

19 DE ENERO DE 2015

IMPUGNACIÓN Y JUICIO POR JURADOS

UN CAMINO A RECORRER

LETICIA LORENZO



CONTENIDO

1. Algunas aclaraciones previas.	2
2. Introducción	2
3. La Sentencia 01/2015 del Tribunal de Impugnación. Un análisis posible y las consecuencias de la misma.	4
3.1. <i>La impugnación concreta y la decisión del T.I. al respecto</i>	4
3.2. <i>Las consecuencias de la decisión</i>	5
3.3. <i>El análisis de la decisión</i>	8
3.3.1. <i>Volver a valorar la prueba que vio el jurado</i>	9
3.3.2. <i>La prueba testimonial</i>	19
3.4. <i>Volviendo sobre la decisión</i>	23
4. El proceso penal mirando a la impugnación. Una propuesta de trabajo técnico	25
4.1. <i>Algunos datos contextuales en materia de impugnación</i>	25
4.2. <i>La regulación normativa neuquina. Una necesaria reflexión sobre la estructura del proceso de impugnación.</i>	26
a) <i>La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros;</i>	27
b) <i>La arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado;</i>	27
c) <i>Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión.</i>	29
4.3. <i>La dinámica de la impugnación en un juicio por jurados.</i>	31
5. Conclusiones	33

1. Algunas aclaraciones previas¹.

Escribo esta introducción llegando ya al final de este texto, a modo de disculpa en varios sentidos. El objetivo inicial con el que partí este desarrollo fue realizar un análisis breve de la Sentencia 01/2015 en función a tratarse de la primera decisión en la historia del Tribunal de Impugnación y del juicio por jurados clásico en la república Argentina en la que un órgano revisor anula la decisión de un jurado popular.

A medida que fui avanzando, este texto se volvió en mi contra y se convirtió en algo francamente interminable dado que cada afirmación realizada me llevaba a una explicación, que me obligaba a una aclaración, que me generaba la necesidad de una cita... y así una pretensión “breve” inicial se transformó en este monstruo que seguramente tiene varias cuestiones inconclusas, explicadas a medias y que requieren mucho mayor reflexión por parte de personas con mucho más estudio que quien estas líneas escribe. He preferido dejar el contenido como fue surgiendo porque, pese a mi manifiesta incapacidad de síntesis, creo que existen en el texto algunos temas de debate interesantes en nuestro contexto actual. Y estoy segura que un amable y benevolente lector sabrá identificarlos.

Finalmente, deseo pedir un sincero perdón de antemano a Nicolás Schiavo y Alberto Binder, ya que son personas permanentemente citadas a lo largo de este artículo e interpretadas por mí en función a mi propia conveniencia en las afirmaciones que realizo, con las que nunca se sabe si la persona citada estará de acuerdo (también debo pedir perdón al resto de las personas que cito, pero como no las conozco personalmente, no siento una obligación tan grande de anticiparme con las disculpas). Dado que uno de los ejes centrales de la discusión en estos contextos es la interpretación de la interpretación, me adelanto afirmando que es probable que lo que mi subjetividad ha interpretado de lo que Schiavo y Binder han dicho, puede no siempre coincidir con lo que ellos efectivamente quisieron decir desde su propia subjetividad (he ahí uno de los problemas más grandes que nos genera la constante intención de volver a valorar lo ya valorado por otros, entrando en el tema específico que desarrollaré). Y ahora sí, sin más preámbulos, con ustedes este mejunje de ideas.

2. Introducción

El presente artículo se desarrolla a partir de la Sentencia 01/2015 del Tribunal de Impugnación, en la que por primera vez en la justicia neuquina se decide anular el veredicto de un jurado popular y absolver a la persona condenada en el juicio por jurados realizado en su contra. Si bien ese es el contexto, la pretensión con la que desarrollo estas líneas va más allá de la Sentencia concreta y tiene por finalidad aportar algunas reflexiones para el necesario debate que debemos sostener en un tema tan novedoso como es la estructura del proceso judicial en su conjunto a partir de la integración de los jurados populares en nuestra legislación.

¹ Como siempre debo agradecer a mis compañeros de JUSPATAGONIA, que aportan con observaciones, materiales y una visión ultra crítica al desarrollo de este tipo de textos. Adicionalmente en esta ocasión agradezco también la paciencia de Alberto Binder, que tuvo la amabilidad de repasar el texto y verificar que lo que aquí se dirá tiene algún nivel de sostenibilidad.

En ese sentido, en un primer lugar el texto se centrará en las consecuencias que a mi entender genera la Sentencia 01/2015 del Tribunal de Impugnación neuquino, las razones por las que creo que genera esas consecuencias y las razones por las que no acuerdo con las mismas.

En segundo término, intentaré delinear algunos temas vinculados a la actuación técnica de las partes, la labor de los jueces profesionales a lo largo del proceso y la tarea propia de los jueces de impugnación en el marco de un proceso con un jurado popular interviniendo como decisor central.

Es preciso referir también que el proceso de impugnación establecido por el CPP neuquino constituye una novedad en toda su extensión y no sólo en la cuestión puntual vinculada con el juicio por jurados. Una deuda de no pocas reformas procesales penales ha sido la de discutir seriamente cómo debe estructurarse la impugnación en el marco de un proceso por audiencias, manteniendo en ocasiones el sistema recursivo propio de un sistema inquisitivo o inquisitivo reformado como fase final en un proceso de corte supuestamente acusatorio. Afortunadamente no fue el caso de Neuquén, donde los mismos principios rectores de todo el proceso se trasladaron a la impugnación estableciendo que los recursos deben resolverse en audiencia donde las partes concurren a explicar sus agravios y fundamentos. La cuestión del agravio también pasa a tener un lugar central en la nueva dinámica, en tanto la regulación normativa del CPP lleva a concluir que sólo podrán discutirse en una fase recursiva aquellas decisiones que tengan un carácter definitivo y ocasionen un real perjuicio a la parte recurrente. Durante el 2014, andando el primer año de la reforma procesal penal, este ha sido uno de los temas más dificultosos en su instalación práctica, ya que no podemos obviar el hecho de que siendo todos los mismos actores, provenimos de un sistema donde cada decisión particular tomada en el marco de un proceso, independientemente de la existencia real o imaginaria de un agravio, podía ser llevada por alguna vía a su revisión ante otro tribunal. Si bien el Tribunal de Impugnación ha trabajado acertadamente en términos de cambiar esa lógica, aún conviven en nuestras mentes resquicios del viejo sistema que se traducen concretamente en la insistencia en revivir aquellas prácticas en la actualidad.

Una segunda cuestión que no puede dejarse de lado – y sobre la que avanzaré con mayor detalle en la segunda parte de este artículo – tiene que ver con las nuevas exigencias que se generan a los litigantes en términos de presentación de los casos, producción y control de la información. A riesgo de simplificar en demasía, me atrevo a sostener que el sistema que abandonamos con la reforma tenía una base muy fuerte en el trabajo argumentativo de los abogados, en tanto el nuevo sistema exige que la base de las decisiones esté dada por la información efectivamente producida en el juicio. Esto así por los diferentes entornos de condiciones propios de cada uno de los sistemas en cuestión: en tanto hemos abandonado el expediente como método de trabajo que obligaba a los abogados a realizar una valoración completa del caso en cada escrito que presentaban, el nuevo sistema genera la necesidad de trabajar en las audiencias “pasando desapercibidos en cuanto litigantes”; es decir: genera la obligación de poner en el centro a la prueba, producir y controlar la información y dejar en los jueces – sean estos técnicos o populares – la labor de análisis y valoración de la información producida **por la prueba** y no las argumentaciones esgrimidas por los abogados.

El andar de un año del nuevo CPP neuquino, las experiencias cotidianas, las sentencias ocurridas, las destrezas de litigación observadas y las consecuencias de ese conjunto de factores sumado a cuestiones de toda índole que influyen en el transcurrir de los procesos

penales, me convence cada día con más certeza de que el cambio de método, estudio y planificación del trabajo que se impone a nosotros, los abogados, es de tal magnitud que aún quienes estamos absolutamente convencidos de las bondades de la reforma y creemos firmemente que tenemos una lectura de la normativa que apunta a la implementación completa de un sistema que respete el debido proceso en los términos diseñados por los pactos internacionales de derechos humanos, nuestra constitución nacional y provincial, nos vemos traicionados a nosotros mismos reflexionando todavía algunos temas en la clave de nuestra propia formación académica, ligada a un proceso judicial autoritario, de controles disciplinares, escrito, burocrático y en muchos aspectos contrario a los fines de cumplimiento del debido proceso real.

Por ello, creo que es sumamente necesario para todos estar abiertos a la reflexión y el debate, en términos respetuosos y asumiendo que en este nuevo andar que hemos encarado, son más las dudas que las certezas y es nuestra obligación como agentes comprometidos con el cambio estudiar críticamente, observar las experiencias de quienes tienen una mayor tradición en estas temáticas y asumir que estamos todavía iniciando un largo camino a recorrer.

3. La Sentencia 01/2015 del Tribunal de Impugnación. Un análisis posible y las consecuencias de la misma.

La importancia de la Sentencia 01/2015 para el desarrollo de este texto radica en que se trata de la primera decisión del Tribunal de Impugnación que anula un veredicto de culpabilidad y decide absolver a una persona originalmente condenada por el jurado popular interviniente en el juicio de responsabilidad. Por ello, el análisis que se presenta a continuación se centrará en esa cuestión específica de la Sentencia y no en todo su contenido ni en la resolución del resto de los agravios.

3.1. La impugnación concreta y la decisión del T.I. al respecto

En términos muy sintéticos, la impugnación interpuesta solicita la anulación del veredicto de culpable en función a que la prueba producida en el juicio no fue suficiente para llegar, más allá de toda duda razonable, a dicha decisión. Esto se afirma debido a que para probar la acusación, el ministerio público fiscal llevó a juicio a tres testigos que, además de tener bajas condiciones de visibilidad para realizar una identificación positiva, tuvieron contradicciones entre sí en cuanto a la identificación del acusado en cuestión y, adicionalmente, ninguno indicó en forma directa que la persona que participó en el hecho era la persona acusada en el juicio. Adicionalmente, la defensa afirma que tampoco pudo acreditarse que la moto en poder de su defendido fue la utilizada en el hecho, ya que no se encontró en la misma ningún rastro de sangre (siendo que una de las personas que se movilizó en la moto el día del hecho estaba herida en una pierna y sangrando a consecuencia de ello).

Para verificar la existencia o no de razón en lo sostenido por la defensa, el Tribunal de Impugnación decide observar los tres testimonios cuestionados, haciendo uso del registro de audio video del juicio de responsabilidad en que se produjeron. En el desarrollo de la Sentencia el T.I. señala los días en que compareció cada uno de los testigos, el número de video y minuto específico en que se encuentra la declaración de cada uno y sintetiza el contenido de los dichos de los testigos cuestionados.

Sobre el punto, el T.I. concluye que “el veredicto de culpabilidad de CARDOZO no se ajusta ni superó dicho estándar probatorio de duda razonable, por cuanto resulta procedente el agravio deducido por la quejosa en cuanto al alejamiento del mismo de las probanzas producidas en debate, o en términos más simples, en la orfandad de la prueba de cargo que se tuvo en cuenta para concluir en la condena. En tal sentido, debo señalar que los testimonios reseñados y que fueron producidos en debate no tienen la certeza necesaria para el dictado del veredicto de culpabilidad”. Seguidamente realiza una transcripción de las instrucciones específicas dadas al jurado con relación a cada uno de los acusados presentes en el juicio y, en el párrafo siguiente, continúa explicando “Que de la observación de la videofilmación de dichas probanzas (refiriéndose a los tres testigos cuestionados) se advierte que, contrariamente a lo argumentado por la acusación, ninguno de los tres testigos estaba seguro de haber visto a CARDOZO conduciendo la motocicleta y trasladando a una persona herida en la parte posterior de la misma. No sólo no están seguros – porque pasaron rápido, porque usaban casco, etc. – sino que discrepan sobre quién fue la persona que habría identificado a CARDOZO y se contradicen entre ellos sobre tal cuestión. Mientras el testigo VARGAS sostiene que no lo vio y que cree que fue HERNÁNDEZ quien lo dijo, el mismo NICOLÁS HERNÁNDEZ rechaza haber sido él y sin certeza alguna entiende que fue GONZALVEZ, pero éste afirma que quien le pareció verlo fue HERNÁNDEZ. Un total ‘teléfono descompuesto’ producido en audiencia y que si bien el acusador procuró justificar en circunstancias de nerviosismo o temor de los testigos, lo cierto es que desistió en juicio de practicar careos entre los mismos, por lo que tan solo tal contradictoria prueba constituye la base de cargo en contra de CARDOZO. No sólo no puede sostenerse quien fue la persona que dijo haber visto al acusado, sino que los tres son contestes además, en que resultaba casi imposible hacerlo ya que atravesaron la plaza a gran velocidad, eran cuatro personas, que al menos quienes conducían – participación criminal atribuida por la acusación en contra de CARDOZO – usaban cascos que cubrían la cara, que dijeron que estaban de espaldas o de costado. Por el contrario, no resulta acreditada la circunstancia de oscuridad o falta de iluminación reseñada por el recurrente, aunque ello nada aporta o resta para la conclusión anterior.

