálculo se efectuase tomando en consideración la ratio de condenas, el resultado distaría de ser concluyente, dadas las tasas de absoluciones. Y si se tomaran en consideración otros parámetros, la reconstrucción histórica habría de realizarse prescindiendo de las garantías establecidas para las personas acusadas, por lo que constituiría un abuso pretender obtener rendimientos probatorios de tales reconstrucciones. Por último, aun cuando pudiera afirmarse que estadísticamente las víctimas de cierta clase de delitos suelen ser sinceras, ello no significa todavía que sean veraces. Y aunque lo fueran, tal dato nada indicaría sobre si es cierto lo que narra la víctima en el caso concreto objeto de enjuiciamiento.

A continuación, Arena profundiza en la incidencia de los sesgos y estereotipos en la valoración de las declaraciones. Al hilo de su exposición, creo que convendría aclarar un malentendido que no se desprende de su texto pero que a mi juicio se encuentra extendido: en los casos de violencia de género, las sentencias de condena se dictan con perspectiva de género y las absolutorias sin ella. Sin embargo, que la sentencia sea de condena no significa necesariamente que se haya dictado con perspectiva de género, pues, vgr., la sentencia puede realizar una valoración estereotipada de la prueba y emplear un lenguaje sexista. Del mismo modo, que sea absolutoria tampoco significa que se haya dictado sin esa perspectiva, pues una misma absolución puede deberse a un déficit de perspectiva de género, pero también fundamentarse de forma constitucionalmente irreprochable. Veamos un ejemplo.

Un hombre y una mujer se conocen una noche en una discoteca. Deciden dar un paseo por una playa cercana. La mujer denuncia al hombre por haberla agredido sexualmente. El hombre objeta que la relación fue consentida. La prueba practicada en juicio oral se ha reducido a las declaraciones de una y otro. No existen elementos probatorios de ningún tipo que corroboren la declaración de la mujer ni que evidencien la presencia de asimetría en la concreta configuración de la relación, aun episódica, entre ambos. La sentencia podría fundar la absolución en diversos estereotipos: a) si, tras salir de una discoteca, una mujer decide dar un paseo nocturno por la playa con un hombre que acaba de conocer, es signo de que prestó un consentimiento anticipado al acto sexual subsiguiente; b) existe una inclinación por parte de las mujeres en denunciar de forma infundada el haber sido víctimas de violencia sexual; o; c) la falta de petición de ayuda o auxilio por la víctima a terceros constituye otro signo de existencia de consentimiento. Ahora bien, la resolución absolutoria podría afirmar que no se pone en duda el testimonio, pero que el mismo no es prueba suficiente para condenar en un modelo basado la presunción de inocencia como regla de juicio.

Con todo, supuestos como el examinado no siempre y en todo caso deben abocar a la absolución, lo que permite rechazar la crítica de la impunidad de estas conductas, pues es probable que una investigación realizada con perspectiva de género hubiera permitido hacer acopio de datos probatorios o de contexto relevantes que, posteriormente, podrían haberse empleado en el juicio oral como elementos de corroboración del testimonio único. Así, v.gr. podría haberse recibido declaración testifical a las personas que hubieran tenido contacto con ambos implicados antes y después de los hechos, con la finalidad de contrastar sus propósitos y estado, en el primer caso, y sus reacciones, en el segundo. Aquí, deben abandonarse las valoraciones estereotípicas, pues no todas las víctimas reaccionan del mismo modo, pero ha de reiterarse la importancia de completar el medio probatorio, insuficiente por sí solo, con información proveniente de otras fuentes. Además, es conveniente deshacer un equívoco: el dato de que la víctima no presente signos de haber sido agredida no significa que hubiera prestado el consentimiento sexual, pero tampoco que no lo hubiera prestado. En este sentido, es un dato neutro. Sin embargo, la presencia de signos de agresión es un dato orientado a la hipótesis inculpatoria, de peso corroborador.

Por último, Arena se refiere a la interesante tesis de los sesgos implícitos defendida por Saul. En línea con lo que apunta creo que los trabajos de David Eagleman y otros neurocientíficos sobre la actividad no consciente del cerebro¹⁸ están abriendo nuevas líneas de estudio que, sin duda, nos obligarán a reflexionar sobre las bases de nuestros sistemas jurídicos. Esta reflexión, necesaria e inaplazable, deberá hacerse con especial cuidado para identificar qué elementos e instituciones deben ser transformadas, cuáles convendría suprimir y qué otras deben ser conservadas a toda costa.

