



Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título:

La prueba preconstituida como herramienta para evitar la revictimización

Alumno/a:

Victoria Desirée Tito Castellá

Tutor/a:

Dr. Diego Mauricio Dei Vecchi

Convocatoria (mes/año)

Abril, 2022

1. Introducción: La revictimización como desafío actual en materia penal

1.1. El rol de las víctimas en el proceso penal

El rol de la *víctima*¹ en el ámbito penal no fue siempre el mismo. Ha variado con el correr de los tiempos y con los diferentes sistemas de persecución. En líneas generales, desde que el Estado asumió el monopolio de la fuerza para la persecución de delitos, el procedimiento ha girado en torno a los derechos y garantías de los imputados, dejando en el olvido a las víctimas.

El positivismo criminológico rescató la cuestión de la participación de la persona afectada, incluyéndola nuevamente dentro de las funciones y tareas del Derecho penal, por lo que desde hace algunos años ha resurgido el planteamiento sobre cuál debe ser su rol. El surgimiento de la victimología como rama científica independiente ha impulsado una mayor defensa de sus derechos dentro del procedimiento (BINDER, 2014, p. 526/7)².

Desde la criminología crítica, el abolicionismo también se enfocó en la persona afectada para reparar y neutralizar el conflicto (justicia restaurativa). Paralelamente, los pensamientos más conservadores también fomentaron la recuperación de las víctimas con el objetivo de aumentar el poder represivo (ANITUA, 2005, p. 467/8).

En la década del '70, y como fruto de la segunda oleada del feminismo, aparece la criminología feminista –como corriente de la criminología– centrada en estudiar las diferencias de género (masculino y femenino), remarcando la posición desigual de la mujer dentro de la criminología tanto en su *rol de víctima* como de autora del delito. Esta escuela criminológica criticaba a las teorías tradicionales que reflejaban una visión machista de la mujer, de la que daban una imagen sumisa, inferior y pasiva por su condición biológica. El Derecho era, así, una forma más de reproducir su discriminación y subordinación. Estas teorías intentaron explicar que tanto hombres como mujeres desempeñaron y ocuparon distintos roles y posiciones sociales, de forma que las mujeres se vieron relegadas a un segundo plano.

¹ Usaré el término “*víctima*” para referirme a toda persona que se presenta en un proceso penal señalando que ha sufrido un daño moral, físico, psíquico o económico a raíz de una infracción penal; es decir, quien ha sufrido un daño relevante para el Derecho penal (BINDER, 2014, p. 526). No desconozco las críticas relativas al uso de esta terminología antes del dictado de una condena que declare un determinado hecho por probado, designando a una o varias personas como autor y a otra u otras como víctimas (PASTOR, 2015, p. 60/62). Sin embargo, en varios instrumentos del Derecho internacional de los DDHH se utiliza del modo en que aquí lo empleo. Destaco, entre ellos, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” (Asamblea General NU, resolución 40/34, de 29/11/ 1985). En lo que aquí importa señala: “2. *Podrá considerarse ‘víctima’ a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador (...)*”.

² Para un desarrollo más detallado de los temas abordados en este apartado, ver: MAIER, 2004, Capítulo II, § 5, p. 257 y sgtes.; y, MAIER, 2003, Capítulo IV, § 13, A, p. 579/638. Estos textos fueron consultados para la elaboración de este punto.

En esta línea de pensamiento, Gabriel I. Anitua señala que “[e]sa criminología tradicional no sólo cuando hablaba de la delincuencia, **sino también al referirse a las víctimas y en general a la sociedad, lo hacía asumiendo —voluntaria o involuntariamente— una perspectiva machista, que asumía la inferioridad de la mujer como algo natural.** Por ello es que en el seno de la criminología crítica comenzarían a publicar autoras que asumirían especiales perspectivas ‘de género’ para denunciar el ‘patriarcado’ (...) **la nueva criminología feminista también decidió prestar atención a las especiales formas en que la mujer era oprimida en la historia por el sistema de justicia criminal (...)** De hecho las formas de victimización también eran como una expresión de esa opresión, por lo que no tardarían en producirse alianzas entre sectores abolicionistas y feministas que reclamaban por la abolición de un sistema punitivo, clasista y patriarcal. (...) **[A]ntes que demandas punitivas se evidenciaban exigencias de atención a las víctimas.** Las feministas señalaban que si bien el uso simbólico de la pena merece críticas, no debe olvidarse que también el no uso de la ley penal tiene efectos simbólicos (...) **las feministas influirían sobre realistas y garantistas para señalar que el derecho penal está justificado cuando defiende a las mujeres, que son las más débiles en muchas relaciones de subordinación (...)**” (ANITUA, 2005, p. 469/471, resaltado propio).

Con esa búsqueda de mayor participación de la víctima se ha intentado rehumanizar el proceso y considerar —dado que parecía perdido en el olvido— que ella es la primera afectada por el hecho y, por ende, quien debe ser resguardada en primer lugar si se quiere lograr la paz social, la convivencia y, por sobre todo, cumplir los fines del Derecho penal (entendido en su conjunto). En los últimos tiempos se ha procurado realzar su rol y participación, tanto en los regímenes internos como a escala internacional (PEREIRA PUIGVERT, 2012, p. 115/7). Explica Binder que en la justicia penal existen dos fuerzas que el proceso intenta equilibrar: las *garantías* del imputado y la *tutela judicial efectiva*, para referirse a los derechos de las víctimas —eficacia vs. garantías— (BINDER, 2013, p. 113/117).

Ahora bien, no podemos obviar que el paso de las víctimas por el sistema de justicia, en muchos casos, implica una experiencia negativa que agrava el daño sufrido por el delito. Por ello, suele distinguirse entre el daño que sufre una persona que es afectada por un delito (*victimización primaria*) de las consecuencias mediatas producto del paso por el sistema o por la reacción social (*victimización secundaria*) (PIQUÉ, 2017, p. 317/20).

Pese a los esfuerzos de los sistemas por adaptarse a esta inclusión de la víctima en el proceso, por el desconocimiento de ciertos operadores, la insensibilidad con la que son tratadas algunas damnificadas o la permanencia de estereotipos —entre ellos, los machistas—, el paso

por el ámbito judicial, en gran número de casos, suele implicar una grave revictimización.

En este sentido, la propia estructura del procedimiento tiende a tratar a las víctimas como un testigo³ más de lo sucedido; es decir, como cualquier otro medio de prueba⁴ que puede aportar información pertinente en la búsqueda de la verdad⁵ de un hecho jurídicamente relevante. No obstante, cuando aludimos a *víctimas* abordamos un fenómeno muy diferente al que se presenta cuando pensamos en un mero testigo. Es la persona que –además de haber, en la mayoría de los supuestos, presenciado un determinado hecho– ha sido también quien sufrió las consecuencias de la agresión. Esto impone tomar conciencia de que merece un tratamiento distinto que no implique trabas o cargas sobre su persona, sino acompañamiento para lograr mitigar los efectos del delito (MAGRO SERVET, 2012, p. 7).

Actualmente –aunque se vaya concientizando sobre ello– el procedimiento judicial aún no está suficientemente preparado para abordar los distintos tipos de víctimas que acuden buscando la protección de sus derechos. Al contrario, su paso por el sistema suele implicar un trato inadecuado de parte de distintos actores (en el ámbito policial, judicial, psicológico o médico), sea por la vigencia de estereotipos o simplemente porque el procedimiento sigue orientado, casi con exclusividad, a evitar abusos respecto del imputado, olvidando que hay otro sujeto del procedimiento que requiere, también, de especial cuidado (PIQUÉ, 2017, p. 317/20).

Cuando una víctima se contacta con el sistema judicial su intimidad y su integridad física y psíquica puede pasar a ser parte del escrutinio, siendo citada en reiteradas oportunidades. Si además se trata de mujeres y/o de hechos ocurridos en el ámbito familiar, la omisión en la búsqueda de otros medios de pruebas para corroborar la hipótesis agrava la situación. Cuando el foco probatorio está puesto exclusivamente en la víctima, se la suele citar repetidamente, debiendo soportar más cargas que cualquier otro testigo (pericias, exámenes médicos, etcétera) –PIQUÉ, 2017, p. 340–.

Estas prácticas exacerban el daño originariamente causado por el delito porque puede implicar una nueva experiencia traumática en la que deben revivir, una y otra vez, el hecho.

³ Entendido como una persona que –como regla general– no es parte en el proceso y que se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso por lo que es interrogado bajo juramento (TARUFFO, 2008, p. 62). Volveré más adelante sobre el concepto de *testimonio*.

⁴ Uso aquí la expresión *medio de prueba* (genérico) sin ingresar en la discusión –que excede este trabajo– respecto a la distinción sobre las pruebas en cuanto ofrecen un momento pre-jurídico –o preexistente– en el que los elementos existen en la realidad, pero sin evaluar su posible valor jurídico (*fuentes de prueba*), y un momento netamente jurídico, en el que dichos elementos ingresan al proceso como un *medio de prueba*, para que podamos utilizar su información a favor o en contra de las hipótesis o enunciados formulados dentro de un litigio. Al respecto puede consultarse SENTÍS MELENDO, S. (1968) p. 143/55.

⁵ En este punto, conviene tener presente que la función primordial de las pruebas es ofrecer a quien deba tomar una decisión información fiable sobre la verdad de los hechos en análisis para que pueda, precisamente, adoptar esa resolución (TARUFFO, 2008, p. 16 y 132/3). Más adelante volveré sobre el concepto de verdad en el proceso.

Podemos decir que la victimización secundaria puede verse agravada por acciones o por omisiones de los operadores del sistema judicial. Prácticas aparentemente neutrales frente a ciertas víctimas, no lo son respecto de algunas especialmente vulnerable pudiendo, incluso, configurarse un supuesto de violencia institucional (PIQUÉ, 2017, p. 316 y 328).

Todas estas circunstancias generan una reacción negativa en cadena que expone a la persona que sufrió un delito a una incesante revictimización que puede derivar en la incomparecencia de las víctimas por temor a las represalias de los acusados. También el desgaste que genera el procedimiento puede volverlas renuentes a presentarse y continuar participando de la investigación. En muchos casos esto viene acompañado de la falta de asistencia o información adecuada, respecto de cuál puede ser su participación y cómo enfrentarla (MAGRO SERVET, 2012, p.6).