Habida cuenta de ello, y en concordancia con el principio de duda razonable que fuera explicado por la jueza técnica del juicio, debo concluir que conforme la citada prueba testimonial producida un jurado popular razonable no pudo tener certeza que DENIS CARDOZO...” En función a ello el T. I. decide anular parcialmente el veredicto del jurado popular (en lo referido exclusivamente con el acusado Cardozo) y absolver al recurrente.

3.2. Las consecuencias de la decisión

Lo evidente al inicio: la consecuencia concreta para el caso es la absolución y libertad del recurrente Cardozo. Ahora bien, en función a lo mencionado al comienzo sobre el nuevo sistema de impugnación y también a la mirada desde la que se desarrolla la argumentación en la propia Sentencia – sobre la que iré en detalle en este apartado – esta decisión genera también decisiones hacia atrás: para casos ya resueltos que tengan una similitud en cuanto a la prueba sobre la que se condenó; y genera decisiones hacia delante: para casos que quieran ser llevados a juicio en los que la prueba propuesta tenga características similares a la que se produjo en la audiencia de responsabilidad y fue descartada por insuficiente por parte del Tribunal de Impugnación.

Avancemos en primer término en lo referido a la mirada desde la que se argumenta la decisión en la Sentencia. En el desarrollo de la decisión, se hacen varias referencias específicas al sistema del commonlaw – referencia obligada prácticamente, ya que es allí

donde se cuenta con la mayor experiencia observable en cuanto a la dinámica de la impugnación en procesos adversariales con intervención del jurado popular – y a la construcción del estándar concreto implicado en la frase “más allá de toda duda razonable”. Se utiliza también como uno de los autores de soporte en la construcción de la decisión a Nicolás Schiavo en dos textos de su autoría: la ponencia “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado” y el libro “Valoración racional de la prueba en materia penal”, (Ed. Del Puerto). Me interesa señalar específicamente el uso de Schiavo porque asumo que los integrantes del Tribunal de Impugnación que han decidido este caso coinciden con su posición con relación a las implicancias en cuanto al sistema de valoración de la prueba y la obligación de contar con estándares objetivos previos, “grados de prueba” (SP es la abreviatura utilizada por Schiavo) debajo de los cuales no es constitucionalmente admisible permitir un pronunciamiento condenatorio.

Lo interesante de aquel planteo de Schiavo, es que su insistencia permanente a lo largo de los dos textos utilizados en la Sentencia, está puesto en la obligación *anterior* a los juicios de valor que realicen jurados populares o jueces técnicos en cuanto a la prueba. En sus propias palabras: *“cabe afirmar que la fijación de un SP sobre la base de ‘razones’ posteriores destinadas a sustentar el juicio de valoración que descansa en la ‘convicción’ de quien lo emite, en realidad no implica ningún estándar. La llamada ‘fundamentación’ de la ‘valoración’ como juicio ex post, no es una regla de valoración, ni permite un juicio de control de ella, en la medida que no existan estándares ex ante fijados que habiliten su imposición²”*.

Siguiendo ese razonamiento podríamos afirmar que la explicación (fundamentación) que realiza cualquier tribunal en cuanto a por qué considera que una prueba es o no es creíble y suficiente para condenar a una persona, carece de importancia en términos de cumplimiento de las garantías si previamente a la incorporación de esa prueba no existió algún tipo de criterio objetivo que permitiera evaluar si, con su sola existencia, era suficiente para permitir avanzar en un juicio contra una persona en el que eventualmente podría resultar condenada. Podemos comenzar a ver que uno de **los momentos importantes** en términos de incorporación y valoración de la prueba estará, entonces, en la admisibilidad de la misma ya que es allí donde se podrá discutir si existe, en definitiva, “un caso” en términos penales: un hecho sucedido en el pasado, que tenga significancia en el mundo de lo penal – constituya un delito – y en el que la acusación cuente con **prueba suficiente** para demostrar la responsabilidad en un juicio. Quienes estén familiarizados con la estructura del nuevo proceso neuquino, seguramente me acompañarán pensando que sobre esa base, un gran momento de discusión de estos temas está mucho antes que en la impugnación: en la audiencia de control de la acusación regulada por el Art. 168 del CPP.

Ahora bien, ¿de dónde salen esos criterios objetivos o “grados de prueba”? En algunos casos serán fórmulas propias de la normativa, como por ejemplo cuando el Art. 190 del CPP neuquino impone la prohibición de declarar en el caso de quienes según la ley deban guardar secreto, que impide llevarlos a juicio como testigos a menos que sean liberados de su obligación por el propio interesado. Si alguien contemplado por el secreto hubiera sido llevado a juicio como testigo y su declaración hubiera sido fundamental como base de una condena, esta situación permitiría a un tribunal de revisión revertir la decisión basados a la prohibición previa que existía de admitir esa declaración como prueba para una condena. Una situación similar puede presentarse de acuerdo a la regulación del

² Valoración racional de la prueba en materia penal. Nicolás Schiavo. Editores del Puerto, 2012. Pág.5

mismo Art. 190 del CPP con las personas que sin tener una obligación de abstenerse tienen la facultad de no declarar (cónyuge o conviviente del imputado, ligados por especiales vínculos de afecto, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad), si llevadas a declarar no hubiesen sido advertidas previamente a iniciar su declaración sobre la posibilidad que les da la ley de no decir nada.

En otros casos serán estándares que se irán construyendo judicialmente sobre la base del análisis profundo de las exigencias probatorias mínimas constitucionales existentes para poder llevar un caso a juicio y solicitar una condena³.

En este segundo ámbito, el de la construcción de estándares a partir de las decisiones jurisdiccionales, creo que radica gran parte del trabajo del Tribunal de Impugnación, en función a que será ese organismo el que en definitiva avance en la configuración de “cuánta prueba y de qué calidad se necesita” y “cómo se deciden los casos”. ¿Cómo se dará ese avance? Asumiendo que cada una de las decisiones que tome en términos probatorios influye, como hemos dicho al inicio, las futuras decisiones sobre la admisión de casos a juicio en función a la prueba ofrecida.

Volvamos a este caso concreto: el T.I. establece que no considera suficiente para condenar a una persona la existencia de estos tres testigos que son cuestionados en función a tres factores específicos:

1. Que no hay seguridad en su declaración con relación a la identificación del acusado (*“ninguno de los tres testigos estaba seguro de haber visto a CARDOZO conduciendo la motocicleta y trasladando a una persona herida en la parte posterior de la misma”*);
2. Que discrepan en la identificación de la persona puntual que identificó al acusado (*“discrepan sobre quién fue la persona que habría identificado a CARDOZO”*); y
3. Se contradicen entre ellos sobre ese tema, central en su declaración (*“y se contradicen entre ellos sobre tal cuestión”*).

Si salimos de la resolución puntual y miramos la decisión en términos generales, podemos afirmar que una vez dada la sentencia, ella comienza a configurar un nuevo estándar objetivo para analizar la admisibilidad de la prueba en los casos penales. Este estándar establece que ningún caso que pretenda ser probado con tres testigos que no son seguros, discrepan en la identificación del presunto responsable y tienen contradicciones entre sí, puede ser admitido para ser llevado a juicio penal.

Como decía al inicio, la consecuencia “hacia adelante” en el tiempo será que los defensores podrán utilizar este argumento, a partir del estándar creado por el Tribunal de Impugnación, para oponerse al avance de los casos a juicio cuando la prueba ofrecida esté en el marco de lo establecido en la Sentencia en análisis. A la vez, la consecuencia “hacia atrás” será la habilitación de la revisión extraordinaria de los casos en los que

³ Schiavo expone con mucho detalle en la obra ya citada el derrotero de la construcción de estándares como el de *la cientificidad del dictamen pericial*, el *simple testimonio*, el *testigo de oídas*, donde puede observarse a través de las citas jurisprudenciales que va incorporando en el desarrollo de su exposición cómo son los propios tribunales los que van analizando las situaciones fácticas y estableciendo ciertas previsiones para la admisión de las pruebas en cuestión que en definitiva terminan incorporándose a la práctica judicial como estándares de admisibilidad de la prueba. (Págs. 18 a 38)

exista efectivamente una condena que se ha basado en prueba comprendida por el estándar.

Evidentemente los procesos judiciales no son matemática y no siempre se tendrá una certeza completa sobre la declaración que realizarán los testigos una vez llevados a juicio. Sin embargo existen situaciones en las que sí se sabe la limitación en cuanto a la información que pueden dar los testigos: el caso decidido por el Tribunal de Impugnación que motiva este artículo es un ejemplo concreto en cuanto el defensor mantuvo siempre con relación a su defendido que la prueba era insuficiente para la condena por los motivos que finalmente llevan al Tribunal de Impugnación a establecer la nulidad del veredicto y disponer la absolución de Cardozo. Ello implica que si se asume que esta decisión establece un estándar en términos de admisibilidad probatoria para autorizar que un caso pase a juicio, la próxima vez que exista un Cardozo en primer lugar la acusación deberá analizar si es o no conveniente intentar llegar a un juicio, existiendo una probabilidad alta de que sea discutida la suficiencia de la prueba para alcanzar ese momento; en segundo lugar, en los casos en que la acusación decida de todas maneras presentar el caso, su defensor podrá discutir la insuficiencia probatoria en la audiencia de control de la acusación y solicitar en ese momento el sobreseimiento de su defendido por carecer la acusación de prueba suficiente y, en tercer lugar, que el juez de garantías deberá tomar en cuenta esta decisión del Tribunal de Impugnación como un estándar objetivo para definir la admisibilidad de la prueba y, en caso de ir contra el mismo, justificar por qué, en el caso concreto, se justifica el apartamiento de la decisión ya tomada por el Tribunal de Impugnación. En definitiva, independientemente del acuerdo o desacuerdo que nos signifique en términos personales la decisión del T.I., considero que no podemos obviar que la misma existe y cuando se den casos análogos el sistema penal en su conjunto debe actuar en función a ella, en lugar de hacerle pasar al acusado, su familia y sus cercanos por la traumática situación de enfrentar un juicio penal. Y no está de más decirlo: evitando también el enorme costo en términos de recursos humanos, económicos y temporales que tiene la realización de un juicio por jurados o un juicio con tribunal técnico en su caso.

3.3. *El análisis de la decisión*

Si tuviera que responder en forma breve cuál es el sentido de estandarizar y respetar las decisiones que se van tomando por los organismos de revisión, estar al tanto de las exigencias que se van construyendo para posibilitar que los casos vayan a juicio efectivamente, diría que se trata principalmente de generar un sistema con un grado de predictibilidad suficiente como para garantizarnos que no existirán condenas erróneas. Por ello, mi traducción personal de la decisión concreta en análisis en este artículo es la siguiente: el Tribunal de Impugnación ha entendido que cuando se dé un caso en que la prueba de cargo consista sólo en tres testigos inseguros, con discrepancias y contradicciones entre ellos, existe un riesgo tan alto de condenar en forma errónea a una persona que no es posible admitir que esa haya sido la única base de una sentencia condenatoria.

A primera vista, puede resultar un mandato interesante, razonado, razonable y atractivo para avanzar hacia un sistema de investigación más profesional y un sistema penal menos arbitrario. Sin embargo, creo que es obligación también – si seguimos en el contexto de la importancia de generar ciertos criterios objetivos que disminuyan cada vez más las posibilidades de arbitrariedad que se esconden siempre en la subjetividad de “lo

pienso porque pienso que es así” – analizar la forma en que el Tribunal de Impugnación llega a esta decisión y verificar en función a ello si la misma es o no sostenible.