¹⁸ Es recomendable el sitio www.scilaw.org/team

5. RÉPLICA A OLGA FUENTES SORIANO

La coincidencia con Olga Fuentes Soriano es prácticamente plena. Como ella misma indica, más que refutar mi texto, lo matiza, planteando un aspecto complementario que me parece particularmente interesante. Así, estima que en la afirmación de que la perspectiva de género nada puede aportar en el enjuiciamiento para suplir las deficiencias probatorias del testimonio único no corroborado subyace una visión estática del fenómeno. Intentando ser lo más fiel posible a su argumento creo que el principal reproche a mi tesis sería que se centraría en la prueba como resultado o punto de llegada, donde solo habría un testimonio no corroborado, momento en el que las máximas de la experiencia o generalizaciones provenientes de la perspectiva de género de poco servirían, olvidando que la prueba también puede concebirse de forma dinámica o como actividad, de tal modo que no solo durante la investigación sino también en el enjuiciamiento tales máximas serían de indudable utilidad para incorporar elementos de corroboración empleables en el razonamiento probatorio. Bajo este ángulo complementario, podría eludirse el resultado indeseado gracias a los aportes de la perspectiva de género, que permitirían hallar elementos de confirmación que, en otro caso, pasarían desapercibidos.

En mi trabajo sostengo que en la práctica judicial sucede con relativa frecuencia que, en juicios por delitos de violencia de género, los medios de prueba propuestos para su práctica en el acto de la vista se reducen a los testimonios de la afirmada víctima y del acusado. Del mismo modo, afirmo que ello no siempre ocurre, frente a lo que suele alegarse, ante la ausencia de otros elementos informativos de interés. Por el contrario, lo cierto es que en tales casos suelen existir numerosos elementos indiciarios de gran valor acreditativo que pueden acumularse a la declaración del testigo que afirma ser víctima y que permiten, por su riqueza y a la luz de la perspectiva de género, una adecuada reconstrucción histórica del suceso de forma respetuosa con las exigencias de la presunción de inocencia. Sin embargo, durante la investigación se suele prescindir de incorporar tales elementos, por lo que en el juicio oral no estarán identificadas las fuentes de prueba que podrían incorporar las informaciones con valor corroborador. La perspectiva de género desempeñaría entonces una función esencial, identificando en la fase preprocesal los datos informativos relevantes que pueden obtenerse de la declaración de la víctima, que hacen coherente y congruente su relato, e indican el camino que ha de seguirse para la búsqueda e incorporación a la causa del material externo que lo corrobore. Intentaré desarrollar esta idea.

En el proceso penal hay dos fases claramente diferenciadas. Una, de investigación, cuya finalidad principal es descubrir el hecho con caracteres de delito y la persona posiblemente responsable de él, y otra, de juicio oral, cuyo objetivo es verificar si la hipótesis provisional que resulta de la investigación acerca del hecho y de su autor queda acreditada más allá de toda duda razonable. Por tanto, la primera fase tiene

como meta construir una hipótesis inculpatoria provisional, y la segunda verificar si tal hipótesis queda o no acreditada con arreglo al estándar acreditativo requerido¹⁹

A tal efecto, en la primera fase se identifican distintas fuentes investigativas (v.gr. las personas que presenciaron el hecho o lo sufrieron, los facultativos que atendieron a quienes sufrieron lesiones, los profesionales que evaluaron el coste económico del desperfecto o daño causado, etc), que se incorporan al expediente procesal preliminar convirtiéndose en medios de la investigación (v.gr. declaraciones de testigos, peritos, etc) y aportan elementos investigativos (v.gr. la información relevante que resulta de cada medio de investigación practicado). En la segunda, de modo equivalente, las fuentes probatorias se introducen en el juicio oral como medios de prueba aportando elementos probatorios. Suele ocurrir que las fuentes investigativas resulten coincidentes con las fuentes de prueba en el juicio oral dada la vocación probatoria de aquellas, pero, aun dándose tal coincidencia, existe una clara diferencia entre los medios investigativos y los medios probatorios, pues los primeros, a salvo las excepciones expresamente previstas en las leyes, carecen de valor probatorio en el juicio oral. Tal distinción obedece a razones tanto epistemológicas como político-constitucionales en las que ahora no me detendré.