1.2. Las víctimas especialmente vulnerables

La toma de conciencia (a nivel global) sobre la necesidad de escuchar y otorgar derechos especiales a las personas afectadas de un hecho delictivo también visibilizó que existen algunas víctimas que debido a distintos factores –relacionados con el hecho sufrido o sus circunstancias personales– se encuentran en una *condición de vulnerabilidad* peculiar, que las hace más propensas a sufrir un mayor nivel de estrés, hasta el punto de impedirles atenuar los daños producidos tanto por el suceso como por su paso por el sistema de justicia (PIQUÉ, 2017, p. 314/5). Para estas víctimas especialmente vulnerables la travesía por el procedimiento penal puede implicar daños adicionales a su estabilidad psicológica (AAVV, 2013 a, p. 231).

Al respecto se desarrollaron estudios que corroboraron que la violencia sexual tiene efectos particularmente negativos en las víctimas, quienes –para recuperarse– deben pasar por distintas etapas emocionales –temor, ansiedad, depresión y negación– lo que las hacen más vulnerables a la hora de enfrentar un proceso judicial (victimización secundaria) (PIQUÉ, 2017, p. 315/317, nota 392).

En igual sentido, la violencia intrafamiliar crónica desarrollada en la intimidad –que generalmente afecta a mujeres– convierte a esas víctimas en especialmente vulnerables, ya que se sienten indefensas y con temor a sufrir nuevas agresiones (PIQUÉ, 2017, p. 315/6).

Por su parte, el delito de trata –tanto si hablamos de explotación laboral como sexual–⁶

⁶ Hago una referencia superficial a un fenómeno que engloba distintas formas de reclutamiento con diversas relaciones entre las víctimas y los participantes de la organización criminal. Advierto que se ha puesto el foco mayormente en la explotación sexual, invisibilizando otras formas de explotación que se dan —incluso— con mayor frecuencia, como la laboral.

suele implicar la restricción de la movilidad, la retención de documentación personal y la imposición de deudas imposibles de pagar a personas que provienen mayormente de los sectores más pobres y que, por ello, se encuentran inmersas en una situación en la que temen por las represalias o se les dificulta un efectivo ejercicio de sus derechos (SOTELO, 2017, p. 185 y 199).

Quiero aquí remarcar lo dispuesto en las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Concretamente: “**(3)** Se consideran en **condición de vulnerabilidad** aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, **encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.** **(4)** Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. (...) 5.- Victimización **(10)** A efectos de las presentes Reglas, se considera **víctima** toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. **(11)** Se considera en **condición de vulnerabilidad** aquella víctima del delito que tenga **una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización.** La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. **(12)** Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo, se **procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).** Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, **la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas,** sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un período de tiempo). También podrá resultar necesario **otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial.** Se prestará una especial atención en los casos

de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito” (resaltado propio).

Como puede observarse, se incluyen variados conflictos –con distintas aristas– donde las víctimas pueden mostrar diversos riesgos de revictimización. La respuesta dada desde el Estado, entonces, no puede ser única; ni todos los casos son iguales, ni tienen la misma entidad (sin querer minimizar conflictos que, aunque más leves, pueden generar una gran angustia en quien lo transita) ni, en consecuencia, pueden ser atendidos de la misma manera.

No puede obviarse que, además de tratarse de situaciones de alto grado de aflicción e inestabilidad para la víctima, también resultan supuestos especialmente problemáticos a la hora de su acreditación o en los que existe el temor de reiteración. Estos casos deben obligar a los operadores a repensar las prácticas del sistema para utilizar alguna diferenciadora que compense ese estado de vulnerabilidad.

En esa línea, la CIDH señaló que “el Tribunal observa con especial preocupación que las autoridades a cargo de la investigación centraron sus esfuerzos en citar a declarar diversas veces a la señora Rosendo Cantú, y no en la obtención y aseguramiento de otras pruebas. La Corte destaca que, en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar **evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido**”⁷ (el resaltado es propio).

De igual manera, indicó que “en cuanto a la entrevista que se realiza a una presunta víctima de actos de violencia o violación sexual, es necesario que la declaración de ésta se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición”⁸.

Con el mismo norte, las reglas n° 70 y 71 de las Reglas de Brasilia recomiendan la utilización de la preconstitución –o anticipo jurisdiccional– de la prueba cuando sea posible, con registro audiovisual del acto para evitar repetirla en sucesivas instancias judiciales. Además, la regla n° 95 aconseja el aprovechamiento de las posibilidades del progreso técnico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Como puede observarse, la idea que deriva de estos lineamientos de la CIDH y de las Reglas de Brasilia es la necesidad de mitigar los efectos negativos del delito en las víctimas. Se

⁷ CIDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, pág. 180. En igual sentido “Caso Espinoza González vs. Perú”, pág. 256, “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, pág. 196, y “Caso J. vs. Perú”, Serie C, N° 275, pág. 351 (27/11/13).

⁸ CIDH, “Caso Espinoza González...” pág. 249.

aspira a limitar la revictimización secundaria como consecuencia de las prácticas del sistema y –más específicamente– a evitar la reiteración innecesaria de sus declaraciones.

Como resume Piqué (2019, p. 187) –postura con la que coincido y a la que volveré– debe registrarse la declaración de este tipo de víctimas para evitar su repetición con miras a reducir la revictimización y la reedición de la profunda experiencia traumática y, asimismo, para proteger su intimidad y dignidad.

2. ¿Qué entendemos por prueba preconstituida? Aspectos que la definen

Estamos frente a un panorama que exige balancear el foco del proceso penal⁹ –para intentar aminorar los efectos que el paso por el sistema de justicia puede implicarle a una víctima especialmente vulnerable–. En este sentido, no siempre resulta necesario llevar a cabo una reforma íntegra; a veces alcanza con introducir una mirada crítica que habilite la utilización más flexible de las herramientas existentes y permita compensar los derechos en conflicto. En ese sentido, la oportunidad y el modo en que se practica la prueba testimonial de ciertas víctimas especialmente vulnerables es un espacio que presenta impostergables desafíos.

2.1 Acerca de las pruebas en el proceso y, en particular, la testimonial

En un proceso –independientemente de la materia de que se trate– lo esencial es *probar*; esto es, demostrar el hecho alegado. Resulta imprescindible estudiar los “*elementos*” que permiten verificar que nuestras afirmaciones se corresponden con la realidad (para así formar la convicción del juez¹⁰) (SENTÍS MELENDO, 1968, p. 144/5). Al hablar de *pruebas* debemos aludir a la *relevancia* de dichos elementos respecto a un hecho discutido dentro del proceso. Resulta importante, entonces, la aptitud inferencial; es decir, la clase de conclusiones que pueden extraerse de ellos con relación al procedimiento en cuestión –confirmando o refutando una afirmación de hecho alegada– (ACCATINO, b, p. 5).

Efectúo mi planteamiento en el contexto de un caso penal. Así, debemos tener presente que, además, –como pauta general– las reglas que habilitan la valoración de una prueba están regidas por principios propios de la *oralidad* que rodea estos procedimientos. En principio, sólo

⁹ Esto es independiente de que deban seguir resguardándose los derechos del imputado quien –frente a un proceso que no cumpla con las debidas garantías y se aleje de la búsqueda de la verdad– podría padecer una condena errónea.

¹⁰ Volveré sobre el concepto de convicción. Aquí menciono que no es simple determinar qué significa que un enunciado está probado. Ferrer marca tres actitudes proposicionales al respecto: la creencia (posición mayoritaria), el conocimiento y la aceptación del juez sobre el enunciado “está probado que *p*” (esta es la sostenida por el autor) (2005, p. 79/94).

se considerarán “*pruebas*” las producidas *en el marco de un juicio oral*, aspecto sobre el que volveré.

Como indiqué en el apartado anterior, una víctima –especialmente si trata de una mujer afectada por alguno de los tipos de delito señalados– puede aportar información de distintas maneras (declaraciones, pericias, exámenes médicos, etcétera). Me centraré en su testimonio. Esto es, en la *prueba oral* practicada frente a un juez (acto) mediante la cual se efectúa una *declaración* entendida como una “reconstrucción histórica o la representación narrada de los hechos relevante para el juicio, que han ocurrido antes y que el testigo conoce (avveriti) o ha adquirido por sus propios sentidos” (DE PAULA RAMOS, 2019, 40/41).

Suele distinguirse entre *testimonio en sentido amplio*, tal como se emplea en la epistemología (aportación de información cotidiana por medio orales o escritos), y *testimonio jurídico*. El segundo es una subespecie del primero. Posee características especiales: no puede brindarlo cualquier persona, sino generalmente un tercero ajeno al conflicto que afirma haber visto, oído o sentido algo respecto a hechos relevantes para la causa; a su vez, la información la aportará en un proceso judicial y la verdad de su contenido siempre importa (DE PAULA RAMOS, 2019, p. 70/75).

En un proceso pueden coexistir distintas finalidades en pugna (garantías procesales, derechos de las víctimas, averiguación de la verdad, celeridad, principios de contradicción e inmediación, etcétera). Pretendo analizar si una utilización más amplia de *la prueba preconstituida* ayudaría a evitar que una víctima declare más veces que las estrictamente necesarias, procurando así mitigar los efectos de su paso por el sistema, pero sin avasallar los derechos del imputado. Adelanto que me inclino por la respuesta afirmativa.

La utilización o no de la prueba preconstituida en el debate está estrechamente vinculada con la *etapa de conformación del conjunto de pruebas*¹¹. Esto es: con la decisión sobre qué elementos serán admitidos e incorporados al proceso porque resultan relevantes para apoyar o rebatir las hipótesis fácticas en juego y, consecuentemente, permiten cumplir con el objetivo de *averiguación de la verdad*¹² de los hechos disputados (noción epistemológica de la prueba). No

¹¹ Ferrer (2007, p. 41/2) señala que existen tres momentos distintos y sucesivos (a veces entrelazados) en el proceso de toma de decisiones: la conformación de las pruebas sobre cuya base se decidirá; su valoración; y la adopción propiamente de la decisión.