Dos son los temas centrales que, a mi criterio, vuelven la decisión del Tribunal de Impugnación particularmente pasible de un análisis minucioso y detallado:

- Por una parte, para llegar a la conclusión a la que arriban, los integrantes del Tribunal ingresaron en uno de los terreros más sensibles en la impugnación de una sentencia originada en un juicio por jurados: volvieron a valorar la prueba que tuvo a la vista el jurado para dar su veredicto;
- La segunda cuestión que genera necesidad de análisis es el tipo de prueba que analizan, la prueba testimonial. Volviendo a la cuestión de la “necesidad de objetividad” versus las subjetividades presentes en un proceso judicial, podemos constatar las dificultades del examen de la prueba testimonial. A diferencia de lo que ocurre con la prueba “material” (pruebas físicas tales como fotografías, objetos diversos que se introducen en los juicios, etc.) donde el juez entra en contacto directo con la misma y, en definitiva, valora lo que percibe directamente a través de sus propios sentidos, en el caso de la prueba “testimonial” lo que el juez percibirá es la declaración de una persona cuya subjetividad también entra en juego. Es decir: si un juez mira una foto, puede ver en forma directa que Juan está saliendo de la casa de José en la foto (y si hubiese una equivocación en su identificación, sería directa, del propio juez que pensó estar viendo a Juan cuando en realidad se trataba de Pedro); en el caso de un juez que escucha a un testigo relatar que vio a Juan saliendo a la casa de José, la subjetividad de ese testigo en el relato, la posibilidad concreta y real de haber identificado a Juan, el contexto en el que se produce esa identificación y el relato posterior, en definitiva la credibilidad del relato que realiza el testigo, pasan a ser una cuestión mucho más compleja de valorar por parte del juez⁴.

Sobre estas dos cuestiones avanzaré en los próximos apartados.

3.3.1. *Volver a valorar la prueba que vio el jurado*

Es indiscutible lo novedoso de esta cuestión en nuestros sistemas judiciales. Independientemente de los seminarios y conferencias que se hayan realizado y en que hayamos tenido la oportunidad de participar sobre el juicio por jurados, su necesidad, el respeto por la Constitución Nacional y una serie incontable de temáticas vinculadas a la lucha juradista argentina, lo cierto es que Neuquén está transitando las primeras experiencias de compatibilizar un sistema recursivo con un mandato de amplitud e integralidad, con un sistema adversarial estructurado con el objetivo de respetar el derecho de la ciudadanía de decidir en el ámbito judicial. Me pregunto si Andrés Harfuch – uno de los juradistas más militantes de este bello país – soñó alguna vez que sería tantas veces citado en las sentencias de algún Tribunal de Impugnación de la República Argentina. Me pregunto también si cuando mencionó que *el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en el juicio común y la única diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición*, tal como se referencia en la Sentencia 01/2015, quiso decir que el Tribunal de Impugnación tenía una habilitación

⁴ Un ejemplo similar al que se brinda es enunciado en la obra *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. David A. Shum. Northwestern University Press, 2001. Pág 101.

amplia y completa para volver a valorar la prueba que ya ha sido valorada por el jurado. Adelanto que estoy en completo desacuerdo con esa idea y que interpreto esa afirmación de Harfuch con más peso en su segunda parte que en la primera. Es decir: la metodología de interposición y litigación propia de la impugnación en un juicio por jurados establece una serie de variables no presentes en la impugnación común que tenemos que empezar a reflexionar e instalar para vincular el derecho del acusado a una revisión amplia con la obligación técnica del defensor de hacer un trabajo de calidad⁵.

A partir de aquí seguiré en mucho un texto canadiense⁶ que hemos traducido desde la Escuela de Capacitación, ya que en la búsqueda de materiales específicos sobre la temática ha sido lo más completo que logramos encontrar para contribuir al debate y considero que aporta mucha reflexión al presente caso⁷. El dato que arroja el texto en mención – que ha sido expuesto en una nota institucional del Fiscal General de Neuquén – da una primera impresión de la cautela con que hay que manejarse en este terreno: “*En Canadá, dar vuelta el veredicto de un jurado es difícil, y prácticamente imposible por razones de errores fácticos. Una revisión no científica de 47 apelaciones de juicios por jurados entre 1975 y 2012 revela que 30 de las 47 decisiones resultaron en una confirmación del veredicto del jurado. El resultado es particularmente alto para apelaciones sobre la base de un veredicto irrazonable o veredicto no basado en la evidencia producida, donde en 10 de 13 casos el veredicto fue confirmado. Para errores relacionados con las instrucciones al jurado, el veredicto fue confirmado en 19 de 33 casos*”⁸ (el destacado me pertenece). Incluso el artículo parte relatando como ejemplo concreto la revocación de un caso realizada por la Corte Suprema de Justicia de Canadá, donde la Corte de Apelaciones nulificó un veredicto brindado por un jurado – y ordenó un nuevo juicio – por considerar que un jurado debería haber escuchado una posible defensa que no se presentó en el momento del juicio. La Corte Suprema, contrariamente a la Corte de Apelaciones, consideró que más allá de que la defensa no había sido presentada originalmente en el juicio, la misma carecía de un mínimo *aire de realidad* y por tanto no correspondía anular el veredicto y ordenar un nuevo juicio por jurados. Si bien el caso es bastante distinto al que analizamos, me parece importante observar el cuidado con que estas decisiones deben ser estudiadas.

En el caso de la sentencia 01/2015, encuentro que el problema central que se presenta es que el Tribunal de Impugnación realiza una nueva valoración de la prueba presentada en el juicio por jurados y sobre esa nueva valoración concluye en forma diferente al jurado original. En tanto el jurado concluyó que Cardozo era responsable penalmente por el

⁵ Yéndonos un poco del tema específico de la impugnación y el juicio por jurados, nuestro sistema recursivo – no el neuquino en exclusividad, sino nuestras prácticas forenses a nivel nacional, quizá incluso latinoamericano, con relación a los recursos – presenta tantas distorsiones y excesos en su utilización a partir de la “revisión amplia” argumentada más como un mantra que como un estándar técnico que debe ser acreditado para luego proceder a cubrirlo, que personalmente mi expectativa está puesta en construir un sistema específico de impugnación en el ámbito del juicio por jurados que en no mucho tiempo hacia adelante nos permita dar vuelta la afirmación de Harfuch y sostener que *el recurso en el juicio con tribunales técnicos no difiere en nada con el recurso en el juicio por jurados y la única diferencia se encuentra en la metodología de litigación y en su interposición.*

⁶ “The Appeal of a Criminal Jury Trial: Why the Supreme Court of Canada Treads Carefully Around Jurors’ Toes (And Appeal Courts should too!)” Nicole Duval Hesler, Chief Justice of Quebec, 2012. McGill University.

⁷ El texto original puede ser encontrado en el siguiente link:

https://docs.google.com/file/d/0B4BxPwVpg_uVOFFwTIBWYzdpeFk/edit y la traducción realizada por la Escuela en este otro: https://docs.google.com/file/d/0B4BxPwVpg_uVaGZsTIVyVEozeVU/edit Última visita a ambos links: 18/02/2015.

⁸ “The Appeal of a Criminal Jury Trial: Why the Supreme Court of Canada Treads Carefully Around Jurors’ Toes (And Appeal Courts should too!)” Página 3 en la traducción.

hecho que se le atribuya, el Tribunal de Impugnación concluye que la prueba no es suficiente para alcanzar un veredicto de condena más allá de toda duda razonable. Se presentan aquí, a mi entender, dos cuestiones a analizar: la primera es la posibilidad de realizar la nueva valoración por parte del Tribunal de Impugnación y la segunda es el método utilizado para realizar esa nueva valoración y los contrastes con el método impuesto al jurado a través de las instrucciones.

He dicho líneas arriba que considero que la impugnación se vincula principalmente con la necesidad de generar un sistema con un grado de predictibilidad suficiente como para garantizarnos que no existirán condenas erróneas. En ese contexto, asumo que puede darse excepcionalmente un caso en el que el Tribunal de Impugnación deba ingresar a ver el contenido de la prueba que tuvo a la vista el jurado para determinar si hubo allí una manifiesta arbitrariedad en el veredicto finalmente brindado. Puede verse que asumo eso con dos condiciones: la excepcionalidad y la evidencia en la decisión arbitraria.

En un sistema tradicionalmente construido por jueces técnicos en el que los jurados populares aparecen como una novedad aún difícil de digerir para no pocos actores, la pregunta es inevitable ¿debe existir algún tipo de tratamiento diferente o respeto particular al resultado del juicio por jurados con relación a un tribunal técnico? Imagino a varios jueces amigos – con quienes tengo el privilegio de compartir muchas de estas ideas – adelantándose rápidamente para darme el catálogo de razones por las que el resultado de un juicio con jurado popular tiene que tener exactamente el mismo tratamiento que el resultado de un juicio con tribunal técnico, vinculadas esencialmente con el derecho de toda persona condenada a tener la revisión de su condena. En ese sentido, acordaremos sin dudas. Sin embargo no debemos perder de vista dos cuestiones que aún son extrañas a nuestro razonamiento judicial: la legitimidad del jurado es muy distinta a la legitimidad de un tribunal técnico; en el mismo sentido, la segunda cuestión a considerar es que quien revisa la decisión de un jurado es, justamente, un tribunal técnico caracterizado por esa “distinta legitimidad” para su accionar. Es necesario aclarar en este punto que no tengo intenciones de discutir “cantidades” de legitimidad. No estoy diciendo aquí que un jurado es “más” legítimo que un tribunal técnico sino que, como se verá a continuación, hablo de diferentes factores que legitiman a una y otra modalidad en el ejercicio del juzgamiento y, en el caso del Tribunal de Impugnación, las revisiones.

Nicole Duval Hesler, en el texto que vengo siguiendo, refiere dos aspectos de fundamental importancia para diferenciar la legitimidad del jurado: la capacidad de determinar los hechos que posee el jurado y la legitimidad democrática del mismo. Podemos ver que en el primero de los casos estamos ante un aspecto de carácter más instrumental, en tanto se refiere específicamente a la labor del jurado al interior de un juicio concreto y la forma de ejecución de esa labor. En tanto que cuando se refiere a la legitimidad democrática pasa a desarrollar un plano más político con relación a las razones por las cuales el resultado de un juicio por jurados debe ser respetado en forma particular. Dejaré de lado el segundo aspecto no por considerarlo menor – es totalmente evidente mi compromiso con el jurado y mi acuerdo con que las decisiones tomadas por un organismo absolutamente independiente del Estado son, aun cuando no acordemos con las mismas, las de mayor calidad que podemos obtener en el ámbito de lo público – sino porque creo que es la cuestión más debatida en lo que respecta a la implementación del juicio por jurados ya que es la que nos pone a los abogados en nuestra zona de confort: la argumentación sobre los pro y los contra – nunca está de más recordarlo – de un mandato constitucional que data de 1853.

Sí me referiré a lo que denomino el aspecto instrumental porque me parece que es clave para reflexionar sobre lo decidido por el Tribunal de Impugnación en la Sentencia 01/2015 con relación a la prueba contra Cardozo.

Dice Nicole Duval Hesler al respecto: *“Los jurados son percibidos como particularmente buenos en determinación de los hechos por dos razones principales. En primer lugar, ya que el jurado está compuesto por doce personas comunes, de todas las clases de vida, que representan una mucha más amplia gama de experiencia y conocimiento con relación a un único juez. En segundo lugar, la dinámica de grupo da una mayor capacidad para recordar información y llevar a cabo un examen más completo de las pruebas mediante el intercambio sobre los elementos de la evidencia. La creencia en la capacidad de investigación del jurado subyace en su papel como juez de los hechos. Como resultado, los tribunales prestan especial deferencia a la determinación de hechos del jurado, una realidad reflejada en la jurisprudencia sobre veredictos irrazonables y veredictos no respaldados por la evidencia”*. Dos temas aparecen aquí mencionados: la diversidad de experiencia de vida con que el jurado verá el caso y la dinámica de grupo que posibilita una discusión de 12 personas.