Valorar significa construir un razonamiento que nos conduzca desde el elemento de prueba al resultado. Para ello es esencial la elección de la inferencia correcta que lleve de un sitio a otro. Tales inferencias sirven tanto para determinar la relevancia del medio de prueba (v.gr. si las huellas dactilares del acusado se encuentran en el lugar de los hechos, eso significa que en algún momento estuvo en esa lugar) como para determinar su fiabilidad (v.gr: si la madre del acusado declara haberlo visto apuñalar a su propio hijo, la atendibilidad del dato resulta de la atendibilidad del testimonio, que resulta, a su vez, de la inferencia de que no se miente al declarar en contra del interés propio)²⁰, como para conectar los elementos probatorios entre sí y con la hipótesis a probar. Entre esas inferencias se encuentran las máximas de la experiencia, lo que nos remite a los estereotipos y a las expectativas generales sobre el comportamiento de los demás, así como a la tendencia a percibir que la conducta de los demás se ajusta a ellas, aspectos sobre los que la perspectiva de género puede aportar informaciones muy valiosas.

¹⁹ Entre una y otra fase, se inserta lo que la doctrina denomina «fase intermedia», que cumple, básicamente, dos funciones: declarar o no suficiente la instrucción y realizar el llamado «juicio de acusación», en el que el órgano judicial examina el fundamento de la acción penal, y acuerda, bien sobreseer la causa, archivándola, bien abrir el juicio oral, permitiendo el pase a la siguiente fase. A tal efecto, en la fase intermedia, el órgano judicial ha de comprobar la razonable probabilidad de la acusación, con la finalidad de decidir si la causa ha de continuar o cerrarse anticipadamente. En palabras de la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado «es necesario arbitrar un momento procesal garantizador de que nadie va a ser sometido a un juicio penal sin fundamento. Momento garantizador o filtro de acusaciones infundadas que, de otra parte, existe en todos los sistemas acusatorios».

²⁰ Ejemplos tomados de IGARTUA SALAVERRIA, 2018.

La valoración presenta aspectos similares durante la fase investigativa y la de enjuiciamiento. Con todo, hay algunas diferencias. Por lo que respecta a la investigación, las diferencias sustanciales radican, en primer lugar, en el carácter dinámico de esta fase, que se encuentra en construcción, por lo que la identificación de los elementos investigativos relevantes y fiables solo puede tener lugar al final de dicha fase y con un carácter de alta provisionalidad. En segundo lugar, y como derivación de lo anterior, el razonamiento es esencialmente abductivo y conjetural, pues a medida en que se van incorporando datos investigativos nuevos se introducen nuevas hipótesis explicativas de esos datos o se revisan las hipótesis precedentes. Mientras que en el juicio oral el juez se enfrenta a una hipótesis probatoria que describe los hechos del conflicto y debe decidir si está o no probada para fundar en ella el fallo, el investigador formula una hipótesis inicial, a la vista de los primeros elementos investigativos de los que dispone y, a continuación, va adecuándola, modificándola o sustituyéndola por otras a medida que avanza la indagación sobre la base del material del que va haciendo acopio. No hay, por tanto, y a diferencia de lo que sucede en el juicio oral, hipótesis cerradas a confirmar o refutar. Es claro, en consecuencia, que, ya se llame policía, fiscal o juez instructor, el investigador tiene un papel activo, por lo que sus propios sesgos indudablemente inciden en el contenido de las hipótesis que decide explorar. Por otro lado, es evidente que el estándar acreditativo propio de esta fase es distinto.

No obstante las sustanciales diferencias entre las fases de investigación y enjuiciamiento, la elección de las inferencias tanto para determinar la relevancia del medio investigativo como para establecer su fiabilidad como para conectar los distintos elementos investigativos entre sí y con la hipótesis de que se trate queda sujeta a las mismas reglas rectoras que las que, en los respectivos ámbitos, afectan a la selección de las inferencias en el juicio oral, por lo que desempeñan un importante papel los estereotipos y las máximas de la experiencia. La ventaja, en la perspectiva de la acusación, radica en el hecho de que durante la investigación se puede completar la insuficiencia acreditativa. Sin embargo, llegado el momento del juicio oral, y enfrentados a un testimonio único no corroborado, las inferencias que puedan hacerse para calibrar la fiabilidad del testimonio, por más que se ajusten a la perspectiva de género, no compensarán la falta de suficiencia de la prueba.