¹² La búsqueda de la verdad de los hechos constituye una finalidad inherente al proceso judicial, a la que se pretende llegar por medio de las pruebas producidas y valoradas por el juez como condición de una decisión justa que minimice la posibilidad de resolver sobre hechos falsos (ACCATINO, a, p. 8/12) Esta búsqueda de la verdad de los hechos resulta esencial para que el derecho sea un mecanismo eficiente para dirigir las conductas (FERRER, 2007, p. 30/1). Esto tiene sentido, si entendemos el concepto de verdad como correspondencia, donde las pruebas aportadas al proceso sirven para alcanzar un alto grado de probabilidad de verdad del hecho imputado. Matías Díaz (2015, p. 84/85). explica que “[l]a demostración de la verdad de la afirmación acusatoria y la explicitación

obstante, su exclusión influirá a la hora de la *valoración* de las pruebas obtenidas en el proceso; no sólo llevará a no poder efectuar una valoración individual de ese elemento (por no haber sido admitido), sino que impactará sobre la valoración conjunta de la evidencia producida (porque, evidentemente, el conjunto no cuenta con ese componente). Igualmente, es necesario entender la admisión preliminar y la práctica de las pruebas como dos momentos distintos. Así, se separa la etapa en que se analiza la inicial pertinencia de una prueba de la necesidad de su ejecución como algo estrictamente vinculado con el terreno de la práctica¹³.

2.2 La prueba preconstituida

Para evitar confusiones terminológicas debemos distinguir qué se entiende por *prueba anticipada* y qué por *prueba preconstituida*. Se sostiene que la primera se caracteriza por practicarse antes del comienzo del juicio oral, pero frente al órgano que deberá dictar sentencia. La *prueba preconstituida*, en cambio, será practicada por el juzgado que intervenga en la instrucción (MUERZA ESPARZA, 2016, p. 2).

Ambas son una *excepción* a la regla general expuesta más arriba, según la cual sólo pueden ser consideradas para fundar una sentencia las *pruebas* practicadas ante un juez o tribunal en el juicio oral; esto es, las que resultan del contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes¹⁴.

Aclarado ello, dejo de lado la prueba anticipada. Me centraré en la preconstituida, que es la que entiendo que –bajo ciertos parámetros– podría servir para que una víctima no se vea sometida a la persistente reiteración de su relato y pueda comenzar a dejar atrás el hecho padecido en un momento medianamente cercano a su comisión (y no cuando se acerca el juicio, lo que muchas veces lleva años).

Entonces, la *prueba preconstituida* se caracteriza por *no tener lugar* ante el órgano encargado de realizar el debate, sino ante el que actúa en la investigación. Por ello, suele

de esta demostración por parte del juez exigen pruebas que válida y legítimamente expliquen su corrección para que el Estado aplique el poder punitivo sobre un individuo. (...) Así, la verdad, como correspondencia aproximada de una hipótesis con el objeto que refiere, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe contener un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho, y respetuoso de la dignidad humana. (...) también garantiza que la imposición de una pena sólo suceda cuando esa correspondencia fáctica y jurídica sea estrictamente observada (...) Visto de otra manera, ante la intención de aplicar una pena estatal, debiera surgir la obligación de determinar la verdad como garantía política del acusado”.

¹³ En este sentido puede consultarse el fallo 300/2025 del Tribunal Supremo Español, Sala en lo Penal, del 19/5/2015.

¹⁴ La prueba anticipada o preconstituida no se limita a una testimonial recibida antes del juicio oral, sino a toda prueba concretada con anterioridad (por ej.: autopsias o pericias balísticas, reconocimientos de lugares realizadas durante la investigación) e introducidas al debate por medio de peritos, videos o lectura, dependiendo del tipo de prueba que sea.

señalarse que su utilización afecta la intermediación que debe caracterizar a los procedimientos orales, que –así– queda limitada a la lectura o reproducción del soporte que la contenga. Volveré sobre esto para cuestionar hasta qué punto es así.

Tradicionalmente, para habilitar su uso se ha enfocado en la imposibilidad de repetir una declaración por su naturaleza o porque se puede suponer que será imposible practicarla durante el juicio (enfermedad o ausencia del país, por ejemplo). En estos casos, para evitar la pérdida de esa información y permitir que ingrese en el juicio –para ser valorada al dictar sentencia– se accede al anticipo de la prueba en la etapa de investigación, llevando a cabo el acto como *definitivo e irreproducible*; así, la medida se efectuará con participación de la defensa para su debido control (MAIER, 2004, p. 586 y 589).

La jurisprudencia española limitó su desarrollo a una serie de presupuestos y requisitos: *a) materiales*: que exista causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio; *b) subjetivos*: la necesaria intervención del juez de instrucción; *c) objetivos*: que se garantice la posibilidad de contradicción; y *d) formales*: la introducción de su contenido a través de la lectura del acta en que se documentó¹⁵.

Indudablemente la declaración por medio de prueba preconstituida es entendida como una excepción. Su utilización, en un caso concreto, está supeditada a que pueda acreditarse que *no resulta posible* recibir dicha testimonial en el debate. También se exige que se permita un *adecuado ejercicio del derecho de defensa* mediante la contradicción (MUERZA ESPARZA, 2016, p. 4).

Los movimientos humanitarios se centraron en las víctimas especialmente vulnerables, iniciándose un proceso que permitió acentuar la recepción de declaraciones de niñas, niños y adolescentes –así como de personas con discapacidad– durante la fase de instrucción y bajo la modalidad de Cámara Gesell. Así, éstas son recibidas por expertos/as y grabadas por medios audiovisuales para su reproducción en el juicio oral (AA VV, 2013 b, p. 116/7)¹⁶.

Subyace la idea de evitar la sobreexposición de quienes declaran en el proceso, así como las consecuencias psicológicas derivadas de revivir las situaciones dolorosas y traumáticas, o concretar su testimonio frente al agresor o sin la debida asistencia de profesionales que le proporcionen cuidado y contención (otra vez, victimización secundaria).

Diversos estudios de la psicología del testimonio promueven esta forma de recibir

¹⁵ Cfr. Muerza Esparza, 2016, p. 3, nota al pie 7.

¹⁶ El art. 250 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación Argentina lo prevé cuando se trate de víctimas menores de 16 años. El art. 43 de Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Bs. As. lo regula para personas menores de 18 años y, en la práctica, unido al art. 104 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CPPCABA), suele llevarse a cabo durante la investigación como prueba preconstituida.

declaraciones con dos objetivos: “por un lado, evitar las consecuencias de la victimización secundaria (salvaguardar el superior interés de las víctimas especialmente vulnerables), y por otro, proteger el elemento probatorio (la prueba testifical) en aras a obtener la verdad material”¹⁷. De esta forma se puede proteger el testimonio de la víctima (*indicio cognitivo*) del normal deterioro originado por los múltiples e inadecuados abordajes y, paralelamente, evitar la revictimización que el paso por el sistema de justicia (con sus diversos operadores) puede acentuar (AAVV, 2013 b, p. 115).

3. Reparos en torno a la prueba preconstituida

Como apunté, los procesos penales acusatorios se estructuran alrededor del *juicio oral* desarrollado, como regla, bajo los principios de *contradicción e inmediatez* (CAFFERATA, 2000, p. 168/70) por lo que las únicas pruebas que podrán valorarse para decidir serán las así producidas. En este escenario, la utilización extendida de la *prueba preconstituida* queda bajo la lupa.

En tanto la *prueba preconstituida* tiene lugar ante el juzgado de investigación suele señalarse que su uso afecta la *inmediatez*, que queda limitada a su reproducción –escrita o grabada– en el debate; y, a su vez, dependiendo de la forma en se practique, también el de *contradicción*. Para mayor claridad voy a analizarlo por separado –sin perjuicio de su vinculación– y, teniendo, además, en consideración que ni las críticas ni las soluciones tienen las mismas consecuencias. A su vez, dado que la solución que propondré no afectará de igual medida a la *inmediatez* que a la *contradicción*, su tratamiento separado resulta más adecuado.

3.1. Con respecto a la afectación del principio de inmediatez

Voy a referirme al principio de *inmediatez* (propio del proceso acusatorio de corte continental-europeo) en su versión tradicional. Se lo ha relacionado con el hecho de que *la producción de la prueba se efectúe en presencia del órgano decisor*. Así, quien deba resolver sobre la culpabilidad deberá haber tenido *contacto directo* (o inmediato) con la prueba que debe valorar para emitir el fallo (TARUFFO, 2008, p. 121). De esta manera, pero incidentalmente –ya que no es su objetivo– podrá asegurarse, también, la confrontación de los testigos y la posibilidad de contrainterrogarlos (volveré sobre esto).

Este principio tiene dos facetas: 1) una **positiva**: que exige la presencia del juzgador en la práctica de la prueba; y 2) una **negativa**: que implica que la prueba que no sea practicada en

¹⁷ AAVV, 2013 a, p. 229. En igual sentido puede consultarse también AAVV, 2013 b.

estas condiciones –en reglas generales– no será admitida o no tendrá valor probatorio (BACHMAIER, 2019, p. 283).

Ahora bien, como adelanté, este principio está estrechamente vinculado con el de *oralidad* que es, precisamente, el ámbito que permite su desarrollo. Siendo así, se ha entendido que el marco para asegurar un proceso con todas las garantías es el *juicio oral*, donde se concentra –como regla– toda la producción o práctica de la prueba ante quien debe dictar sentencia (CAFFERATA NORES, 2000, p. 167 y 170). Las derivaciones implícitas serán: **a)** que las únicas “*pruebas*” con valor para fundar una sentencia serán las practicadas en ese contexto; y, **b)** que *carecen de valor probatorio* los elementos recolectados en la investigación, limitando su alcance a permitir la apertura del debate y, a su vez, a impedir que avancen procesos sin suficientes elementos relativos a la comisión de un delito (BACHMAIER, 2019, p. 286/7).

La inmediación se justificó desde un aspecto histórico para contraponerse a las prácticas del sistema inquisitivo en el que la sentencia era dictada por el juzgador con base en pruebas escritas compiladas en el expediente (MAIER, 2004, p. 390/391). Como es sabido, bajo ese sistema el juez debía analizar evidencias que no habían sido practicadas en su presencia ni sometidas a un conainterrogatorio. Contrariamente, el sistema acusatorio o adversarial exigirá que –a través de la inmediación– el juez que deba dictar sentencia presencie la práctica probatoria para su valoración. Así el binomio oralidad-inmediación se transformó en el modelo ideal de enjuiciamiento penal (ANDRÉS IBAÑEZ, 2003, p. 57).