Con relación al primer punto, nótese la regulación normativa de nuestro CPP, que entre los Arts. 43 y 47 establece una posibilidad amplísima en cuanto a las personas que pueden ser sorteadas del padrón electoral para participar eventualmente como jurados en un caso penal; y en el Art. 198.6 ha establecido específicamente, para los casos concretos **“Integración Plural. El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes”**. De hecho previamente a cada juicio por jurados se realiza una audiencia específica de selección del jurado en la que el objetivo principal es lograr dejar constituido a un jurado de 12 personas que puedan valorar la prueba que se les presente en forma imparcial y que puedan considerarse bajo ese mandato de “integración plural” al que se refiere el CPP⁹.

A diferencia de lo que sucede con los jurados populares, en el caso de los tribunales técnicos en primer lugar no podemos obviar que se trata de un cuerpo profesional estable (abogados nombrados para ejercer la función de jueces o juezas con permanencia en la función hasta que decidan renunciar, jubilarse o sean enjuiciados por mal desempeño en sus funciones) y que pese a funcionar en colegios (lo cual posibilita una mayor combinación de jueces para integrar los tribunales específicos) la conformación de los tribunales cuando deben ser colegiados en juicio y en todos los casos en impugnación obedece a criterios de equilibrio en las cargas de trabajo y optimización en el uso de los recursos humanos¹⁰. No se realiza una integración de los tres miembros del tribunal pensando que haya un equilibrio en cuanto a género, edades, procedencias, posibilidad de comprensión del contexto, entornos sociales y culturales, sino que se integra sobre la

⁹ Es interesante en este punto constatar cómo los propios abogados particulares van identificando los nuevos desafíos técnicos que genera el sistema. En la entrevista realizada por Fuera del Expediente al Dr. Juan Coto (<https://www.youtube.com/watch?v=jpHoxKhb7QE> última visita 18/01/2015) uno de los temas que él refiere es cómo este año de implementación le ha permitido identificar la importancia de la selección del jurado como parte de la estrategia propia de litigación de un caso.

¹⁰ Concretamente, de acuerdo al Protocolo de Asignación de Audiencias a Jueces – PR OFIJU 0002 – la metodología de asignación de audiencias debe procurar “una distribución de trabajo razonable, objetiva y equitativa”.

base de equilibrar el trabajo. Evidentemente es imposible conformar tribunales técnicos respetando toda esa serie de criterios que acercaría más – al menos entiendo que el legislador ha mandado la integración plural posibilitando una visión más amplia y certera de los casos – al tribunal con el caso a decidir en términos de comprensión – no de parcialidad –. Adicionalmente a lo dicho, si observamos las experiencias y vidas de los jueces y juezas de la provincia – cuestión observable a través de sus procesos de selección en el Consejo de la Magistratura, no se crea que estoy promoviendo una revista paparazzi judicial – presumo que constataremos que tienen más similitudes que diversidades en sus experiencias previas profesionales, de vida y culturales. ¿Esto es malo? Por supuesto que no. Pero sí creo que es un factor a considerar a la hora de pensar quién tiene más herramientas a tiempo de juzgar la prueba de un caso: ¿un jurado integrado por única vez, en forma azarosa, con el control de las partes en la audiencia de selección y una integración plural de sus miembros? ¿o tres profesionales estables, con tradiciones culturales bastante parecidas, con objetivos de vida también similares – al menos en el plano profesional – y acostumbrados a hacer una y otra vez exactamente el mismo trabajo? Personalmente no tengo dudas de la mayor cantidad de herramientas con que cuenta un jurado a la hora de valorar un caso penal.

La segunda cuestión tampoco parece de menor orden: la dinámica que produce la discusión entre doce personas y las posibilidades de resultado en ese contexto, versus la dinámica producida por la discusión entre tres profesionales estables del sistema penal. En relación a este tema el texto de Nicole Duval Hesler menciona que “(...) *la Corte Suprema ha hecho hincapié en que el Tribunal de Apelación no puede limitarse a sustituir su propia apreciación de los hechos por la realizada por el jurado. La prueba para un veredicto irrazonable es declarada por Pigeon J., hablando en nombre de la mayoría en Corbett v R: ‘Como se ha señalado anteriormente, la cuestión es si el veredicto es o no es razonable, no si es injustificado. La función de la Corte no es sustituir al jurado, sino decidir si el veredicto alcanzado podría haber sido razonablemente tomado por un jurado debidamente instruido, actuando de acuerdo a la ley.’ Si bien este enfoque se justifica sobre la base de respeto general al juez de los hechos, ya sea juez técnico o jurado, la Corte también señala que las ‘cualidades especiales’ de los jurados en el asunto: ‘Un último factor que el tribunal de apelación debe tener en cuenta para la revisión del veredicto irrazonable, es que el jurado puede traer a la difícil empresa de determinar cuál es la verdad cualidades especiales, que los tribunales de apelación pueden no compartir.* (R. v. François, [1994] 2 S.C.R. 827.)”

Al leer por primera vez el texto de referencia, una de las afirmaciones que más llamó mi atención en términos del cambio mental que se precisa en nuestros sistemas procesales fue la que refiere que **“el Tribunal de Apelación no puede limitarse a sustituir su propia apreciación de los hechos por la realizada por el jurado”**. Interpreto a partir de ello que no es tarea del tribunal revisor – o al menos no es una tarea que deba realizar en forma frecuente – la de volver a analizar lo que tuvo en análisis el jurado; en términos concretos esto me lleva a afirmar que no debe ser nunca una cuestión asumida como “común”, la de volver a valorar la prueba presentada ante el jurado y “verificar” si hay acuerdo o no en el resultado al que el jurado llegó originalmente. La cita jurisprudencial que se realiza refuerza esa posición: **“La función de la Corte no es sustituir al jurado, sino decidir si el veredicto alcanzado podría haber sido razonablemente tomado por un jurado debidamente instruido, actuando de acuerdo a la ley”**. Me resulta particularmente llamativo – y creo que es EL tema sobre el que debemos reflexionar – la última parte de la afirmación, en que se vincula la posibilidad de decisión razonable a la luz de una instrucción dada debidamente y una actuación de acuerdo a la ley, porque

entiendo que ello implica que la tarea del tribunal revisor debe orientarse ante todo y primordialmente a la verificación de la actuación del juez del derecho que intervino en el juicio por jurados en cuanto a las instrucciones que brindó, si las mismas fueron legalmente adecuadas y si permitieron al jurado popular un debate y deliberación que habilite asumir que la decisión tomada ha sido dada más allá de toda duda razonable.

No se trata entonces, en primer término, de evaluar la prueba que tuvo en cuenta el jurado, valorarla y contrastar la valoración propia con la valoración dada por el jurado. Sino que antes bien se trata de evaluar las instrucciones dadas al jurado, verificar su corrección normativa y discutir si las mismas fueron suficientes para posibilitar una decisión razonable. No lo entiende así el Tribunal de Impugnación, que afirma en su decisión *“Sobre el tópico he de señalar que esta labor de ponderar si la prueba producida en juicio y que fuera valorada por el jurado popular para concluir más allá de toda duda razonable en la culpabilidad del condenado, ya ha sido desarrollada por el Tribunal de Impugnación Provincial en otros casos y más allá que no fuera controvertido por el Ministerio Público Fiscal, constituye una labor admisible y necesaria para cumplir con la garantía de doble conforme que exige una revisión integral y amplia de la sentencia condenatoria – y que, en supuestos como el presente, incluye el veredicto de culpabilidad (Art. 236 del CPPN)”*¹¹. Esta afirmación lleva a pensar que “volver a valorar la prueba” puede convertirse en una tarea habitual del Tribunal de Impugnación y puede llegar a ser considerada por dicho organismo como una forma efectiva de garantizar el doble conforme. En total independencia de la satisfacción o insatisfacción que me produzca esta decisión puntual de la Sentencia 01/2015, debo manifestar que estoy en total desacuerdo con las consecuencias más allá del caso puntual. En primer término baso mi desacuerdo en lo mencionado al referirme a las reales posibilidades de valoración de un jurado integrado por 12 ciudadanos y ciudadanas que son particularmente seleccionados para un caso puntual, con una obligación legal de garantizar pluralidad en su composición versus las posibilidades de un tribunal técnico. Creo que en este punto, y asumiendo el grado de subjetividad inevitable con el que se valora la prueba que es traída a un juicio, es casi necio considerar que tres jueces técnicos pueden llegar a tener algún tipo de poder especial para ver la prueba en “mejor forma” que 12 ciudadanos y ciudadanas¹².

En segundo lugar, porque coincido con Schiavo en que una de las tareas centrales en esta materia está dada en términos de procurar el establecimiento de estándares, parámetros objetivos lo más claros posible, que eviten la posibilidad de arbitrariedad que

¹¹ Páginas 16 y 17 de la Sentencia 01/2015

¹² Y así como hace un año atrás se sostenía en forma bastante prejuiciosa que el jurado sería imposible de implementar porque “la gente no estaba preparada” (manifestado esto con diversas variaciones en la oración pero con ese significado común) hoy es bastante común encontrar un nuevo prejuicio en sentido que “el jurado condena”. Es cierto que de 15 juicios por jurados realizados en la provincia sólo dos han hecho lugar a la petición final de la defensa y sólo ha habido un caso de absolución. No es menos cierto que no son pocas las personas que integran el Poder Judicial y conociendo el caso en el que se dio la absolución por parte del jurado afirmaron casi sin temor a equivocarse que aún con las falencias que presentaba el caso, habría sido “difícil” que un tribunal técnico no condenara al acusado dadas las características particulares de repercusión, impacto social y una serie de innumerables etcéteras que rodeaban ese caso puntual. Sería interesante saber si en ese caso el defensor habría preferido la intervención de un tribunal técnico en lugar de un jurado; probablemente no. En definitiva, la inexistencia de esos estándares objetivos previos que delimiten la admisibilidad y forma de producción de la prueba generan siempre la posibilidad de decisiones encontradas, aún en situaciones similares, se trate de jueces técnicos o se trate de jurados populares. No hay aquí diferencias, ya que carecemos en buena parte de un método previo que parametrize en alguna medida qué es lo que podrá valorarse y garantice que cuando un tribunal (sea técnico, sea jurado popular) pase a deliberar, lo haga sobre el piso mínimo que estamos dispuestos a aceptar para considerar que puede definirse la responsabilidad penal de una persona.

hay detrás de las apreciaciones enteramente subjetivas que suponen la valoración de la prueba sin estándares previos sobre los cuales apoyarse a los efectos de saber cuál fue el proceso que llevó a la toma de tal o cual decisión¹³. En definitiva, y recurriendo a palabras de Binder *“le hemos prestado atención a la exposición racional de la construcción del hecho (fundamentación) pero no a la racionalidad de la construcción misma, esto es a la tarea de ir ganando terreno a la objetivación de esa construcción frente a la ineludible presencia de la subjetividad del juez. El énfasis puesto en la fundamentación ha olvidado que no es posible valorar y controlar esa fundamentación si no contamos con criterios objetivos desde donde realizar esa crítica. El esfuerzo de racionalización se diluye, precisamente, a la hora de controlar la decisión más importante. Esto implica, finalmente, que **al momento de controlar las sentencias en lugar de sumar racionalidades sumamos subjetividades.**”*¹⁴ (el resaltado me pertenece). Justamente esos últimos dichos de Binder han significado para mí un disparador específico para escribir este texto, ya que mi sensación es que en el caso de Cardozo puntualmente, como en el resto de los casos donde el Tribunal de Impugnación ha asumido que tiene habilitada la vía de volver a valorar la prueba, es eso lo que ha sucedido: tenemos la subjetividad no fundada del jurado y le sumamos la subjetividad fundada del Tribunal de Impugnación. Ahora, el lugar desde el que han partido cada una de esas instancias para realizar la valoración concreta de la prueba ha sido completamente distinto y, desde mi modesto punto de vista, mucho más alto en términos de estándares previos a la valoración en el caso del jurado popular, cuestión a la que me referiré a continuación.

Si insistimos en la idea de que la importancia de conocer cómo se llega a una determinada conclusión es tanto o más importante que saber por qué se toma esa decisión (contar con estándares mínimos previos de admisibilidad de la prueba, objetivizar en todo lo que se pueda el método y los criterios de incorporación y producción de la evidencia de forma tal de limitar la posibilidad de arbitrariedad en la intervención subjetiva de los jueces), acordaremos en que para saber si una decisión fue correcta resulta más importante saber cómo llegó a juicio la prueba en que esa decisión se sostiene que saber el contenido mismo de la prueba. En el caso concreto de la Sentencia 01/2015 y la decisión sobre los tres testigos, creo – es un terreno muy dificultoso para establecer límites y alcances – que resulta de fundamental importancia saber cómo se instruyó al jurado para su valoración específica, antes de entrar a ver el contenido de las declaraciones de los tres sujetos en cuestión. Y es en este punto donde me genera enormes dificultades de comprensión la decisión tomada por el Tribunal de Impugnación.

