Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA INSOPORTABLE LEVEDAD PROBATORIA

Mario Alberto JULIANO*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2016
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2016

El movimiento de reforma procesal penal (el tránsito de los sistemas mixtos/inquisitivos a los acusatorios) protagonizado en la República Argentina desde mediados de la década de los noventa tuvo numerosas banderas que lo justificaban: el cambio de la escritura a la oralidad, de la burocracia, el formalismo y el ritualismo a la celeridad y simplificación en los trámites, terminar con los presos sin condena, la introducción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, que el juicio oral y público fuese el protagonista de la dilucidación de los procesos. Un balance, a veinte años de la implementación de los primeros códigos de la nueva generación, abre algunos interrogantes acerca de las metas alcanzadas y las asignaturas pendientes.

En esta columna me interesa detenerme (con las limitaciones que supone un espacio de opinión general) en otra de las consignas de la reforma: la sustitución del sistema de valoración de la prueba tasada por el de las libres convicciones o sana crítica razonada. Se aducía, por aquellos entonces, que las fórmulas forfatarias (por ejemplo, que *las declaraciones de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar, tiempo y demás circunstancias principales, podrán ser invocadas por el juez como plena prueba de lo que afirmen*) implicaban atarse a un rigorismo que no tenía que corresponderse, necesariamente, con la realidad y que de alguna manera esos sistemas representaban una suerte de automatismo, distante del escrutinio dinámico de la conducta humana. Por el contrario, la apreciación de la prueba sobre la base de la sana crítica razonada, con un desarrollo en los conocimientos y la experiencia, permitiría discernir con mayor amplitud valorativa la relación de los individuos con los hechos que se les atribuían, confiando en la ilustración y prudencia de las juezas y los jueces.

* Director Ejecutivo de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea. El título es un inesperado homenaje al genial escritor francés Milan Kundera. Contacto: mjuliano2004@gmail.com.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Las cosas, planteadas en esos términos, convencían a todos los que apostábamos por los cambios, por procesos penales con un rostro más humano, más cercano a las vicisitudes de las personas de carne y hueso, persuadidos de la búsqueda de soluciones "más justas", dentro del marco de la ley.

Ya en el año 2016, ha transcurrido el tiempo (suficiente tiempo) y estoy en condiciones de formular una primera aproximación sobre la implementación del sistema de las libres convicciones o sana crítica razonada para la valoración de la prueba. Y, debo confesar, advierto resultados que no terminan de satisfacerme, aunque albergo dudas de si los problemas que voy a plantear se encuentran vinculados con el sistema o con las prácticas que instrumentan las personas encargadas de su aplicación, esto es, con la forma en que las prácticas desnaturalizan los mejores postulados legales. Esta cuestión, probablemente, merecería un ensayo aparte.

Existe una marcada tendencia, que se observa en buena parte de la jurisprudencia, a la "sustantivización" del acto de juzgamiento,[1] que no es muy diferente a lo que ocurría bajo la órbita de los sistemas inquisitivos, ahora bajo distintos ropajes. Ya no interesa tanto si los hechos atribuidos han sido probados en el juicio (es decir, si se ha podido demostrar la hipótesis acusatoria a los ojos del tercero imparcial), sino que se extreman las medidas para determinar si el acusado ha sido el autor del hecho en un sentido ontológico, si se me permite la expresión. Juezas y jueces se forman un juicio de valor tras leer el expediente (para el caso de que no hubiesen formado tal juicio incluso previamente), se convencen íntimamente de la responsabilidad del acusado, y luego recurren a un sofisticado ejercicio dialéctico para justificar sus convicciones. Mecanismo que, por otra parte, es de muy difícil control para quien lo quiera cuestionar. La jueza o el juez se coloca por encima de las pruebas reales y concretas y, finalmente, termina haciendo juicios morales, convencido de la justicia de sus soluciones.

El hecho y la demostración de su existencia pierden centralidad a manos de la argumentación jurídica. La dialéctica especializada es capaz de hacernos ver como real lo que jamás ha sucedido

[1] Cuando me refiero a la "sustantivización" del juzgamiento hablo de la búsqueda de una *verdad esencial o sustantiva*, que permitiría a los jueces (por su sola condición de tales) "descubrir" aspectos que no han sido revelados por las pruebas, o lo han sido en forma absolutamente débil y cuestionable. Así, algunos jueces centran la atención (y los recursos dialécticos de la argumentación jurídica) en asegurar que el imputado fue el autor del hecho por cualquier medio, olvidando que la verdadera función del juzgador es la de determinar si el hecho ha sido probado o no lo ha sido, según las reglas del proceso penal.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobre la base de inferencias y deducciones lógicas, muy razonadas, pero que en el camino han perdido el anclaje con el mundo de los hechos.