Asimismo, otra justificación de su uso es la de permitir una mejor aproximación a la verdad de los hechos al presenciar las declaraciones de peritos y testigos; pero, hoy en día, el verdadero valor de esta premisa está en jaque (cuestión sobre la que volveré). En ese sentido, se entendía que la recepción de las testimoniales durante el debate permitía acceder a un relato más veraz que, aunque no garantizara que los testigos no mintieran, contribuía a minimizar el riesgo de que eso ocurriera¹⁸.

Finalmente, existe una justificación epistemológica de este principio vinculada a que la falta de presencia del juez en la declaración de los testigos aumentará la probabilidad de que se valore incorrectamente la fiabilidad y la credibilidad de su declaración¹⁹. Se entiende que el

¹⁸ De Paula Ramos (2019, p.57) explica que para esa postura la propia presencia del juez *garantiza* la *veracidad* de la declaración, ya que “con su capacidad, sagacidad y sensibilidad le corresponderá corregir los fallos de las declaraciones, apreciar la perturbación, las vacilaciones, la seguridad y el tono sincero”.

¹⁹ Destaco lo expuesto por Ramírez Ortiz (2020, p. 210/5) sobre los parámetros fijados por el TSE para valorar la credibilidad de las víctimas (en casos de testigos únicos): a) ausencia de incredulidad subjetiva (ausencia de móviles espurios o de otros motivos de interés), b) verosimilitud (coherencia interna del relato y corroboración por elementos externos) y c) persistencia en la incriminación (ausencia de modificaciones sustanciales en las

principio de inmediación favorece una mejor evaluación de la prueba, aunque –claramente– esto no es así (BACHMAIER, 2019, p. 292), tal como veremos.

La importancia que se da a la inmediación está anclada en la relación directa –de primera mano– del juez o jueces con la evidencia, principalmente con los testimonios, para formarse una opinión al respecto (DE PAULA RAMOS, 2019, p. 58/9). Ese contacto directo suele considerarse una *condición necesaria* para la adecuada valoración de las pruebas y para la obtención de una decisión fiable y verdadera sobre los hechos (TARUFFO, 2008, p. 121). Así, una prueba practicada frente al juez de la investigación es mirada con malos ojos ya que no permitirá –bajo estos parámetros– al juez de juicio una correcta vinculación con el testimonio lo que, consecuentemente, dificultará su correcta apreciación.

Se han discutido los presupuestos y alcances para que una *prueba preconstituida* pueda incorporarse válidamente a un debate y sirva de elemento para decidir sobre los hechos del proceso. No obstante, siempre se ha habilitado su utilización de manera restrictiva al entenderse que puede afectar el principio de inmediación y la correcta valoración que, en consecuencia, pueda efectuar el juez al sentenciar.

Sin embargo, desde una concepción racionalista de la prueba se critica la idea acerca de que la decisión sobre los hechos pueda ser una simple manifestación de la creencia del o los juzgadores a partir de la observación en directo de la prueba y de la impresión que –en lo que aquí importa– los testigos le causen. En esa línea, esta versión *fuerte* de la inmediación (FERRER, 2007, p. 63/65 y FERRER, 2017, p. 2/3) –como señalaré en el próximo apartado– está seriamente cuestionada.

3.2. En torno a la afectación de la contradicción

Suele decirse que la *contradicción* –o *principio contradictorio* en la formación de la prueba– es una garantía fundamental del debido proceso (TUZET, 2021, p. 207).

Sus orígenes se remontan a la *confrontation* –propia del proceso angloamericano– que garantiza que el acusado pueda verse *confrontado* con los testigos de cargo. Su nacimiento se funda en la sexta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica e implica que la declaración de los testigos deba realizarse *en presencia del imputado*, durante el *juicio*

distintas declaraciones o de contradicciones). Respecto de la fiabilidad del relato, distingue un plano interno y uno externo (relacionado con la corroboración por los restantes elementos de prueba, valoración conjunta). Desde la psicología del testimonio, Manzanero y González (2015, p. 127) señalan que “la credibilidad puede ser definirda como una valoración subjetiva de la exactitud estimada de las declaraciones de un testigo (...) Esta valoración se basa en inferencias que consideran diferentes aspectos como las circunstancias y características del testigo y del delito, nuestros conocimientos y creencias, y la congruencia estimada entre las declaraciones y otros elementos de prueba –otras declaraciones o indicios relacionados-”.

oral, ante la *vista de todas las partes* y con la posibilidad de que se realice el pertinente *contrainterrogatorio* o *interrogatorio cruzado*. En el marco del proceso norteamericano se ha constituido como uno de los derechos fundamentales de los imputados y permite que puedan ejercer su derecho a la *cross-examination* (BACHMAIER, 2019, p. 293/5; PIQUÉ, 2016, p. 141).

Su justificación epistemológica se vincula precisamente con esa posibilidad de permitir una adecuada determinación de los hechos obtenida luego de un interrogatorio cruzado. Este principio –entonces– está estrechamente ligado con la prueba testimonial, donde la confrontación de los testigos –a través de preguntas y contrapreguntas de las partes– garantizarán un proceso justo.

Así, el *contradictorio* no es visto solamente como principio procesal, sino también como *método* de indagación de la verdad, que sustrae al testigo del monopolio de la parte que lo aporta (TUZET, 2021, p. 208 y 211).

No obstante, en el derecho angloamericano existieron otras justificaciones, como entender que una declaración no efectuada frente al acusado sería innoble o desleal contra él y contra la comunidad. También ha servido de justificación la necesidad de que los testigos declaren frente al jurado para que éstos puedan valorar la prueba de forma directa (de manera similar a los fundamentos del principio de inmediación) (BACHMAIER, 2019, p. 294). Como veremos, el beneficio de que la declaración se efectúe frente al jurado también fue puesto en crisis en los últimos tiempos a la hora de evaluar la credibilidad de esas declaraciones.

Cabe recordar que la *confrontation* exige que las declaraciones testimoniales sean efectuadas ante el imputado y su defensa para poder, así, contrainterrogar. Así, la *confrontation* presupone la inmediación ya que esa declaración se recibirá en el marco del juicio oral. Esto no ocurre a la inversa, dado que la *inmediación* no apunta a garantizar el derecho a la confrontación del testigo (aunque la facilite).

Independientemente de estas diferencias entre la *confrontation* y la confrontación, hoy en día, en la práctica, la exigencia de que el testigo declare ante el juzgador (inmediación) termina facilitando el contradictorio; de ahí que se equiparen como términos la *confrontation* y la *contradicción*, habiéndose igualado parcialmente la situación, ya que, una vez establecido el derecho al contrainterrogatorio en el debate, el juez presenciara la práctica de la prueba bajo ese método.

El contradictorio sirve, así, como garantía no sólo procesal sino también del contenido. Ese *proceso de diálogo* –método dialéctico– resulta idóneo para obtener conocimiento; esto es, alcanzar la *verdad* sobre la hipótesis de los hechos. Por ello, se resalta su valor epistemológico

en tanto medio eficaz –al producir evidencias pública y críticamente– en la búsqueda de la verdad (TUZET, 2021, p. 210/212).

Jordi Ferrer Beltrán explica que todo ciudadano tiene derecho a demostrar que se han producido (o no) hechos a los que el Derecho les asigna consecuencias jurídicas, lo que está vinculado no sólo a la admisión de las pruebas propuestas, sino también a su práctica efectiva. La primera (admisión) no puede ser válidamente cumplida sin la concreción de la segunda (práctica), con participación de las partes y a través del *principio de contradicción*, teniendo la oportunidad de contra-probar lo alegado por la otra. Este principio permite verificar la calidad de una prueba, cumpliendo varias funciones que posibilitarán a la contraparte controlar dichos elementos de forma directa o –también– mediante la posibilidad de ofrecer pruebas que la refuten o reduzcan su fiabilidad. A partir de ello, cobra especial relevancia la práctica contradictoria de la prueba cuando éstas consisten, como en nuestro caso, en la declaración de un testigo (FERRER, 2007, p. 54 y 56).

En resumen, como aporta Andrés Ibañez (2009, p. 132/3), “existe cierta tendencia a ver en la posibilidad de contradecir sólo una implicación del derecho de defensa. Ciertamente lo es, por cuanto ya en el plano del léxico la misma sugiere un ‘decir contra’: frente a una acusación preexistente. Pero es claro que la dialéctica procesal, la interlocución, es un medio asimismo imprescindible para argumentar con eficacia a favor de la hipótesis acusatoria. Un instrumento de proyección bilateral”.

A partir de estas concepciones, una prueba producida fuera del debate –anticipadamente y sin la participación en el acto de producción de la defensa– motiva suspicacias, dado que –al no permitir una verdadera confrontación– se pone en crisis su fiabilidad.

Se ha discutido ampliamente –en doctrina y en jurisprudencia– si la incorporación por lectura de una declaración recibida durante la instrucción podía afectar el debido proceso y el derecho de defensa, en qué casos y con qué alcance.

En este sentido, se lo ha asimilado a las *pruebas hearsay* que, por una cuestión de simplicidad acá entenderé como “toda aquella manifestación fáctica introducida en el proceso por vía distinta a la de la declaración testifical del autor, con la finalidad de probar la verdad de su contenido” (VARELA, 2015, p. 182). Como señala el autor citado, podemos decir que la prueba *hearsay* abarca dos grandes supuestos: **a)** el *oral*, en que un testigo alude en su declaración a lo que otra persona le contó sobre los hechos –que es el significado más comúnmente aplicado del *hearsay* y que se denomina “*testigo de referencias o de oídas*”– y, **b)** el *escrito*, el cual aparece cuando se pretende incorporar una declaración brindada por un testigo en una etapa previa al juicio –identificado con el mecanismo de “*incorporación por lectura*”–

que es el que aquí me interesa.

Al respecto se ensayaron distintas respuestas; por ejemplo, el TEDH ha permitido excepcionalmente su incorporación, pero limitando su valor probatorio de manera que no podría ser la prueba que exclusivamente permitiera fundar una sentencia condenatoria (BACHMAIER, 2019, p. 307/8). No obstante, en el precedente Al-Khawaja el TEDH admitió la incorporación de una prueba practicada sin contrainterrogatorio de la defensa valorando la equidad del proceso en su conjunto; esto es, analizando si los restantes elementos probatorios habían sido suficientes factores de contrapeso²⁰.