¹³ Es interesante retomar las palabras de Schiavo en ese sentido: *“La mirada destinada a perfeccionar los recursos, en lugar de hacerlo con los procesos que conducen a la condena, lleva – por diversos motivos – a que ninguno de ellos satisfaga plenamente el objetivo del proceso penal, en tanto se entienda éste como la adecuación entre la solución alcanzada y el concepto de ‘verdad procesal’. Es decir, la pretensión de que los males del proceso serán corregidos con los bienes del recurso, amén de ser un camino incorrecto, resulta altamente peligroso para las garantías constitucionales involucradas.*

Por cierto que estas afirmaciones en modo alguno implican una restricción del ‘derecho a recurrir’, sino que por el contrario significa asumir que éste únicamente podrá ser ‘amplio’ y ‘eficaz’, en la medida en que se reconfigure al proceso, dotándolo de la mayor legitimidad conceptual, fundamentalmente en el camino que conduce a las sentencias que – posteriormente – serán su objeto.” Valoración racional de la prueba en materia penal. Nicolás Schiavo. Editores del Puerto, 2012. Pág.102

¹⁴ Prólogo de Alberto Binder al libro Valoración racional de la prueba en materia penal. Nicolás Schiavo. Editores del Puerto, 2012. Pág. II y III

Es importante considerar, llegados a este punto, que el jurado no se marcha a deliberar con una indicación genérica al estilo de “tiren la moneda y definan”, sino que dentro de las instrucciones que los jueces del derecho brindan previamente a enviarlos a deliberar, existen un sinnúmero de cuestiones vinculadas con el procedimiento y la forma de ver el caso y deliberar para llegar a un veredicto concreto. Si bien no tengo en mi poder las instrucciones específicas brindadas en este caso que ha resuelto el Tribunal de Impugnación, dado que mi interés está en las instrucciones de carácter general que se brindan en todos los juicios por jurados, tomaré las existentes en el modelo sobre el que todos los jueces han construido las específicas de los juicios en que han intervenido. Concretamente me interesa señalar que entre las instrucciones generales que los jurados reciben, en lo referido a la valoración de la prueba en términos generales y la prueba testimonial en específico, reciben las siguientes indicaciones:

Valoración de la prueba. *A fin de tomar una decisión, ustedes deben considerar cuidadosamente, y con una mente abierta, la totalidad de la prueba presentada durante el juicio. Son ustedes quienes deciden qué prueba es creíble. Pueden encontrar algunas pruebas no confiables o menos confiables que otras. Dependerá exclusivamente de ustedes qué tanto o qué tan poco creerán y confiarán en el testimonio de cualquier testigo o perito.-*

Como ya les dije también, para analizar el caso utilicen el mismo sentido común que usan a diario para saber si las personas con las que se relacionan saben de lo que están hablando y si están diciendo la verdad.

Definición de lo que no es prueba.

Según les expliqué antes, hay ciertas cosas que no son prueba. No deben valorarlas o basarse en las mismas para decidir este caso.

Los alegatos de las partes al comienzo o al final de este caso, no son prueba. Tampoco es prueba nada de lo que yo o los abogados hayamos dicho durante este juicio, incluyendo lo que yo les estoy diciendo ahora. Sólo son prueba lo dicho por los testigos, los peritos y la prueba exhibida.

Prueba testimonial.

Como miembros del Jurado, ustedes decidirán cuáles hechos quedaron probados. Para ello tienen que evaluar la credibilidad de las personas que testifiquen y decidir qué importancia o peso le darán a sus dichos. Ustedes decidirán si creen todo lo que un testigo dice, si creen parte de lo que dice o si no le creen nada.

Los testigos son personas que declaran en relación a hechos que han percibido a través de sus sentidos, al decidir sobre la credibilidad de un testigo, ustedes deben examinar todo el testimonio y pueden considerar, entre otros, los factores siguientes:

- 1) la edad del testigo;*
- 2) la capacidad del testigo;*
- 3) la oportunidad y habilidad que tuvo el testigo para ver, escuchar o conocer los asuntos sobre los cuáles está testificando;*
- 4) la forma y manera en la que el testigo declara;*
- 5) si el testigo tiene algún interés en el resultado del caso;*
- 6) si hay alguna evidencia que contradice los dichos del testigo;*
- 7) cuán razonable son los dichos del testigo al considerarse con otra evidencia;*

Estas instrucciones generales se han construido sobre la base de la experiencia de los sistemas que cuentan con juicios por jurados históricamente, ya que sus fuentes son los manuales genéricos existentes en Puerto Rico y en algunos estados norteamericanos. Me interesa recalcar ese punto porque en alguna medida permite sostener que no son una construcción antojadiza y, si bien seguramente admitirá discusión y re elaboración a futuro, tiene una base empírica importante en la experiencia de aquellos sistemas. Retomando aquella indicación en sentido que no es tarea del tribunal revisor sustituir al jurado, sino decidir si el veredicto alcanzado podría haber sido razonablemente tomado por un jurado debidamente instruido, actuando de acuerdo a la ley y sumándole la postura que nos invita a pensar en la necesidad de construir estándares objetivos previos que eviten sumar subjetividad a la subjetividad, quizá la primera tarea propia del Tribunal de Impugnación en este tipo de casos sea la de revisar la instrucción genérica sobre valoración de la prueba, qué no es prueba y qué factores pueden considerarse en el ámbito de la prueba testimonial y definir si son conducentes a una deliberación que permita arribar a una decisión razonable o no. Imaginemos algo que no existe en estas instrucciones pero qué podría establecerse: el juez técnico instruye al jurado, con relación a la prueba testimonial, que tienen que considerar entre los factores que si se trata de una mujer, deben otorgarle mayor credibilidad que si se trata de un hombre ya que las mujeres tienen mayor capacidad para retener detalles y recordar eventos. Una instrucción de este tipo parece bastante insostenible y, sin necesidad de ingresar a ver qué dijo esa mujer o qué dijo ese hombre, podría llevar al Tribunal de Impugnación a anular el veredicto por el solo hecho de que las instrucciones brindadas por el juez técnico al jurado imposibilitaron tener una deliberación que permitiera alcanzar una decisión razonable, ya que han sido condicionados a darle mayor peso a un determinado tipo de testigos sin ningún fundamento empírico ni científico para tal instrucción.

Si bien es cierto que el ejemplo es grosero, considero que sirve para ejemplificar la labor que podría haber realizado el Tribunal de Impugnación al encontrarse frente a un agravio por apartamiento manifiesto de las pruebas recibidas en juicio: en lugar de sospechar de la capacidad de análisis de la prueba y consecuente valoración por parte de los jurados populares, podría haber llevado su reflexión un paso atrás y preguntarse

1. ¿El jurado popular recibió entre las instrucciones generales indicaciones específicas con pautas de valoración de la prueba? Si la respuesta a esta pregunta fuera que no, podría haberse anulado el veredicto por una falla en el juez técnico al no brindar la instrucción. Si la respuesta fuera sí, podría pasar a hacerse la siguiente pregunta:
2. ¿Cómo se les instruyó a los jurados populares que debían valorar la prueba? Y allí, si se hubiesen brindado las instrucciones generales que he reproducido líneas arriba, el Tribunal de Impugnación podría haber pasado a revisar una a una la pertinencia y corrección de las mismas en términos de posibilitar o no una deliberación que permitiera llegar a una decisión razonable. Si respondiera a esta pregunta también con un sí, recién podría pasar a hacerse la pregunta más difícil de este trío:
3. Habiendo recibido instrucciones el jurado para la valoración de la prueba y respondiendo esas instrucciones a criterios conforme a los cuales el jurado estuvo

en condiciones de alcanzar una decisión razonable, ¿es necesario entrar a ver el contenido de la prueba concretamente señalada?¹⁵

Por todo el desarrollo que he realizado hasta ahora, considero que debe tratarse de una situación absolutamente rayana en la arbitrariedad más manifiesta la que lleve a un tribunal revisor a responder en forma positiva a esa última pregunta. Podemos suponer que tratándose el juicio por jurados en nuestro sistema de una situación novedosa y sin experiencia cercana para observar y generar aprendizaje, sumado al hecho de la constante preocupación del Tribunal de Impugnación por posibilitar la revisión integral y amplia de la condena, al resolver este recurso se pasó directamente a esta última pregunta y se respondió positivamente sobre la situación de excepcionalidad que planteo.

Estando en ese contexto lo que más extraño en la Sentencia estudiada es una explicación (pensando en el valor superlativo que suele darse a la fundamentación de las decisiones) de por qué, siguiendo los diversos parámetros brindados al jurado, la prueba analizada resulta insuficiente para llegar al veredicto arribado por el jurado. Tomemos como ejemplo concreto los factores específicos que el juez técnico comunica al jurado que pueden considerar para valorar la credibilidad de los testigos: *edad, capacidad, oportunidad y habilidad que tuvo para ver, escuchar o conocer los asuntos sobre los cuales testifica, la forma y manera en la que el testigo declara, si tiene algún interés en el resultado del caso, si hay alguna evidencia que contradiga sus dichos, cuán razonable son los dichos del testigo al considerarse con otra evidencia*. Es un catálogo de factores bastante importante, sobre los cuales yo habría querido – ya que el Tribunal de Impugnación decidió entrar en el ámbito excepcional de volver a valorar la prueba – que se desarrollara algún tipo de explicación de cómo pesaron para definir en uno u otro sentido.

En lugar de eso, lo que encontramos en la Sentencia es una indicación del momento en que constan las declaraciones de los testigos en cuestión en los videos del registro, una síntesis del contenido de sus declaraciones y una identificación de las contradicciones entre los tres testigos en cuestión. Sobre la forma en que declararon, si estaban nerviosos o no, si eran claros o no, si hay o no hay ninguna explicación sostenible sobre la contradicción en que incurren, la reacción que tuvieron ante las preguntas de la acusación y/o de la defensa y una gran cantidad de otros interrogantes, no existe ningún tipo de desarrollo. Y ello es lo que me lleva a afirmar que el estándar para valorar la prueba testimonial que tuvo el jurado fue tantísimo más alto que el que utilizó el Tribunal de Impugnación; en tanto mientras el jurado se llevó a la deliberación en forma impresa todas las instrucciones que previamente le fueron leídas en audiencia por el juez del derecho e imagino – solo puedo imaginarlo ya que desconocemos y desconoceremos siempre la dinámica interna de las deliberaciones del jurado – que las utilizó para debatir sobre el grado de credibilidad de los testigos en cuanto a lo que decían, cuánto de lo que decían era creíble y cuánto no y cuán creíble resultaban estas declaraciones en el conjunto total de la prueba, el Tribunal de Impugnación se limitó al plano chato de las declaraciones de los tres testigos consistente en el contenido de sus dichos, las contradicciones existentes y, a partir de ello, sin ningún otro tipo de análisis ni ninguna explicación sobre cómo juegan o dejan de jugar estos factores que se indicaron al jurado en la valoración de la prueba, decide que *“un jurado popular razonable no pudo tener certeza que...”*¹⁶ con la

¹⁵ Propongo sólo tres preguntas para simplificar el análisis y avanzar en este texto que no pretende ir más allá de un conjunto de ideas para el debate. Sin embargo, a poco de pensarlo podrían desagregarse esas tres preguntas en muchas más de orden más específico para posibilitar un análisis preciso de la labor del juez técnico al momento de instruir, como paso previo a pensar si se ingresa a ver la prueba o no.

¹⁶Página 22 de la Sentencia 01/2015.

complicación de que en la misma Sentencia, refiriéndose al mismo jurado, pero con relación al agravio planteado por el otro condenado, refiere que “(...) *no ha demostrado mínimamente el perjuicio que la situación descrita le acarrea para permitir concluir que efectivamente nos encontramos frente a un supuesto de veredicto nulo. No puede afirmarse válidamente que el mismo no fue producto de una profunda, responsable y seria deliberación entre sus miembros*” (el resaltado me pertenece).