Ciertamente, no existiría óbice alguno en proponer para el juicio oral medios de prueba que pudieran servir como elementos de corroboración que no constaran en el expediente investigativo y que aportaran informaciones valiosas gracias a las aportaciones de la perspectiva de género, pero se trataría de una labor de la acusación, en la que el juzgador no podría tener un papel activo. Ahora bien, si nos colocamos en la posición del juzgador, que no puede incorporar prueba de oficio, solo podrá limitarse a valorar la existente. Y si la existente se redujera, ab initio, a la declaración testifical de la afirmada víctima la perspectiva de género no podría suplir la insuficiencia probatoria.

Distinto es el caso, al que se refiere Fuentes Soriano, en el que ab initio hay diversas fuentes de prueba (v.gr. la declaración testifical de la afirmada víctima, documentos que acreditan la dependencia económica de aquella hacia el acusado, u otras testificales que evidencian la ruptura por la víctima de todas sus relaciones sociales y familiares y contactos con terceros). En tales casos, es indudable que la valoración con perspectiva de género permitiría atribuir valor corroborador a aquellas informaciones que reflejaran una situación de asimetría o dominación en el seno de la pareja, posibilitando la confirmación de extremos de la declaración testifical con relevancia probatoria. Del mismo modo, parece claro que una valoración sin tal perspectiva podría concluir que solo hay un medio de prueba disponible (la declaración de la víctima), en la medida en que los demás no aportarían información de interés. No hay, en consecuencia, divergencias entre su planteamiento y el mío, ya que yo me refería al caso en el que el medio de prueba efectivamente practicado hubiera consistido en la sola declaración de la víctima.

6. ÚLTIMAS OBSERVACIONES

No querría concluir sin reiterar la idea de que en el ámbito de la valoración probatoria plenaria de lo que se trata es de tomar conciencia de la presencia de los estereotipos y de su potencialidad distorsionadora en el proceso de cognición y de interpretación, así como destacar que ello no equivale, sin más, a determinar el sentido de la resolución ni a descartar soluciones probatorias que puedan coincidir casualmente con el estereotipo. Algunos ejemplos pueden aclarar esta idea.

Suele afirmarse que la actitud victimizada de quien dice haber sufrido un hecho delictivo es un signo de fiabilidad de su testimonio y dato corroborador de este. Así, la mujer que sale del despacho en el que trabaja, agitada, nerviosa y llorando al tiempo que afirma que un compañero la ha agredido sexualmente proporcionaría un elemento probatorio atendible para la hipótesis acusatoria (la existencia y autoría de la agresión). Sin embargo, si el resto de elementos probatorios, provenientes de otros medios de prueba igualmente atendibles fueran incompatibles con aquel, no podría estimarse justificada la tesis de la acusación, pese a que hubiéramos partido de la fiabilidad inicial del testimonio. La fuente y el medio probatorio serían atendibles, pero el elemento de prueba que suministran quedaría neutralizado.

En sentido inverso, la perspectiva de género nos enseña que el hecho de que esa misma víctima esperase a la finalización de la jornada laboral para abandonar el lugar de trabajo, y que, tras una reflexión de varios días, decidiera denunciar los hechos, no merma la fiabilidad del testimonio, pues la persona pudo sufrir la reacción de estrés agudo, también conocida como bloqueo emocional, que puede surgir en respuesta a un evento traumático, y que se caracteriza por la falta de respuesta adecuada al estímulo, lo que explicaría que no reaccionara inmediatamente. Ahora bien, si el resto de elementos probatorios provenientes de otros medios, relevantes, atendibles y disponibles, resultara compatible tanto con la información proporcionada por ella como

con la información proporcionada por el acusado (v.gr. la relación fue consentida), la ausencia de reacción inmediata de la afirmada víctima podría ser valorada como sintomática de la situación de bloqueo emocional, pero no permitiría descartar como improbable o implausible la hipótesis enfrentada del consentimiento, lo que impediría dar por justificada la tesis de la acusación. Pero si, yendo un paso más, el resto de elementos probatorios, relevantes, atendibles y numerosos, fuese radicalmente incompatible con el relato de aquella, cabría incluso afirmar que quien dice ser víctima mintió, lo que no significa que en la valoración se hubiera partido del estereotipo machista de la mujer fabuladora o mentirosa. Aquí radica la diferencia entre la aproximación sociológica (o nivel macro) y la procesal (nivel micro), y muchas fuentes de malentendidos: en el nivel procesal no se afirma que las mujeres mientan, sino que en el caso concreto una mujer particular ha podido mentir.