En este punto, quiero destacar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que, al expedirse sobre esta temática, indicó que “el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena **en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar**, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) El hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Desde este punto de vista, **lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado** (conf. TEDH, caso Unterpertinger vs. Austria, serie A, N°110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr.31) (...) [C]on relación a lo que aquí interesa, la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido contra interrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad e indicó: ‘Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar a los testigos en su contra y a favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa’ (cf. párr.154, con

²⁰ Al respecto se han abierto amplias discusiones sobre cuándo una prueba testimonial no sometida a contrainterrogatorio resulta decisiva para fundar una sentencia o cuándo forma parte del conjunto de pruebas y, a lo sumo, inclina la balanza hacia la condena. Dado que excede el marco de mi trabajo, no voy a adentrarme en esa discusión. Para un mayor desarrollo del tema puede consultarse ROVATTI, 2020, p. 45/49.

remisión a los casos Barberá y Bönisch, ya mencionado)”²¹.

4. ¿Cómo superar las objeciones y resignificar la prueba preconstituida con miras a limitar la revictimización?

Nos encontramos –entonces– frente a un panorama contrapuesto. Por un lado, tenemos víctimas que, debido a distintos factores (relacionados con el hecho sufrido o con sus circunstancias personales), se encuentran en una *condición de vulnerabilidad* que les dificulta mitigar los efectos negativos del delito o de su paso por el sistema y que, en consecuencia, requieren de una cierta protección por parte del Derecho (PIQUÉ, 2017, p. 314/5). Por el otro, tenemos un conjunto de garantías que hacen al debido proceso y –en lo que aquí me importa– al desarrollo del debate oral bajo los principios de *inmediación* y *contradicción* para asegurar un juicio justo o equitativo respecto de la ponderación de la prueba –allí producida– dirigida a determinar la existencia de unos determinados hechos y atribuir consecuencias jurídicas al o a los imputados.

Esto no es algo novedoso. Por el contrario, es muy común que en un proceso coexistan distintas finalidades que se entrecruzan y requieren de la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en juego. Las preguntas que hay que hacerse son: ¿cuál es el derecho que debe prevalecer? ¿acaso no es posible encontrar el delicado equilibrio? Para ello resulta necesario ponderar si la utilización de una prueba preconstituida –testimonial de la víctima– implicará necesariamente la afectación de los principios de *inmediación* y *contradicción* o, en todo caso, decidir hasta qué punto pueden flexibilizarse y/o prescindirse de ellos.

Como señalé, la *inmediación* y la *contradicción* tienen distintas finalidades. A raíz de ello es evidente que su incidencia a la hora de excluir las declaraciones testimoniales que no hayan sido practicadas en el juicio oral o, al contrario, permitir que ellas formen parte de las pruebas que serán valoradas en la toma de una decisión es distinta y no puede ser cuestionada de la misma manera.

No pretendo discutir la centralidad de dichos principios, sino sus alcances, la forma tradicional en qué fueron concebidos y cuándo o bajo qué circunstancias puede obviarse o limitarse su aplicación con el objetivo de proteger otros intereses –también importantes para el Derecho– mediante un uso diferente de la prueba preconstituida.

²¹ CSJN, “Benítez, Aníbal Leonel”, sentencia del 12 de diciembre de 2006 (Fallos: 329:5556), donde se cita –en el párrafo transcrito– CIDH, “Castillo Petruzzi c. Perú”, fallo del 30 de mayo de 1999, el resaltado no aparece en el original.

Como veremos en las siguientes páginas, la relación entre *inmediación* y *contradicción* con la exclusión de la prueba testimonial practicada antes del juicio ha recorrido caminos inversos. En los sistemas que no pertenecen al *common law* se le ha otorgado cada vez mayor relevancia al principio de contradicción, restándole preponderancia a la necesidad de que la prueba se desarrolle frente al órgano juzgador (BACHMAIER, 2019, p. 322).

Podemos decir que, en la actualidad, se acepta la incorporación de pruebas producidas en etapa de investigación *siempre que se hayan concretado con efectivo control de la defensa* (MAIER, 2004, p. 390). Esto significa que el foco no está en el momento que se practica la prueba sino en que se realice permitiendo una efectiva posibilidad de contradicción por parte del imputado y su asistencia técnica.

4.1 El camino hacia una versión menos exagerada del principio de inmediación

Resulta interesante señalar que, hoy por hoy, en algunos sistemas europeos se ha prescindido directamente de la inmediación²².

No es caprichosa esta debilitación del principio de inmediación. Han entrado en escena diversas investigaciones efectuadas desde la psicología del testimonio que ponen en jaque la validez y veracidad de las declaraciones en su conjunto y, obviamente, también de las que pueden obtenerse en un juicio oral. Por ello, la inmediación fue puesta parcialmente en el banquillo desde –al menos– dos aspectos.

Por un lado, debido a que las declaraciones testificales pueden no corresponderse con la realidad –incluso cuando los testigos crean estar siendo veraces²³– ya que la memoria sufre alteraciones desde el mismo momento en que un hecho es presenciado o vivido. En este sentido, el tiempo, las circunstancias en las que se produce el suceso, los nervios, la implicación emocional, el examen, pensamiento o rememoración de lo percibido, las propias intervenciones del sistema judicial, el tipo de formulación de las preguntas –entre otros factores– contribuyen a su continua modificación (AAVV, 2013 a, p. 229/231; DE PAULA RAMOS, 2019, p. 155/6)²⁴.

²² Es interesante el trabajo efectuado por Lorena Bachmaier (citado) comparando la normativa de distintos países europeos y remarcando que países como Suiza y Holanda ya no contemplan que los testigos deban declarar en el juicio oral pudiendo producirse indistintamente en la etapa de investigación o en la de debate. Al respecto señala que en la fase de juicio se verifica la legalidad y credibilidad de la prueba ya producida.

²³ Se distinguen los errores no intencionales (percepción incompleta, falta de atención, limitaciones cognitivas, olvido o confusiones de memoria, falsos recuerdos, etc.) de las declaraciones intencionalmente falsas (mentiras) – (AAVV, 2015, p. 15/6).

²⁴ La psicología del testimonio ha alertado que la memoria es falible. Asimismo, ha señalado que los recuerdos están en constante transformación y deterioro con el paso del tiempo y la interferencia de información ajena, no existiendo ningún procedimiento para recuperar los originales una vez producida esta transformación. También ha remarcado que la degradación y contaminación de los recuerdos cuando hablamos de testigos especialmente

Como señala Perfecto Andrés Ibañez “el recuerdo puro no existe, los contenidos mnésicos son el fruto de un complejo proceso de selección (...) Y el propio proceso penal, a través de la habitual superposición de interrogatorios sucesivos, puede tener efectos gravemente distorsionantes del resultado de la prueba” (ANDRÉS IBAÑEZ, 2003, p. 65).

A partir de esa línea, se cuestiona hasta qué punto la inmediación permite una mejor aproximación a la verdad de los hechos investigados cuando todos esos factores mencionados hacen que –a medida que el proceso avanza– la narración que pueda brindar el testigo se vaya alejando cada vez más de la realidad de lo ocurrido.

Entonces, la utilización de un testimonio recibido durante la investigación como prueba preconstituida *podría* afectar la inmediación (en tanto contacto directo del órgano decisor), pero –como contracara– también otorgaría una mayor *proximidad temporal* con el momento en que se sucedieron los hechos. Esto, sin lugar a dudas, permitiría acceder a una versión sin tanto deterioro y alteración por el paso del tiempo o por la interferencia de información ajena lo que, en consecuencia, colaboraría con la búsqueda de la verdad sobre las hipótesis en análisis. Es indudable, entonces, que tener acceso a una versión más cercana en el tiempo al suceso que se pretende esclarecer aportará información de mayor calidad, porque los recuerdos no quedarán sometidos a tantos factores que puedan contribuir a su degradación y contaminación. No podemos ignorar que, en un gran número de procesos, cuando los testigos son convocados –habiendo transcurrido varios años desde el suceso– tienden a no recordar muchos detalles que, a veces, son esenciales para esclarecer lo ocurrido y que, quizás, en un momento más cercano sí recordarían²⁵.

De esta forma se evitaría –también– que una víctima siga pensando y repensando en un episodio que la afectó, modificándolo cada vez que lo relata –hasta ser una versión absolutamente diferente de la original– e impidiéndole, paralelamente, seguir adelante con su vida, ya que el hecho continúa latente.

Por el otro, y no menos importante, debe tenerse presente que un aspecto a considerar es la riqueza que podría generar el poder presenciar la práctica de la prueba –con su consecuente

vulnerables es más grave. La *huella* de la memoria puede ser afectada por tres grandes factores: a) los que hacen a la fase de codificación de la información (vinculadas a la percepción del hecho, el temor o condiciones personales, etc); b) los que afectan a la fase de retención de esa información (el paso del tiempo, la cantidad de veces que se repasa y se recodifica); y, c) los que afectan a la fase de recuperación de la información (cantidad de veces que se ha exigido la declaración y la forma en que fueron llevados a cabo esos interrogatorios). Finalmente se ha evidenciado que tal vez es la única prueba respecto de la cual no se sigue ningún tipo de cadena de custodia para recolectar la información y evitar que los recuerdos se alteren, contaminen o destruyan. Para una mayor ampliación del tema puede consultarse AAVV, 2013 a.

²⁵ Algunos códigos de procedimiento –ver, por ejemplo los art. 251/3 del CPPCABA– prevén que las declaraciones recibidas durante la investigación preparatoria puedan ser aportadas al debate para facilitar la memoria del testigo o para que brinde explicaciones sobre lo que allí consta.

contrainterrogatorio y a través de un *proceso de diálogo*– para valorar la credibilidad o fiabilidad de la declaración y otro, muy distinto, es otorgarle valor a lo no dicho. La lectura del lenguaje gestual está conformada principalmente por rasgos ambiguos e imprecisos, abiertos a las interpretaciones más variadas que a los ojos de un observador no especializado “lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que favor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad” (ANDRÉS IBAÑEZ, 2003, p. 60).

En igual sentido, Ramírez Ortiz explica que todos los aspectos relativos al testigo –ajenos a la información proporcionada oralmente– como ser la gestualidad, la seguridad o nerviosismo, la aparencia física, etc. han sido sobrevalorados por un mal entendimiento del principio de inmediación y no sólo resultan equívocos, sino que, además, no son controlables intersubjetivamente por lo que no satisfacen las exigencias de motivación requeridas para una decisión (2020, p. 214).