Con lo cual estamos ante un jurado que frente a un acusado tuvo una “profunda, responsable y seria deliberación entre sus miembros” mientras que contra el otro acusado no fue razonable. ¿Es posible esta situación? Quizá sea posible. Me resulta muy difícil sí, que las mismas doce personas que actuaron “a consciencia” con relación a X, hayan actuado en forma irracional con relación a Z. Máxime tratándose de personas que fueron seleccionadas en una audiencia específica de selección para este juicio en función a no tener ningún riesgo de parcialidad con relación a ninguno de los dos acusados.

Lo hasta aquí desarrollado me lleva a concluir que la dificultad que presenta volver a valorar la prueba ya valorada por el jurado es tan grande e impone exigencias tan específicas en cuanto al método a seguir por parte del Tribunal de Impugnación (y previamente por los litigantes al plantear los agravios), que independientemente del resultado de este caso puntual llama a una necesaria reflexión y debate sobre cómo trabajar en este ámbito y generar una intervención que posibilite la revisión integral y amplia sin el riesgo de imponer la propia subjetividad – sin parámetros previos de análisis – a la subjetividad del jurado soberano.

3.3.2. *La prueba testimonial*

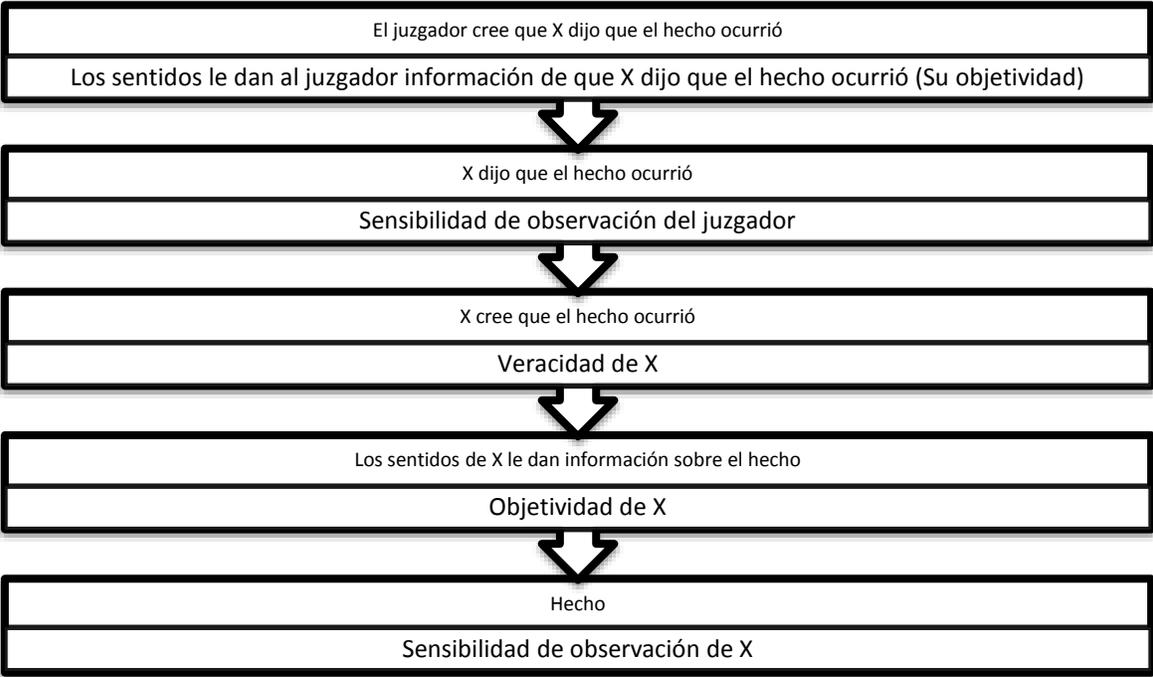
Una mención necesaria debe hacerse con relación al tipo de prueba específica sobre la que ha trabajado el Tribunal de Impugnación: los testigos y el contenido de sus declaraciones. Sin ánimo de extenderme eternamente, considero que no puede obviarse la dificultad detrás de la prueba testimonial, como tema presente en la actualidad de todos los sistemas preocupados por evitar condenas erróneas. En la introducción a este apartado señalé el ejemplo utilizado por Shum¹⁷ para evidenciar la diferencia que existe entre la prueba material y la testimonial: en tanto en el caso de la prueba material el juez inmedia (toma contacto) en forma directa con el contenido, en el caso de la prueba testimonial quien ha tomado contacto con la información relevante para el caso es el testigo y el juez toma contacto con esa información a través del contenido del testimonio de la persona que concurre a declarar, con lo que si se produce algún tipo de equivocación en la declaración del testigo, ello podrá llevar a una decisión equivocada por parte del juez; lo complicado en ese contexto es que la posibilidad de control del juez con relación a las equivocaciones o no de los testigos, es tremendamente limitado y dependerá de la forma en que quien propuso al testigo produzca la información (realice el examen directo) y la forma en que la contraparte controle la información (realice el contraexamen).

No puede negarse que en la actualidad los informes realizados por las organizaciones que se dedican a identificar casos de condenas erróneas marcan a la identificación de acusados por parte de testigos oculares como la principal causa de inocentes condenados¹⁸. Tampoco puede obviarse que la evaluación de la prueba testimonial, al

¹⁷ “The evidential foundations of probabilistic reasoning”. David A. Shum. Northwestern University Press, 2001.
¹⁸ Mucha información al respecto puede encontrarse en el sitio web del “Proyecto Inocencia”: <http://www.innocenceproject.org/understand/Eyewitness-Misidentification.php> (Última visita 18/01/2015)

involucrar tantas situaciones subjetivas como participantes se dan en el testimonio (el propio testigo, quien pregunta desde la acusación, quien pregunta desde la defensa, el tribunal que evalúa al testigo, el contenido de su declaración y decide, en definitiva, la credibilidad) es un territorio muy delicado que debe considerarse con especial cuidado.

En la evaluación de la prueba testimonial, nos dice Shum, debemos preocuparnos también de nuestra propia credibilidad como observadores en adición a la evaluación de la credibilidad de la persona que está brindando testimonio. A los efectos de graficar esta situación y mostrar el camino de inferencias que van de “el testimonio sobre el hecho que X dice que ocurrió” a “el hecho relatado efectivamente ocurrió”:



La inferencia que realice el juzgador sobre la ocurrencia del hecho, está basada en la creencia de que X dijo que el hecho ocurrió. ¿El juzgador es objetivo en la formación de esa creencia? Puede suceder que tuviera una expectativa tan grande de que el hecho hubiese ocurrido que creería que X lo dijo independientemente de la información que sus sentidos le provean; o viceversa. Adicionalmente debemos preocuparnos entonces por la posición sensorial del juzgador¹⁹.

Shum considera que la credibilidad de la prueba testimonial está compuesta por tres atributos: la veracidad, la objetividad y la observación sensorial, en ese orden (tal como puede observarse en el diagrama elaborado líneas arriba). Una de las fuentes que inspira ese orden particular (partiendo de la veracidad y arribando finalmente a la observación sensorial) proviene de los requisitos para el conocimiento establecidos por la epistemología. ¿Qué significa decir que la persona X sabe que el hecho E es cierto? Una respuesta posible es decir que X sabe que E sucedió si: 1. E sucedió; 2. X cree que E sucedió; y 3. X tiene justificación para creer que E sucedió. Este proceso suele ser

¹⁹ “The evidential foundations of probabilistic reasoning”. David A. Shum. Northwestern University Press, 2001, Págs. 101 – 105. En lo que sigue del desarrollo referente a la prueba testimonial, incorporaré varias afirmaciones realizadas en el texto citado.

llamado estándar de análisis del conocimiento y ha sido sujeto a un arduo debate filosófico que se ha centrado principalmente en la condición de “justificación”.

Y allí se abre una nueva puerta de análisis sobre qué es el conocimiento, cuándo existe justificación, cuándo existe evidencia no defectuosa, etc. Podemos observar cómo se realiza un esfuerzo importante para avanzar en el establecimiento de atributos concretos y contrastables a lo que llamamos “credibilidad” de la prueba testimonial que permitan aquella base objetiva de la que hemos venido hablando a lo largo de todo el texto.

La posibilidad de evaluar la credibilidad de los testigos ha sido un tema presente en el sistema anglosajón desde el siglo XIV²⁰. Asumiendo la imposibilidad de contar con un sistema estadístico que permita evaluar la credibilidad de los testigos, a lo largo de los siglos – continúa relatando Shum – las Cortes y los litigantes han encontrado formas no estadísticas de realizar dicha tarea. El método esencial es preguntarse una serie de cuestiones sobre el comportamiento relevante de los testigos a los fines de su credibilidad, a la vez que verificar otros factores que podrían también tener influencia sobre dicha credibilidad. Determinadas respuestas a estas preguntas que se formulan, generan evidencia auxiliar referida en forma específica a los atributos que conforman la credibilidad de los testigos. A partir de estas afirmaciones, vinculando la cadena de razonamiento sugerida por el análisis epistemológico del conocimiento con la experiencia acumulada en siglos de actividad en la materia por parte del sistema legal, Shum construye un gráfico identificando las cuestiones de relevancia en términos de credibilidad distribuidas por cada uno de los atributos que anunció originalmente que la componen²¹:

OBSERVACIÓN SENSORIAL		
<ul style="list-style-type: none"> - Defectos sensoriales - Condiciones físicas generales - Condiciones de observación - Calidad y duración de la observación - Experticia/ capacidad de atención - Prejuicios/ condicionamientos sensoriales 	<p>Instrucciones objetivos de observación</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Testimonios contradictorios entre diferentes testigos. - Conflictos entre testimonios de diferentes testigos
OBJETIVIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> - Expectativas - Prejuicios/ condicionamientos de objetividad - Factores relacionados con la memoria 	<p>Motivaciones, intereses personales. Auto contradicciones Hipnosis (*)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Algunas formas de declaración previa inconsistente
VERACIDAD		
<ul style="list-style-type: none"> - Antecedentes penales específicos vinculados con deshonestidad - Otras conductas anteriores vinculadas con deshonestidad - Evidencia de carácter (del testigo) vinculada con deshonestidad - Posibilidades de influencia/ corrupción entre los testigos - Prejuicios/ condicionamientos para 		

²⁰ Se toma como punto de partida el Estatuto dado por Eduardo III en 1352, que estableció la separación entre el jurado y los testigos, ordenando la existencia de un jurado imparcial que deliberara sobre la evidencia presentada por testigos externos al propio jurado (anteriormente a esa fecha solía ser usual que los jurados fueran, a la vez, fuentes de información – testigos – en el mismo caso en que luego decidían).

²¹ La tabla que se reproduce a continuación es tomada de la Figura 3.8 “Categorías de evidencia de credibilidad del testimonio”, en la Pag. 107 del libro de Shum que venimos refiriendo.

brindar testimonio - Actitud y modo de comportarse - Sometimiento a polígrafos, “sueros de verdad”, tests psicológicos (*)		
RELEVANCIA ESPECÍFICA	RELEVANCIA MENOS ESPECÍFICA	RELEVANCIA NO ESPECÍFICA

(*) Estos factores usualmente no son admitidos como evidencia en juicios.

Si retomamos la instrucción general brindada al jurado usualmente sobre los siete factores que pueden considerar para medir la credibilidad de la prueba de testigos, encontraremos que prácticamente todos pueden encuadrar con los mencionados en la tabla precedente dentro de los criterios de relevancia específica:

Criterios Tabla Shum	Factores Instrucciones generales
OBSERVACIÓN SENSORIAL	
- Defectos sensoriales - Condiciones físicas generales (factor 2. Capacidad del testigo)	Factor 2. Capacidad del testigo
- Condiciones de observación - Calidad y duración de la observación - Experticia/ capacidad de atención	Factor 3. Oportunidad y habilidad que tuvo para ver, escuchar o conocer
- Prejuicios/ condicionamientos sensoriales	Factor 4. Forma y manera en la que declara
OBJETIVIDAD	
- Expectativas	Factor 5. Interés en el caso
- Prejuicios/ condicionamientos de objetividad	Factor 4. Forma y manera en la que declara
- Factores relacionados con la memoria	
VERACIDAD	
- Antecedentes penales específicos vinculados con deshonestidad	No hay indicaciones sobre este punto
- Otras conductas anteriores vinculadas con deshonestidad	No hay indicaciones sobre este punto
- Evidencia de carácter (del testigo) vinculada con deshonestidad	No hay indicaciones sobre este punto
- Posibilidades de influencia/ corrupción entre los testigos	Factor 5. Interés en el caso
- Prejuicios/ condicionamientos para brindar testimonio	Factor 4. Forma y manera en la que declara
- Actitud y modo de comportarse	Factor 4. Forma y manera en la que declara
- Sometimiento a polígrafos, “sueros de verdad”, tests psicológicos (*)	No hay indicaciones sobre este punto

Quizá la instrucción general que establece como factor a considerar la edad del testigo sea la única por fuera de los criterios establecidos en la tabla de Shum. En cuanto a los factores 6 (si hay alguna evidencia que contradice los dichos del testigo) y 7 (cuán razonable son los dichos del testigo al considerarse con otra evidencia), podríamos colocarlos dentro de la lista de criterios con relevancia no específica que menciona la tabla de Shum. Asumiendo que a mayor especificidad mejor evaluación de la credibilidad,

podríamos concluir que ese tipo de criterios son los menos sólidos a la hora de valorar la evidencia existente en un caso²².