Este sofisticado mecanismo valorativo encuentra dos aliados principales: las herramientas de la dogmática, usualmente empleadas para justificar la ampliación de los ámbitos de punibilidad, y la categoría de las libres convicciones o sana crítica racional como método valorativo de la prueba.

Ciertas categorías dogmáticas son empleadas con total soltura para adecuar las circunstancias a las necesidades del juzgador. Traigo a colación, por ejemplo, las coautorías funcionales, presupuesto no previsto de modo expreso por la ley argentina, pero que puede convertir en autor de un hecho a una persona que simplemente acertaba a pasar por el sitio en que ocurría, o a la que simplemente le cupo un rol pasivo o indeterminado. O el cuestionado dolo eventual,[2] que puede transformar en intencional a un hecho no querido de modo deliberado, producto de la culpa temeraria o consciente, pero en modo alguno de un propósito prestablecido.

El sistema de valoración de la prueba basado en las libres convicciones o la sana crítica racional parece haberse convertido en un envase meramente dialéctico, cuyo contenido es ignorado por la generalidad de los justiciables y que, en los hechos, es empleado para justificar la existencia de episodios que ninguna razón plausible podría dar por probados. Cabal demostración de esta afirmación resultan ser los juicios por jurados que se vienen desarrollando en territorio bonaerense desde principios de 2015, donde poco más de la mitad de los casos han merecido veredictos de no culpabilidad por parte de las ciudadanas y los ciudadanos.[3] Resulta por lo menos curioso que para los jueces profesionales la misma categoría de casos solamente merezca alrededor de un 10% de absoluciones, lo que nos habla, claramente, de una mirada muy diferente sobre los mismos hechos.

La tendencia a priorizar la argumentación jurídica por sobre la centralidad de los hechos se vio acentuada en una materia con una sustancia que a todos nos conmueve y nos provoca empatía: la

[2] Para una crítica relativamente reciente en la academia argentina, véase VITALE, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

[3] Para un panorama de estas estadísticas, véase SORIANO, *Jurados populares: hay más condenas que absoluciones*, Clarín, 8 de mayo de 2016. Disponible en http://www.clarin.com/policiales/Jurados-populares-condenas-absoluciones_0_1572442873.html [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016]. También *Más absoluciones que condenas en los juicios por jurados de la provincia*, La Capital de Mar del Plata, 26 de septiembre de 2016. Disponible en http://www.lacapitalmdp.com/noticias/La-Ciudad/2015/09/26/288536.htm/[enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

violencia de género. Son históricas las dificultades probatorias del nefasto accionar del machismo sobre las mujeres, que ha costado vidas, traumas difíciles de superar y lamentables consecuencias para todo el entorno familiar. No abundaremos sobre un tema que parece concitar la coincidencia generalizada (salvo para los victimarios, que todo el tiempo continúan haciendo de las suyas).

Dos precedentes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ("Newbery",[4] del 11 de septiembre de 2013 y "Taranco",[5] del 22 de abril de 2014) abrieron el cauce para el dictado de condenas con estándares probatorios muy débiles, bajo la justificación del sistema de valoración de la prueba basado en las libres convicciones o la sana crítica racional. En los hechos (para resumir) se habilitaron sentencias condenatorias, con penas de importancia, con la sola denuncia de la víctima, corroborada por elementos periféricos, principalmente peritajes psicológicos que se limitan a confirmar, a grandes rasgos, que la víctima no fabula y que su relato se ha mantenido constante a través del tiempo. En este sentido nos encontramos con la construcción de una *psicología del testimonio*, que entraña razonamientos muy plausibles, pero que no se encuentran en condiciones de predicar la infalibilidad que se le suele atribuir.[6]

Como es obvio y ocurre como una suerte de regla de tres simple en el sistema penal respecto de los pronunciamientos que habilitan el empleo del poder punitivo (no ocurre lo propio con las resoluciones que, por ejemplo, declaran la inconstitucionalidad de la reincidencia, o los que afirman que los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos), la doctrina de estos fallos se expandió rápidamente al resto de los tribunales (a la mayoría),[7] que por esta vía

[4] TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP'", Expte. n.° 8796/12, 11 de septiembre de 2013. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos37530.pdf.