A esto se puede agregar que –como señala Perfecto Andrés Ibañez– contrariamente a lo que “circula como tópico profundamente instalado en el sentido común de los profesionales de la jurisdicción ‘el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso únicamente a la clave verbal de la comunicación, es decir, cuando se prescinde de la clave visual’” (2003, p. 62). El autor cita el trabajo de Neuburger De Cataldo que refiere que el juicio de credibilidad de un testimonio es más eficaz cuando el jurado sólo escucha la declaración sin ver ni oír al testigo.

Indiqué que ese contacto directo o inmediato con la prueba es considerado como una *condición necesaria* para su adecuada valoración y para la obtención de una decisión fiable y verdadera sobre los hechos. También adelanté que, desde una concepción racionalista de la prueba, esto ha sido cuestionado. Conviene volver sobre ello.

La idea de una versión fuerte del principio de inmediación –tradicional– está vinculada a una *concepción persuasiva de la prueba* que busca producir la convicción del juez. Así, una decisión sobre los hechos es una simple manifestación de la creencia del juzgador a partir de la observación en directo de la prueba y de la impresión que –en lo que aquí importa– los testigos le causen. Esta concepción fue criticada. Al recurrir a esta *convicción* o *creencia* frente a lo percibido, la motivación de las decisiones suele ser escasa lo que dificulta –o imposibilita– una real revisión de la valoración efectuada sobre la prueba. Ello ocurre porque la convicción *sólo* resulta posible por medio del contacto directo del tribunal de primera instancia (FERRER, 2007, p. 62/63 y FERRER, 2017, p. 2).

De Paula Ramos señala que cuando un juez supone estar valorando la veracidad o la

credibilidad de un testimonio, está efectuando una evaluación totalmente subjetiva y sin ninguna base científica. Así, el juez no podrá detectar mentiras ni garantizar la calidad de la información ni, mucho menos, la búsqueda epistémica en la práctica de la prueba (2019, p. 115/6).

Ahora bien, si asumimos una *concepción racionalista de la prueba* la justificación de una decisión sobre los hechos deberá basarse en el método de corroboración de hipótesis en lugar de en la creencia. La motivación de una resolución se apoyará en las pruebas disponibles en el proceso que permitan tener por verificada de forma suficiente una hipótesis aceptada como probada (FERRER, 2007, p. 65/66). Así, la decisión sobre los hechos no puede ser una simple manifestación de la creencia del o los juzgadores, quienes deben esforzarse por valorar racionalmente el material probatorio existente para, de esta manera, dar por corroborada una hipótesis fáctica más allá de toda duda razonable (FERRER, 2021, p. 174 y ss).

Desde esta visión, el principio de inmediación pierde algo de su fuerza y se transforma en una versión más débil o limitada. Lo esencial es que quien deba decidir acceda directamente a la *información* que aportan las pruebas sin intermediarios como un mecanismo de reducción de errores.

No podemos permitir que un temor hacia las prácticas inquisitivas –mediante las cuales la sentencia era dictada sobre la base de pruebas escritas– hagan equiparables situaciones que no lo son en lo más mínimo. Que una prueba se practique ante un juez de investigación y sea introducida durante el desarrollo del debate –yo propondré por grabación, pero no creo que si fuera por lectura la ecuación resultara distinta– no altera la información que de ella pueda extraerse sobre el hecho en análisis, ni impide una correcta valoración (individual y en conjunto) por parte del juez que deba decidir sobre si una hipótesis se encuentra suficientemente probada. Muy distinto es el valor que eventualmente se le otorgue a esa evidencia para tener por acreditados –o no– los hechos.

Para una correcta valoración del material probatorio el juez debe percibir la información que brinda cada prueba y llevar a cabo un proceso de interpretación (NIEVA FENOLL, 2012, p. 7). Aquí resulta imprescindible marcar una diferencia. Esa valoración realizada para tener por probada una hipótesis fáctica puede derivar de una percepción directa e inmediata por los sentidos de una información por parte del juez (hecho externo, cuando –por ejemplo– un testigo señala una parte de su cuerpo o realiza algún sonido) –*enunciado de inmediación*– o ser producto de algún tipo de razonamiento inferencial (interpretación) entre lo percibido y la conclusión a la que se arriba sobre los hechos –*enunciado inferencial*– (PÉREZ BARBERÁ y

BOUVIER, 2004, p. 540/1)²⁶. No existen fuentes *directas* de prueba, ni siquiera lo es testimonio. Ninguna tiene la virtualidad de poner al juez en contacto directo con los hechos (con o sin intermediación), sino que éste debe interpretar y valorar críticamente lo declarado por el testigo tanto respecto de su credibilidad como de la calidad de la información aportada (ANDRÉS IBAÑEZ, 2003, p. 62 y 66). Resulta evidente –aunque ha sido ampliamente discutido en cuanto a los alcances del recurso de casación– que sólo los primeros enunciados son producto *directo* de la intermediación –lo que tampoco *garantiza* la verdad de la conclusión– mientras que los segundos requieren de un *proceso de razonamiento* para adoptar una conclusión respecto de la corroboración o no de los hechos del caso (DEI VECCHI, 2018, p. 725/7).

Sobre los segundos (*enunciados inferenciales*) poco importa si la *información* es proporcionada directamente por el testigo en la audiencia o llega a través de lectura o video. Lo trascendental es que el juez tenga contacto con aquella para valorarla y extraer conclusiones probatorias sobre los hechos de la causa. Cabe aclarar que para determinar el valor epistémico de un testimonio deberá además constatarse –después de efectuada su valoración individual– si resulta corroborado por el resto de las pruebas, determinando si en su conjunto respaldan una hipótesis razonable para explicar lo ocurrido (TUZET, 2021, p. 205; DE PAULA RAMOS, 2019, p. 168/9).

Creo pertinente transpolar algunas de las críticas efectuadas al otorgamiento de un alcance tan excesivo al principio de intermediación, que lo transforma –más que en un principio que estructura el juicio oral y público– en una valla insalvable que deben saltar los recurrentes para efectivizar su derecho constitucional a la revisión de la condena. De la misma manera que se critica que un tribunal de alzada alegue encontrarse impedido de analizar la valoración de la prueba producida ante la primera instancia, entiendo que nada imposibilita que el juez del debate valore un testimonio practicado durante la investigación. Así como la Alzada (para revisar el razonamiento probatorio de la primera instancia) puede observar la prueba producida para corroborar si las inferencias efectuadas fueron válidas, análogamente, no hay impedimento para que el juez del debate (para decidir) valore una prueba que no fue practicada en su presencia.

Puede agregarse que los avances actuales de la tecnología permiten que una declaración

²⁶ No voy a adentrarme en explicar el proceso de razonamiento inductivo que lleva desde lo percibido hasta una determinada conclusión sobre los hechos, dado que excede el ámbito de este trabajo, pero sí hago una referencia a ello porque influirá a la hora de determinar el verdadero alcance o limitación respecto del principio de intermediación. Al respecto, ver GASCÓN ABELLÁN, 1999, p. 85/93 y PÉREZ BARBERÁ y BOUVIER, 2004, p. 540/44.

–y hasta una audiencia de juicio completa– sea grabada en imagen y sonido, lo que genera una cercanía aún mayor que la que se aportaría con un documento escrito.

Un testimonio recibido en la instrucción cuya filmación es reproducida durante el juicio puede acercarse bastante a una percepción directa. No hay mayores dificultades técnicas para recrear aquello que la vista y el oído captarían en una sala. Es evidente, entonces, que las inferencias sobre el contenido serán las mismas que si se presenciara, dado que su registro sería completo y no estaría influenciado por la intervención de un tercero que –por ejemplo– hubiera transcrita el testimonio, lo que sumaría sus posibles errores de interpretación o percepción. Hay quienes podrían sostener que la percepción de ese testimonio no sería la que se obtendría a partir del contacto directo con la persona²⁷. Como señalé, el valor de lo gestual está puesto en duda. Resulta realmente importante apuntar que no tiene sentido defender un principio de inmediación tan exacerbado que elimine cualquier posibilidad de equilibrarlo con otros intereses en juego –como los de las víctimas especialmente vulnerables–, más aún si consideramos que una declaración obtenida en un tiempo más cercano a los hechos podría brindarnos información de mayor calidad.

4.2 ¿Es posible flexibilizar el principio de contradicción?

Señalé más arriba que se le ha otorgado cada vez mayor relevancia al principio de *contradicción* en tanto medio idóneo para alcanzar la *verdad* sobre la hipótesis de los hechos. Podríamos preguntarnos hasta qué punto no admitir la declaración de la víctima practicada durante la investigación nos acerca a la verdad de los hechos o si, por el contrario, nos aleja de aquella finalidad.

Respecto al contrainterrogatorio cruzado podemos señalar que, si bien es –evidentemente– un buen método para descubrir la verdad –ya que se trata de una práctica dialéctica que pone a prueba una o más hipótesis– también está dirigido por las partes en base a sus intereses. Así, los hechos que se pondrán en evidencia durante la declaración de un testigo son exclusivamente los que las partes pretendan, lo que claramente puede atentar contra esa búsqueda de la verdad (TUZET, 2021, p. 218/20).

No pretendo sostener que al amparo de la averiguación de la verdad pueda admitirse que la información ingrese siempre y de cualquier manera, porque esto podría permitir aceptar –incluso– la incorporación de prueba ilícita. Sí quiero señalar que, a veces, en la búsqueda del

²⁷ Restaría que alguien indicara que la inmediación del juzgador en la sala con el testigo que declara frente a él también aporta la posibilidad de registrar a través del olfato algún dato relevante. No creo necesario dar razones para descartar ese tipo de argumento.

equilibrio entre los intereses en juego algún derecho debe ceder y resulta necesario ser muy cuidadoso sobre cuál de ellos será el que salga perdiendo.

Se distinguen varias formas en las que opera el principio contradictorio como modo de control probatorio: **a)** sobre la correcta aplicación de las reglas epistemológicas y jurídicas respecto de la admisión de la prueba relevante, y también sobre las normas de exclusión; **b)** en la práctica de la prueba en forma contradictoria, es decir con participación de las partes y con ejercicio del conainterrogatorio; **c)** respecto de la posibilidad de proponer pruebas contrarias a las de la otra parte para corroborar una hipótesis fáctica distinta e incompatible a la de la acusación; y **d)** con relación al ofrecimiento de pruebas de segundo orden que permitan impugnar la fiabilidad de las pruebas de la otra parte (FERRER, 2007, p. 87/8).