Llamativamente, si volvemos a la resolución tomada por el Tribunal de Impugnación y a la valoración de los tres testimonios cuestionados por ellos realizada, podremos constatar que las razones en que basan su decisión pueden encontrarse, en la Tabla de criterios de credibilidad que hemos reproducido, dentro de la columna más endeble, cual es la de criterios de credibilidad de relevancia no específica, dentro del ámbito puntual de la observación sensorial (Testimonios contradictorios entre diferentes testigos) y la objetividad (Algunas formas de declaración previa inconsistente).

3.4. *Volviendo sobre la decisión*

Intentando resumir todo lo expuesto en este apartado, retomo una afirmación que realicé al momento de proponer las consecuencias de la decisión tomada por el Tribunal de Impugnación con relación al recurso de Cardozo: al analizar este tipo de casos, el órgano revisor realiza una doble tarea. Por una parte, por supuesto, analiza el caso concreto y establece consecuencias específicas para el mismo. Pero por la otra, va generando un “aterrizaje” – por decirlo de alguna manera – de los principios y garantías contenidos en el CPP en lo referente a la admisibilidad, producción y valoración de la prueba que luego pueden considerarse la base de una estandarización en el sentido en que las disposiciones del Tribunal de Impugnación se generen.

Concretamente, en el caso en análisis, podríamos pensar en el inicio de un estándar específico sobre la prueba testimonial que establece que ningún caso que pretenda ser probado con tres testigos que no son seguros, discrepan en la identificación del presunto responsable y tienen contradicciones entre sí, puede ser admitido para ser llevado a juicio penal.

El desarrollo siguiente de todo este apartado ha intentado ser una explicación fundada de las razones de mi desacuerdo, que procuraré resumir a continuación:

- La posibilidad real de observación de la prueba por parte de un jurado plural por mandato normativo, compuesto por 12 personas con tradiciones culturales, experiencias de vida y proveniencias diferentes, difícilmente pueda ser más deficitario que la observación de tres abogados con vidas similares, trabajo de revisión rutinario y estable y composición basada en criterios de equilibrio de trabajo más que de pluralidad en la visión.
- La obligación técnica de los jueces de impugnación se vincula más con la evaluación de la forma en que el jurado llegó a deliberar (prueba admitida,

²² Avanzar más en cuanto a las implicancias y dificultades detrás de la valoración de credibilidad de testigos y testimonios obligaría a un nivel de estudio que no poseo y a una extensión de este texto que lo convertiría en algo aún más ilegible. Por ello opto por retomar la discusión concreta con relación al caso en estudio, no sin antes mencionar que en el desarrollo que Schiavo realiza del desarrollo de la **regla de confrontación testimonial** pueden observarse en concreto, en la evolución de la práctica judicial, las implicancias específicas de la forma de admitir y valorar posteriormente la credibilidad de testigos (Valoración racional de la prueba en materia penal. Nicolás Schiavo. Editores del Puerto, 2012. Págs. 31 a 49). Adicionalmente, sobre las dificultades para identificar cuánto es cierto y cuánto es mito en nuestra concepción de la construcción de la atención, la memoria, la inteligencia, la intuición y otra serie de factores que constituyen, en definitiva, la construcción de un relato, recomiendo enormemente la lectura de la obra “El gorila invisible”, desarrollada por los psicólogos Christopher Chabris y Daniel Simons (Ed. Siglo XXI 2011), ya que puede aportar mucha experiencia empírica y sorprendernos sobre las cosas que asumimos como “evidentes” y están completamente erradas.

- instrucciones generales y particulares dadas para la valoración de la prueba) que con una tarea de revisión de lo ya revisado por el jurado que, recordando las palabras de Binder, sólo agrega subjetividad (con el peligro de arbitrariedad detrás de la misma) a la subjetividad del decisor original (sea un juez técnico o un jurado).
- La integración plural del jurado, la legitimidad diferente del mismo y la empíricamente probada (en los sistemas de tradición juradista) capacidad de los ciudadanos y ciudadanas para establecer los hechos con mejor – o al menos igual – precisión y claridad que los jueces técnicos, hace que la posibilidad de volver a valorar la prueba por parte de un órgano revisor sea excepcional y pueda darse únicamente en casos en los que exista un peligro real de arbitrariedad absoluta y contradicción con la justicia en el veredicto dado, no a causa de una instrucción mal dada sino de una actuación irracional por parte del jurado.
 - Ahora bien, asumiendo que en este caso puntual se pudiera sostener lo mencionado en el punto anterior, considero que el Tribunal de Impugnación debería haber analizado la prueba siguiendo los mismos factores de valoración que le fueron dados al jurado como orientaciones para valorar los testimonios. No sólo no aparece en la Sentencia una explicación de cómo se valoraron esos factores, sino que adicionalmente, al observar la Tabla de criterios de valoración de la credibilidad de los testimonios elaborada por Shum sobre la base de experiencia empírica de varios siglos de análisis, vemos que los criterios sobre los que basa su decisión el Tribunal de Impugnación (contradicción entre los testigos y contradicción con declaraciones previas) están contenidos entre los de relevancia no específica y, por ello, son bastante cuestionables como base para la generación de un estándar en materia de admisibilidad probatoria.
 - Finalmente, no puede tampoco obviarse que la Sentencia decide el caso hablando de dos jurados diferentes: un jurado que frente a un acusado tuvo una “profunda, responsable y seria deliberación entre sus miembros” mientras que contra el otro acusado no fue razonable. Cuestión esta que, como he mencionado anteriormente, resulta difícil de comprender sin la existencia de algún indicio de interés por parte del jurado.

En definitiva, a la vez que me parece valiosa la intención permanente del Tribunal de Impugnación de posibilitar un real acceso a una revisión amplia e integral para el caso de las personas condenadas, considero de suma relevancia reflexionar sobre todo lo dicho por los autores citados a lo largo de este texto en sentido de cuál es el significado de esa revisión y cómo debe construirse técnicamente “hacia atrás” en el proceso penal. Concretamente en este caso, por todo lo expuesto hasta aquí no puedo más que concluir que la decisión implica el establecimiento de un estándar muy alto sobre la base de un análisis de deficiente calidad en comparación al análisis original que pudo realizar el jurado.

En adición, no puedo dejar de mencionar que encuentro también sumamente riesgoso arrogarse las facultades propias de un jurado al tomar una decisión en contrario revocando el veredicto y absolviendo al acusado. En un sistema que no ha normado y aún no cuenta por la vía jurisprudencial con una construcción objetiva sobre el contenido del estándar “más allá de toda duda razonable”, afirmar que el jurado actuó en forma irracional y decidir que en su calidad de Tribunal de Impugnación tienen una especie de “poder sobre la razonabilidad”, me parece una actitud un tanto osada y contraria a los fines propios de un sistema con jurados populares.

4. El proceso penal mirando a la impugnación. Una propuesta de trabajo técnico

4.1. Algunos datos contextuales en materia de impugnación

He mencionado anteriormente que considero que una de las finalidades del trabajo del tribunal de impugnación – y agrego aquí: de la estructura del proceso penal en su totalidad – es la de generar un sistema con un grado de predictibilidad suficiente como para garantizarnos que no existirán condenas erróneas. ¿Cómo compatibilizar esa finalidad con la posibilidad de controlar decisiones tomadas en secreto y sin ningún fundamento por parte de un jurado popular? Afortunadamente esta pregunta regirá muchas de nuestras discusiones de aquí en adelante, y es un tema de debate constante en los sistemas que funcionan sobre la base de jurados populares.

Las preocupaciones que comienzan a rondar nuestras cabezas en la actualidad procesal penal neuquina son similares a las existentes en otras latitudes: *“Muchas de las características del jurado que justifican su papel - su carácter lego, la imposibilidad de controlar su veredicto - también son fuentes de desconfianza. El hecho de que los jurados están compuestos de gente común se invoca para señalar la vulnerabilidad del jurado en términos de dar un peso excesivo para ciertos tipos de pruebas, la posibilidad de que los miembros del jurado pueden malinterpretar la ley, o incluso de que puedan aplicar voluntariamente la ley en forma errónea debido a sesgos arraigados. El hecho de que el jurado no da razones de su decisión y delibera en secreto también hace difícil la corrección de errores y podría ser visto como la apertura de la puerta a la arbitrariedad”²³.*

En la exposición realizada por Nicole Duval Hesler, podemos observar dos desarrollos prácticos orientados a posibilitar el menor grado posible de condenas erróneas considerando las particulares características que rodean a un jurado y su decisión: una posibilidad de control anterior al juicio mismo y una posibilidad de control posterior al veredicto del jurado. Lo relevante en esta distinción es que ambos desarrollos no han tenido un devenir paralelo en el tiempo, sino que históricamente, la posibilidad de control posterior fue la rectora en la revisión del juicio por jurados en tiempos anteriores al Siglo XIX: *“Antes del siglo 19, los jueces técnicos de juicio por jurados tenían grandes poderes para controlar los veredictos del jurado después de que fueran dictados. Hasta 1670, los miembros del jurado podían ser multados si su veredicto no se correspondía con la opinión de un juez sobre el caso. Además de tener gran influencia en el uso del poder de indulto de la Corona, el juez también podía negarse a aceptar un veredicto, preguntar a los miembros del jurado en cuanto a su fundamento y devolverlo para reconsideración”²⁴.* Alrededor del Siglo XVIII, relata Duval Hesler, los métodos de control ex post comenzaron a decaer y se verificó como más eficiente el desarrollo de mecanismos de **prevención** de los errores en los veredictos en lugar de sostener métodos de **corrección** de esos supuestos errores²⁵. Dentro de los mecanismos de “prevención” se profundizó el

²³ “The Appeal of a Criminal Jury Trial: Why the Supreme Court of Canada Treads Carefully Around Jurors’ Toes (And Appeal Courts should too!)” Nicole Duval Hesler, Chief Justice of Quebec, 2012. McGill University. Página 6 en la traducción.

²⁴ Op. Cit. Página 7 en la traducción.

²⁵ Nótese cómo este cambio en la lógica de concebir las necesidades de evitar errores se encuentra en consonancia con los conceptos vertidos por Schiavo y replicados en la cita nro. 12 de este texto. Es interesante también en este mismo contexto, tomar la frase final de Duval Hesler en la explicación sobre los mecanismos de control: *“Uno puede ver fácilmente por qué las viejas formas de control jurado podrían haber perdido su legitimidad. La concepción del jurado como un tomador de decisiones independiente, con determinadas habilidades de investigación, a los que el acusado tiene un derecho fundamental, no cuadra*

desarrollo de reglas probatorias y de las instrucciones de los jueces técnicos a los jurados previamente a la deliberación.

A partir de la lectura del texto canadiense que hemos tomado como referencia, podemos observar que en dicho sistema, en la actualidad, las posibilidades de control a las decisiones tomadas en un juicio por jurados pueden darse:

1. Sobre decisiones sobre la prueba admitida a juicio.
2. Sobre decisiones en cuanto a las instrucciones generales y particulares impartidas al jurado.
3. Sobre la irrazonabilidad del veredicto o la imposibilidad de basar el veredicto en la evidencia.

Como se ha detallado con anterioridad, esta última posibilidad existe pero es considerada en forma absolutamente limitada por cuanto se asume que las dos posibilidades anteriores, que están vinculadas al trabajo del juez técnico previo y durante el juicio, tienen la capacidad suficiente para cubrir la mayor parte de los agravios que pueden generarse en el contexto de un juicio por jurados.