[5] TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Taranco, Juan José s/ inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)'", Expte. n.° 9510/13, 11 de septiembre de 2013. Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos38901.pdf.

[6] Para una crítica a la psicología del testimonio y su aplicación en el derecho procesal penal, véase SANCINETTI, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas '*testimonium unios non valet*' y '*nemo testis in propria causa*'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* n.° 6, 2010, pp. 955-995.

[7] Véase, en ese sentido, la jurisprudencia más reciente de las tres Salas de la CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS DE LA CABA, con referencias expresas a los mencionados fallos del Tribunal Superior de Justicia. Así, Sala I, "M., J. S. s/ inf. art. 149 bis CP-Apelación", causa N.° 392-01-CC/14, 25 de abril de 2016; Sala II, "Galarza, Omar Roberto s/art. 149 bis, Amenazas - CP", causa N.° 15075-01-CC/2015, 1 de marzo de 2016; Sala III, "D., D. s/art. 11179:149 bis párr.1 Amenazas – CP (p/ L 2303)", causa N.° 28609-00-00/12, 29 de abril de 2016, entre muchas otras.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

simplificada, apoyada en buena medida en argumentos de autoridad, vieron resuelto el dilema que generaba la preocupación de dar por probados hechos de dificultosa demostración.

No sólo eso. Ahora advertimos, con la misma preocupación, la forma en que el argumento simplificado de las libres convicciones o sana crítica racional, entendido como una carta blanca al buen criterio judicial, se expande también al juzgamiento de otro tipo de delitos, como puede ser un homicidio o un robo agravado de difícil prueba.

Algunas consecuencias deletéreas de la liviandad probatoria:

1. El relajamiento de los estándares probatorios trae aparejado un amoldamiento de los integrantes del Ministerio Público Fiscal, que funcionales a las nuevas corrientes valorativas no se exigen en su tarea ni extreman los recaudos para probar los hechos, disminuyendo en forma notoria la calidad de los juicios y el resguardo de los derechos y las garantías.

2. El incremento de las posibilidades de que personas materialmente inocentes terminen privadas de la libertad.

3. La virtual desaparición del principio del *in dubio pro reo*, de trascendental importancia en un Estado de Derecho. Con los nuevos mecanismos interpretativos, o las prácticas implementadas en su nombre, se eliminan los márgenes de duda y prevalece la íntima convicción del juez.

El panorama descripto, acerca del cual podremos coincidir o discrepar en grados de aproximación, pero no en la existencia del fenómeno, nos interpela respecto de los rumbos del proceso penal contemporáneo. Nos encontramos muy lejos de reclamar el regreso a la prueba tasada pero, por cierto, los sistemas de valoración de la prueba librados a la discrecionalidad de las juezas y los jueces deben reconocer límites objetivos, con posibilidades ciertas de control por parte de los involucrados en el juicio penal y los organismos revisores.

En definitiva, el diseño de estándares probatorios racionales, aferrados a los hechos del proceso y su demostración, constituye una de las tareas que debe abordar el procesalismo para incrementar los niveles de seguridad jurídica, máxime en cuestiones donde lo que se encuentra en juego es nada más y nada menos que la libertad ambulatoria. En la academia argentina, Nicolás SCHIAVO es uno de los juristas que se ha preocupado, con seriedad, del tema. En su obra

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

"Valoración racional de la prueba en materia penal",[8] SCHIAVO hace un recorrido por el derecho comparado, los idénticos interrogantes que se han planteado en otras partes del mundo y las reglas y soluciones que se han ido elaborando, que, por cierto, se encuentran muy distantes de nuestra realidad, meramente intuitiva y moralista. El estudio de esa obra, así como de otros trabajos serios sobre el tema, puede ser un punto de partida para repensar la situación actual.

Bibliografía

SANCINETTI, Marcelo, "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas '*testimonium unios non valet*' y '*nemo testis in propria causa*'", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* n.º 6, 2010, pp. 955-995.

SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad* ¸ 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

— *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

SORIANO, Fernando, *Jurados populares: hay más condenas que absoluciones*, Clarín, 8 de mayo de 2016. Disponible en http://www.clarin.com/policiales/Jurados-populares-condenas-absoluciones_0_1572442873.html [enlace verificado el día 25 de mayo de 2016].

VITALE, Gustavo, *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*¸ Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013.

[8] El libro fue originalmente publicado por la querida, recordada y ya desaparecida Editores Del Puerto (*Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013) y posteriormente reeditado por Hammurabi (*Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*¸ 2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2015), y no puede faltar en la biblioteca de los interesados en el tema.

DR © 2016. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/