Sin desconocer el valor que un conainterrogatorio sobre un testimonio de cargo puede aportar (y reconociendo que en caso de ausencia de la defensa en la práctica de dicha prueba se produce una cierta desventaja para el acusado), es importante tener presente que ése *no es el único* modo eficaz para atacar la credibilidad de un relato judicial. Por el contrario, existen muchas otras formas, como aportar pruebas que impugnen la credibilidad de un testigo o – incluso– otras que pongan en duda la información aportada (ROVATTI, 2020, p. 41/2).

Podemos –entonces– concluir que no tiene el mismo alcance el principio de *contradicción* –en cuanto salvaguarda de los derechos del imputado– que el de *inmediación*. Está bastante aceptado que ellos no pueden radicalizarse al extremo de restarle toda eficacia probatoria a las evidencias –en este caso, testimoniales de la víctima– practicadas durante la instrucción con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establezcan, ***siempre que se pueda permitir un adecuado ejercicio del derecho de defensa mediante la contradicción***; esto es, en algún momento o de alguna forma. Como indiqué, si es admitida la incorporación de prueba practicada sin conainterrogatorio de la defensa se deberá analizar si los restantes elementos probatorios han sido suficientes factores de contrapeso (equidad del proceso).

En definitiva, resulta evidente que frente a ciertas situaciones el principio de *inmediación* se limita, pero se trata de mantener el contradictorio en la mayor expresión posible.

4.3 Un uso diferente de la prueba preconstituida

Debemos rescatar la idea según la cual resulta necesario tomar conciencia de que existen ciertas víctimas que, tanto por factores relacionados con el hecho sufrido como por circunstancias personales, se encuentran en una *condición de vulnerabilidad* tal que les dificulta aminorar los efectos negativos del delito o de su paso por el sistema de justicia por lo que, en

consecuencia, requieren de una particular protección del Derecho. Principalmente estoy pensando en víctimas de delitos sexuales, trata, crimen organizado o violencia de género, pero esto no es más que una ejemplificación y será relevante analizar en el caso concreto – probablemente mediante la consulta con algún/a especialista– sobre esta circunstancia y sus alcances (vulnerabilidad).

También debemos considerar que, para ciertas víctimas, esperar al desarrollo del juicio –que, reitero, a veces puede llevar varios años–, seguir sometida a infinidad de declaraciones, o no poder alejarse (y dejar atrás, incluso, el lugar de los hechos, sea por seguridad o simplemente para continuar su camino) dado que la justicia sigue exigiéndole nuevas participaciones, puede resultar tan –o quizá más– doloroso que el suceso inicial.

Establecida la necesidad de evitar que el proceso ocasione un daño mayor que el que pretende enmendar, considero que recibir su declaración lo antes posible permitirá a la víctima avanzar, sentirse menos atemorizada y, a su vez, resguardar de mejor manera la información que pueda aportar sobre los hechos relevantes para el caso.

Pero esto no es tan fácil. En la vereda de enfrente tenemos un conjunto de garantías que hacen al debido proceso y –en lo que aquí importa– al desarrollo del debate oral bajo los principios de *inmediación* y *contradicción* para asegurar un juicio justo –con un correcto ejercicio del derecho de defensa– y equitativo respecto de la ponderación de la prueba –allí producida– dirigida a determinar la existencia de los hechos y atribuir consecuencias jurídicas al o a los imputados.

Estamos nuevamente de cara a las mismas preguntas: ¿cuál es el derecho que debe prevalecer? ¿acaso no es posible encontrar el delicado equilibrio?

Creo que es posible encontrar, al menos, un cierto balance. Para ello la recepción de la declaración de esas víctimas podría practicarse como prueba preconstituida y con participación de la defensa.

Si sabemos de antemano²⁸ que, para una clase de víctima, sería recomendable que declare lo antes posible para permitirle romper –por ejemplo– con el círculo de violencia y vulnerabilidad en que se encuentra inmersa, al que regresa cada vez que relata los hechos, y también sabemos –correlativamente– que ese recuerdo se irá degradando y alterando en cada oportunidad que lo reviva, entonces la práctica de esa prueba de manera previa al debate será

²⁸ Quedará pendiente discutir cuál es la mejor forma de corroborar el estado de vulnerabilidad de una víctima en concreto, cuáles son los efectos que la victimización secundaria puede ocasionarle y cuáles son los medios disponibles para acompañarla en ese proceso. Seguramente será necesario brindarle asistencia y contención. También evaluar los daños psicológicos, así como las secuelas ya existentes, o las que su tránsito por el proceso podrían producirle.

beneficiosa en, al menos, tres aspectos.

Por un lado, (i) estaremos resguardando a una víctima especialmente vulnerable, haciéndonos eco de diversas convenciones internacionales y poniendo en acto una mirada humanitaria. Por el otro, (ii) estaremos obteniendo una versión que habrá sufrido menos interferencias (tanto de la propia persona al recrear la situación, como de factores externos) y que, por lo tanto, será de mayor calidad. Finalmente, (iii) si bien accederemos a esa versión de manera mediata, ésta tendrá mayor cercanía respecto de los hechos, lo que necesariamente será positivo principalmente en cuanto a los pequeños detalles (esos que, aunque parezca extraño, muchas veces definen un caso).

A ello se suma que así contaremos con información que –de no obtenerse de esta manera– podría perderse para el proceso. Como señalé, es frecuente que en este tipo de casos la víctima no quiera presentarse a la audiencia de debate, sea por temor a las represalias del acusado o porque se retractó debido a su estado de vulnerabilidad o, simplemente, porque no desea revivir lo padecido. De este modo podremos asegurarnos de contar con su relato a la hora de valorar las pruebas y decidir sobre los hechos.

Esto no es menor, ya que cuanto mayor sea la cantidad y variedad de pruebas en un proceso más probabilidad habrá de que la decisión que se adopte sea correcta (GONZALEZ LAGIER, 2020, p. 83). Ante un aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio habrá más probabilidad de que la decisión –además de válida– sea verdadera (FERRER, 2007, p. 84). En este sentido, contar con la declaración de la víctima permitirá que una mayor cantidad de información sea valorada a la hora de decidir sobre el grado de corroboración de una hipótesis, colaborando así con uno de los fines esenciales del sistema: la búsqueda de la verdad.

A su vez, la tecnología vigente permitirá que ese testimonio se registre íntegramente para ser introducido en el debate de una manera muy similar a la recepción en el momento, lo que permitiría una afectación escasa del principio de inmediación. Así, el juez que deba sentenciar tendrá a la vista la declaración, podrá escuchar y ver lo mismo que habría percibido si hubiera estado allí presente e –incluso– tendrá la chance de ver los gestos que realice, no para efectuar una interpretación de lo no dicho, sino para observar si en alguna circunstancia se tocó alguna parte del cuerpo –como para señalar, por ejemplo, una lesión– o efectuó algún sonido de expresividad (onomatopeya) o de comunicación (por ejemplo, un silbido o chasquido).

Resumidamente, creo que las críticas que puedan efectuarse sobre la posible afectación al principio de inmediación mediante la utilización de la prueba preconstituida no deben ser atendidas. En este sentido, el menoscabo a dicho principio será muy escaso, ya que se estarán resguardando los intereses de las víctimas sin afectar ciertamente –o en un nivel intolerable–

las reglas de incorporación y valoración de las pruebas en el proceso penal.

La situación respecto del principio de contradicción (que está vinculado con un efectivo derecho de defensa) es distinta. En la solución que propongo la declaración de las víctimas especialmente vulnerables –bajo los parámetros de las reglas de Brasilia– como prueba preconstituida deberá realizarse como un acto definitivo e irreproducible²⁹, por lo que deberá contar con participación de la defensa y el imputado.

Pero una cosa es que tome parte y otra, muy distinta, que la presencia. Incluso en el debate se prevé –principalmente para casos de violencia de género, pero también para otros supuestos– que el imputado permanezca en una sala contigua para que la víctima declare sin sentirse intimidada, a fin de asegurar mayor libertad (y calidad) en su exposición. Claro que de esta manera se tensiona –al menos en cierta medida– el derecho a la confrontación propiamente dicha (el “cara a cara”), dado que el imputado será alejado de la sala de audiencias donde declaren víctimas y testigos (PIQUÉ, 2016, p. 142).

Sin embargo, los pactos internacionales vigentes en Argentina (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no han utilizado el término “confrontar” –como se lo comprende en el sistema del *common law*– sino el de “interrogar” o “hacer interrogar” a los testigos. De hecho, así lo establece el art. 10 la Ley n° 23.732, de la República Argentina, sobre derechos y garantías de las personas víctimas.

Por el mismo motivo, entiendo que no hay ninguna razón para que la declaración preconstituida –con miras a proteger los derechos de las víctimas especialmente vulnerables– también pueda realizarse sin la presencia física –en la misma sala– de la persona imputada.

Un testimonio desarrollado bajo estas condiciones incluso cumple con los estándares fijado por la CIDH en la materia³⁰. Concretamente, se evita que una víctima declare en reiteradas oportunidades y que lo haga en un ámbito que acentúe la revictimización.

Ahora bien, en casos de violencia de género intrafamiliar es claro que la persona acusada estará individualizada desde un primer momento; pero, en casos de trata, sexuales o de crimen organizado esto puede no ser así. Habrá que preguntarse, entonces, si en esos supuestos también será factible que una víctima especialmente vulnerable declare como prueba preconstituida en

²⁹ Una aclaración: dado los aportes de la psicología del testimonio, podría pensarse que, en algunos casos, sería aconsejable que la declaración –además de realizarse anticipadamente– también fuera concretada por expertos/as en la materia, previendo la posible afectación psíquica que la experiencia podría causar en la víctima (AAVV, 2013 a, p. 231). No ahondaré en esta posibilidad ya que para ello será necesario evaluar –en cada caso en concreto– si resulta o no necesario que se efectúe de esta manera, asimilándolo más aún a una Cámara Gesell en los términos reseñados.

³⁰ Ver nota al pie n° 7.

el inicio de la investigación. De darse estas circunstancias, se podría advertir una posible afectación al principio de contradicción, ya que el imputado –por ser aún desconocido– no podría –ni a través de su defensa– conainterrogar. No obstante, vuelvo a ensayar una respuesta afirmativa.