Otra hipótesis: maltrato a la pareja. La perspectiva feminista pone de relieve que la violencia de género es transversal y que, por tanto, una mujer independiente económicamente y con buena posición social se encuentra igualmente expuesta a ella. Su falta de ajuste al estereotipo de víctima económicamente dependiente y de extracción social inferior no puede, por ello, ser tomada en consideración a priori para descartar la atendibilidad inicial de los elementos probatorios resultantes de su declaración. Sin embargo, si el resto de elementos probatorios operase en contra del dato, afirmado por la víctima, de que sufrió maltrato, este elemento o dato informativo quedaría neutralizado, lo que no significa que el testimonio fuera desatendido por su falta de concordancia con el «perfil de mujer maltratada».

En definitiva, en el ámbito del juicio oral la perspectiva de género juega un papel especialmente valioso para no descartar la atendibilidad de la declaración de la afirmada víctima. Ahora bien, no sirve para afirmar, por sí sola, el superior peso probatorio de la narración individualmente considerada, esto es, de los elementos probatorios que suministra. Consecuentemente, también sirve para evaluar la atendibilidad del resto de medios de prueba y, en especial, la declaración de la persona acusada, pero no para calibrar, de forma individual, su fuerza probatoria. Por último, tiene otra utilidad relevante en el momento de la valoración conjunta: permite poner en conexión los elementos probatorios entre sí y determinar su concordancia con la hipótesis a probar pues, a la luz de dicha perspectiva, un conjunto de elementos probatorios en apariencia dispersos puede adquirir cierto sentido, que en otro caso podría haber pasado desapercibido.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., 2019: «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible». *Revista do Ministério Público*, 160. Lisboa.
- ARDUINO, I., 2017: «Mecanismos de simplificación alternativos al juicio y género en el proceso penal: redefinir la discusión desde la política criminal». En *Género y Justicia Penal*. Buenos Aires: Didot.

- CAMARENA GRAU, S., 2017a: *La Directiva 2016/343. Los retos de la trasposición. Como debe y puede protegerse la inocencia en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos digitales de formación n. 8.
- , 2017b: *Prueba testifical y presunción de inocencia. Breve referencia a técnicas de interrogatorio*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos digitales de formación n.º 55.
- DE PAULA RAMOS, V., 2019: *La prueba testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico al diálogo con la psicología y la epistemología*. Barcelona: Marcial Pons.
- ÉRICE MARTÍNEZ, E., 2018. «Perspectiva de género y derecho penal», en *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*. N. 10, volumen I.
- FERRER BELTRÁN, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- GASCÓN, M., 2010: *Los hechos en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- IGARTUA SALAVERRIA, J., 2018: «Modos de valoración de las pruebas y tipos de razonamiento», en *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., 2000: «Los principios constitucionales del proceso penal», *Derecho procesal penal salvadoreño*, (Casado Pérez J. M. dir.) Edición de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y de la Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador.
- MANZANERO, A., 2010: *Memoria de testigos. Obtención y valoración de la prueba testifical*. Madrid: Pirámide.
- RAMÍREZ ORTIZ, J. L., 2019: *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SAN MIGUEL BERGARECHE, M. N., 2018: «Juzgar y castigar ¿con perspectiva de género?». En *Boletín de la Comisión Penal de Juezas y Jueces para la Democracia*. N. 10, volumen II.
- VIVAS LARRUY, M.A., 2016: «Enjuiciar con perspectiva de género. Perspectiva de género en Derecho penal», en *Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales*. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos Digitales de Formación N.º volumen: 48.
- VÍVES ANTÓN, T., 2011: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- WATKINS, S., 2018: «¿Qué feminismos?», En *New Left Review*. Marzo-Abril 2018.