Sin dudas, ni todos los sucesos son iguales, ni todas las víctimas lo son, ni puede accederse siempre a la misma cantidad/variedad de pruebas. Pero si retomamos una idea expuesta más arriba, recordaremos que el principio de contradicción no se limita al conainterrogatorio de los testigos, sino que puede adoptar distintas formas (ofrecimiento de pruebas que desvirtúen los hechos o que impugnen la fiabilidad o credibilidad del testigo, indicación al juez sobre los criterios pertinentes para valorar o interpretar del acervo probatorio, etc.) –TUZET, 2021, p. 216–. El hecho de que la declaración de la víctima sea recibida durante la investigación como prueba preconstituida –grabada– pero *sin* participación de la defensa, no necesariamente afectará el principio de contradicción y el derecho a un juicio justo. Por el contrario, habrá que evaluar si razones vinculadas con la vulnerabilidad de la víctima habilitaron esta práctica y si el procedimiento, en su conjunto, respetó el derecho de defensa. Deberá analizarse si se permitió controlar las restantes pruebas, aportar elementos impugnativos y –por su puesto– ponderar si, en el caso, existían otras evidencias que corroboraran la información aportada por la víctima que hicieran que –luego de una valoración en conjunto de la prueba producida– la hipótesis de la fiscalía pudiera tenerse por suficientemente probada como para determinar la existencia de los hechos y la responsabilidad correspondiente.

Vuelvo a resaltar que, frente a diferentes intereses relevantes para el Derecho, habrá que llevar a cabo un balance para intentar encontrar un equilibrio. Al respecto quisiera citar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en un caso en que se discutía la incorporación por lectura de los dichos de una víctima de abuso sexual. Allí se le había recibido declaración anticipadamente a la joven víctima (quien presentaba un alto grado de vulnerabilidad que impedía reditar el acto) sin participación de la defensa: “los jueces deben adoptar en estos casos las medidas que resulten adecuadas para **moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)**; en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger la integridad física y psicológica de la víctima (...) **No toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto —como en el caso— no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la**

defensa".³¹ En esa misma sentencia, incluso, el voto de la jueza Elena Highton explicitó que la limitación en el control de la práctica de la prueba por parte de la defensa había quedado compensada por la incorporación de las restantes evidencias, que sí habían estado disponibles para el correcto examen por parte del acusado y que confirmaban el relato de la joven.

5. Conclusiones

Junto al rescate del olvido de las víctimas en el proceso penal, se ha tomado conciencia de que existen algunas que –por factores relacionados con el hecho sufrido o por sus circunstancias personales– se encuentran en una *condición de vulnerabilidad* tal que las hace más propensas a sufrir un mayor nivel de estrés, hasta el punto de impedirles atenuar los daños producidos tanto por el suceso como por su paso por el sistema de justicia y que, en consecuencia, requieren de una particular protección por parte del Derecho.

En un proceso, entonces, puede existir una tensión entre los derechos de las víctimas especialmente vulnerables y los del imputado –concretamente, el derecho a un juicio “justo” y sus derivaciones vinculadas a la *inmediación* y a la *contradicción*– que requiera balancearlos.

Si la interpretación de lo gestual ha sido sobrevalorada, si la memoria no es lo confiable que pensábamos, si lo esencial (como mecanismo de reducción de errores) es que quien decide acceda a la *información* que aportan las pruebas –sin intermediarios– para realizar las inferencias necesarias, entonces los alcances del principio de inmediación deben ser flexibilizados.

Si de lo que se trata es de poder contradecir *de algún modo* la prueba de cargo (entre ella, la testimonial) y esto no se limita a ejercer el contrainterrogatorio, el principio de contradicción no puede entenderse como ilimitado.

Así, la recepción del testimonio de una víctima especialmente vulnerable como *prueba preconstituida*, videograbada para poder ser reproducida íntegramente en el debate y con participación de la defensa, no implicará una afectación intolerable de los principios de inmediación y contradicción (entendidos en una versión no exacerbada).

Finalmente, cuando esta *prueba preconstituida* sea llevada a cabo *sin* control de la defensa –por ejemplo, por ser el imputado desconocido al momento de practicarla– habrá que evaluar la equidad del proceso en su conjunto. Se deberá analizar si los restantes elementos probatorios han sido suficientes factores de contrapeso –con control y aporte de elementos

³¹CSJN, “Gallo López, Javier”, sentencia del 7/6/2011 (Fallos: 334:725), resaltado añadido.

impugnativos– para que la hipótesis fáctica de la fiscalía haya podido tenerse por suficientemente probada.

Bibliografía

1. ACCATINO, Daniela, (a) *Apuntes sobre prueba y verdad* (inédito aportado en el curso “Conceptos: hecho, prueba y verdad”, Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, 4ª generación).
2. ACCATINO, Daniela, (b) *Apuntes sobre el concepto de prueba en el derecho* (inédito aportado en el curso “Conceptos: hecho, prueba y verdad”, Máster en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, 4ª generación).
3. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2003), “Teoría práctica de la jurisdicción. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)” en *Revista Jueces para la democracia*, marzo, p. 57/66.
4. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2009), *Prueba y convicción judicial en proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
5. ANITUA, Gabriel Ignacio (2005), *Historia de los Pensamientos Criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
6. AA VV, (2013 a), “Propuesta de protocolo para la conducción de la prueba preconstituida en víctimas especialmente vulnerables” en *Papeles del Psicólogo*, Vol. 343(3), pp. 227/37, <http://www.papelesdelpsicologo.es>.
7. AA VV, (2013 b), “La prueba preconstituida en casos de abuso sexual infantil: aportaciones desde la psicología jurídica”, en *Revista de Derecho penal, procesal penal y penitenciario*, nº 102, mayo-junio, La Ley, Madrid, p. 112/122.
8. AA VV, (2015), “Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Elsevier, www.elsevier.es/apj, p. 13/9.
9. BACHMAIER WINTER, Lorena (2019), “Principio de intermediación y confrontación: paralelismos, diferencias y tendencias en la prueba testifical” en AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coord.). *Fundamentos de Derecho Probatorio del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 280/326.
10. BINDER, Alberto (2013), *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires.
11. BINDER, Alberto (2014), *Derecho Procesal Penal. Tomo II. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, Ad Hoc, Buenos Aires.
12. CAFFERATA NORES, José (2000), *Proceso penal y derechos humanos*, Del Puerto, Buenos Aires.

13. DE PAULA RAMOS, Vitor (2019), *La Prueba Testifical*, Marcial Pons, Madrid.
14. DEI VECCHI, Diego (2018), “La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, nº 153, septiembre-diciembre, p. 711/738.
15. DÍAZ, E. Matías (2015), “Algunas apreciaciones sobre la peculiar relación entre la verdad y el fin del proceso penal, y sus repercusiones en la revisión de la condena” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 14, vol. 2, Buenos Aires.
16. FERRER BELTRÁN, Jordi (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.
17. FERRER BELTRÁN Jordi (2007), *La valoración racional de la Prueba*, Marcial Pons, Madrid.
18. FERRER BELTRÁN, Jordi (2017), “El Control de la valoración de la prueba en segunda instancia”, en *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, nº 33, publicación del 10/12/2017.
19. FERRER BELTRÁN Jordi (2021), *Prueba sin convicción*, Marcial Pons, Madrid.
20. GASCÓN ABELLÁN, M. (1999). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons
21. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2020), “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 23, pp. 79-97.
22. MAGRO SERVET, Vicente (2012), “Preceptividad de la práctica de la prueba preconstituida con víctimas en el proceso penal”, *La Ley Penal*, nº 92, abril, Madrid, p. 5/13.
23. MAIER, Julio B. J. (2004), *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, 2ª ed., 3ª reimpresión, Del Puerto, Buenos Aires.
24. MAIER, Julio B. J. (2003), *Derecho Procesal Penal, II. Parte General. Sujetos procesales*, Del Puerto, Buenos Aires.
25. MANZANERO, Antonio y GONZÁLEZ, José Luis (2015), “Modelo holístico de evaluación de la prueba testifical” en *Papeles del Psicólogo*, Vol. 36(2), pp. 125/38, <http://www.papelesdelpsicologo.es>
26. MUERZA ESPARZA, Julio (2016), “Los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, 39, Navarra.
27. NIEVA FENOL, Jordi (2012), “Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidad”, en *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 1, jan.-apr., p. 3/24.

28. PASTOR, Daniel (2015), *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
29. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel y BOUVIER, Hernán (2004), “Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios” en *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B, Del Puerto, Buenos Aires, p. 527/546.
30. PIQUÉ, María Luisa (2016), “El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de ‘Gallo López’” en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 16, Hammurabi, Buenos Aires, p. 119/157.
31. PIQUÉ, María Luisa (2017), “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional” en DI CORLETO, Julieta (dir.), *Género y justicia penal*, Didot, Buenos Aires.
32. PIQUÉ, María Luisa, (2019) “La recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” en DÍAZ, E. Matías y PEREL, Martín (dir.), *El juicio en el procedimiento penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 177/205.
33. PEREIRA PUIGVERT, Silvia (2012), “El derecho de las víctimas a optar por no saber: ¿evita la victimización secundaria?”, en *Revista de Derecho Procesal Penal, número extraordinaria: víctimas especialmente vulnerables*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 115/22.
34. RAMÍREZ ORTÍZ, José Luis (2020), “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género” en *Quaestio facti. Revista internacional sobre Razonamiento Probatorio*, nº 1, Marcial Pons, Madrid, p. 1/46.
35. ROVATTI, Pablo (2020), “Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos” en *Quaestio facti. Revista internacional sobre Razonamiento Probatorio*, nº 1, Marcial Pons, Madrid, p. 31/66.
36. SENTÍS MELENDO, Santiago (1968), *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
37. SOTELO, Florencia (2017), “La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas”, en DI CORLETO, Julieta (dir.), *Género y justicia penal*, Didot, Buenos Aires, p. 181/214.
38. TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Marcial Pons, Madrid.

39. TUZET, Giovanni (2021), *Filosofía de la prueba jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
40. VARELA, Agustín (2015), “Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba ‘*hearsay*’ en el derecho anglosajón” en LEDESMA, Ángela (dir.), *El debido proceso penal*, volumen 2, Hammurabi, Buenos Aires, p. 179/218.