4.2. La regulación normativa neuquina. Una necesaria reflexión sobre la estructura del proceso de impugnación.

La normativa neuquina regula en forma específica en su Art. 238 los recursos en juicios por jurados, estableciendo dicho artículo:

Recursos en los juicios por jurados. En los juicios ante tribunal de jurados, serán aplicables las reglas del recurso contra la sentencia, previstas en este código, y constituirán motivos especiales para su interposición:

- a) *La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros;*
- b) *La arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado;*
- c) *Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieron condicionar su decisión.*

No procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno.

Si bien en función a la regulación del propio artículo se desprende que, al igual que en el resto de los casos de condena, procede el recurso por lo normado en el Art. 236 (*La sentencia condenatoria podrá ser impugnada, al igual que la que impone la aplicación de una medida de seguridad, ya sea por defectos formales o sustanciales por el imputado y su defensor*), no podemos dejar de pensar que algún sentido ha de tener la regulación específica de “motivos especiales” de interposición del recurso en los casos de juicios por jurados.

bien con las medidas que permiten que el juez de la causa pueda anular efectivamente la decisión del jurado cada vez que él o ella no esté de acuerdo . Las nuevas formas de control de jurado son correspondientes con un rol menos intrusivo en la función del jurado”.

Tomando en consideración lo expuesto en cuanto a la experiencia canadiense y la necesidad de compatibilizar un sistema que respete el veredicto popular brindado en un juicio por jurados con el derecho de una persona condenada a tener una revisión amplia e integral de su condena, podríamos concluir que nuestro Artículo 238 tiene por objetivo establecer un sistema de control que verifique en primer término la actuación técnica en el contexto de juicios por jurados y, recién en forma subsidiaria en aquellos casos en que no exista ningún cuestionamiento posible y sí haya un apartamiento manifiesto de cualquier razonabilidad posible en el veredicto, se avance en la revisión del fondo de lo decidido por el jurado.

Y más aún: esta regulación también envía un mensaje en términos de obligaciones de litigación: mi trabajo como litigante que pretende recurrir una decisión en un juicio por jurados, comienza mucho antes del veredicto en sí mismo; inicia en la audiencia de control de la acusación.

Veamos las tres causales específicas que se configuran para la impugnación del resultado del juicio por jurados:

a) La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución y recusación del jurado y a la capacidad de sus miembros;

Esta causal se refiere específicamente a las ocurrencias que puedan darse en la audiencia de constitución del jurado, regulada por el Art. 198 del CPP. Como hemos mencionado, esa es la oportunidad para que las partes se aseguren la posibilidad de contar con un jurado imparcial en cuanto a su decisión y plural en cuanto a su posibilidad de analizar el caso. Aun cuando parezca evidente, considero necesario señalar que si al momento de la impugnación se cuestiona algún aspecto referido con esta causal, es necesario que previamente el litigante que recurre por esto haya intentado la decisión que consideraba correcta para su caso. Es decir: si quiero sostener en la impugnación que no conté con un jurado imparcial en función a que alguno de sus miembros tiene un prejuicio particular contra mi defendido (que deberé sostener en concreto, no a través de una abstracción) es necesario que en la audiencia del Art. 198 yo, como litigante, haya producido la información referida a esa situación puntual a través de las preguntas formuladas al potencial jurado, haya pedido su retiro de entre los potenciales jurados recusándolo con causa y haya obtenido una decisión negativa por parte del juez técnico. Sólo en ese contexto de haber advertido la posibilidad de un potencial agravio y no haber recibido una decisión en mi favor, podré impugnar por esta causal llegado el caso.

b) La arbitrariedad de la decisión que rechace medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado;

Vemos en esta causal específicamente se encuentra orientada a los cuestionamientos y resultados de la audiencia de control de la acusación, regulada por el Art. 168 del CPP. Considero que es la causal más vinculada con temas probatorios en específico y es a partir de la misma que se da la importancia de tener claro cuándo es necesario y procedente cuestionar la admisibilidad o pertinencia de una prueba en concreto. Si bien el inciso es confuso al establecer “la decisión que rechace medidas de prueba”, ya que puede llevar a pensar que se trata sólo de pruebas propuestas por la propia defensa y rechazadas. Entiendo que no es ese el sentido: se trata de cualquier decisión judicial

sobre la admisión o rechazo de pruebas – tanto de la acusación cuanto de la defensa – que pueda generar un perjuicio concreto a la defensa en el resultado del juicio.

Retomando lo planteado sobre el posible estándar iniciado por el Tribunal de Impugnación en este caso, bien podría darse la situación en que ante un caso con similar prueba ofrecida por parte de la acusación (tres testigos eventuales que identifican a la persona acusada), la defensa concurra a la audiencia de control de la acusación y sostenga, sobre el precedente generado por la Sentencia 01/2015, que no es admisible ir a juicio contra su cliente sobre la base de la prueba ofrecida en función a que los tres testigos se contradicen (aquí deberá utilizar las declaraciones previas de los testigos) entre sí y no se sabe con certeza quién es él o la que identifica a su defendido; dado que el Tribunal de Impugnación ya ha establecido un antecedente en sentido que no es sostenible un veredicto de culpabilidad sobre la base de esa prueba, no es admisible dejar continuar el caso a juicio puesto que aún en el contexto de que un tribunal técnico o un jurado encuentre responsable penalmente a su defendido, el Tribunal de Impugnación revertirá esa condena sobre el precedente 01/2015.

Es necesario otorgar a la audiencia de control de la acusación su real dimensión, sobre todo tratándose de un caso que eventualmente irá a un juicio por jurados donde, insistimos, independientemente de la posibilidad amplia de revisión del resultado del mismo, debe tenderse a revisar el accionar técnico del juez del derecho por sobre la valoración subjetiva de la prueba valorada por el jurado – último recurso de control, en casos excepcionales – y para lograr que esa sea la fórmula de trabajo, los litigantes tienen un desafío de precisión técnica en cuanto a los planteos que formulen y el momento en que los realicen que será una larga construcción en el tiempo. Asumiendo esa última afirmación – que será una larga construcción en el tiempo – no me atrevo a decir que hoy mismo un planteo no realizado en el momento oportuno debería ser declarado inadmisibles si se presenta posteriormente, pero sí creo que los jueces tienen una función pedagógica que asumir en sentido de no tratar todos los planteos en cualquier tiempo amparados en el derecho del imputado a recibir una revisión integral o, en caso de decidir tratar los planteos aun cuando estén formulados en forma incorrecta, en un momento incorrecto o directamente no formulados por la defensa, también realizar una llamada de atención al defensor técnico proporcional a la falencia, justamente, técnica que obliga al tribunal a ir más allá de lo estrictamente planteado por el abogado en cuestión.

En las líneas anteriores a este apartado he intentado delinear algunos de los temas probatorios que precisan ahondar la reflexión a la vez que – insisto también en este punto – afinar el lápiz en cuanto al trabajo técnico de litigación. Si no comenzamos a hacer desde la litigación planteos específicos sobre el alcance y admisibilidad de la prueba, sobre cuestiones tales como el perjuicio versus el valor probatorio, la mínima cantidad de prueba exigible para sostener un caso en el juicio (no se confunda esto con fórmulas tales como “dos testigos hacen plena prueba”. Por el contrario: precisamos saber por debajo de qué mínimos no tenemos posibilidad real de sostener una acusación). Como nos dice Binder, el paso de la prueba tasada a la libre valoración en el modelo continental dejó a los jueces sin guía ni control, en tanto en el mundo anglosajón se ha trabajado mucho más la construcción de estándares.

La audiencia de control de la acusación, en este sentido, debe ser el termómetro que el Tribunal de Impugnación observe para verificar la necesidad o no de construcción de esos estándares. ¿Qué planteos realizan las partes? ¿Qué cuestiones de admisibilidad

cuestionan? ¿Cuánta razón les asiste? ¿Con qué frecuencia esas cuestiones planteadas originalmente en la audiencia de control de la acusación terminan generando reales agravios en los juicios? Todo un nuevo y desafiante panorama que nos obliga como litigantes a pensar esta audiencia en clave estratégica y pone a los jueces ante la necesidad de jugar un nuevo rol, que combine la observación del proceso como una integralidad estructurada para evitar los errores y no como islas separadas las unas de otras y, a la vez, ejerza esa función pedagógica a la que nos referíamos líneas arriba, estableciendo criterios de actuación para las partes que tiendan a la profesionalización real de la labor de litigio y a la asistencia técnica oportuna en consecuencia.

c) Cuando se hubieran cuestionado las instrucciones al jurado y se entendiera que éstas pudieran condicionar su decisión.

Finalmente aparece esta tercera causal específica referida a las instrucciones del juez técnico al jurado. Durante todo el primer año de implementación de la reforma procesal penal muchas dudas ha habido con relación a las instrucciones, a partir de situaciones que sólo pudieron reflexionarse una vez presentadas en los juicios en concreto. Entre las conclusiones que los jueces técnicos que dirigieron juicios por jurados pudieron obtener durante el primer año con relación a las instrucciones, cabe mencionar:

- a. Las instrucciones generales que se proporcionan a los jurados deben tener el mismo contenido y ser replicadas de la misma forma en todos los juicios, ya que esta es una forma de tender a la estandarización sobre la que tanto hemos insistido a lo largo de estas páginas.
- b. Independientemente de la facultad de las partes de proponer instrucciones, quien en última instancia determina cuál será el contenido de las mismas es el juez técnico, como juez del derecho en el caso concreto que se esté debatiendo.
- c. Ahora bien, el hecho de que sea el juez del derecho el decisor final del contenido de las instrucciones, ello no quita responsabilidad a las partes en términos de plantear aquellas cuestiones que consideren relevantes para obtener un veredicto adecuado a las exigencias normativas. Es al momento de debatir las instrucciones cuando las partes deben poner en discusión todas las cuestiones específicas que consideren que el juez debe explicar al jurado, en términos de valoración de la prueba, explicación de los tipos penales, indicación de las dinámicas propias de la deliberación y construcción del veredicto. Finalmente será el juez quien decida a qué planteos hace lugar y cuáles descarta, pero bajo ningún concepto las partes deben jugar un rol pasivo en esta instancia, ya que en la dinámica que venimos desarrollando, es un momento crucial para marcar lo que posteriormente puedan llegar a ser agravios en una eventual impugnación.

En el caso concreto en análisis, una posibilidad alternativa – y más precisa, considero – de impugnación podría haberse generado si se litigaba al momento de debatir las instrucciones con el juez técnico sobre la importancia de explicar al jurado las dificultades específicas que presentan para evaluar la credibilidad de un testigo la existencia de contradicciones al interior del testimonio o externamente con otros testimonios u otras pruebas²⁶. Es más: en el caso concreto, también podría haber sido posible que el

²⁶ Si bien hemos observado al momento de presentar la tabla de criterios de valoración de la credibilidad de la prueba testimonial que estos aspectos referidos a las contradicciones están dentro de la categoría de relevancia no específica en términos de consideración para medir la credibilidad, ello no obsta a que en un caso concreto un defensor concreto con relación a una situación concreta pueda instar a generar una

defensor, al momento de litigar las instrucciones solicitara al juez técnico que sobreseyera a su defendido y no instruyera al jurado sobre ningún delito en su contra, en función a considerar insuficiente la prueba producida para poder valorar la participación o no del acusado específico en el caso concreto.

Imagino que más de una persona, al leer el párrafo anterior (si es que llegaron a este momento del texto) está pensando “sí, pero es imposible que el juez de la razón al defensor”. Como es una afirmación frecuente en todos los ámbitos la que reza que “el juez nunca me va a hacer caso”, debo recordar a riesgo de molestar, que la tarea técnica de los abogados no es formular las peticiones que saben que los jueces van a recibir de buen agrado, sino formular las peticiones pertinentes y adecuadas a los intereses de la parte que representan. Personalmente, como ya lo dije más arriba, estoy cada día más convencida de que un sistema sólo funciona si somos estrictos técnicamente. Y desde el punto de vista técnico debemos recordar que para poder recurrir, yo tengo que haber previamente advertido al juez anterior que su decisión en mi contra generaba la posibilidad de un agravio concreto que me habilitaría el recurso. Entonces, no me importa a ciencia cierta si el juez me dice que sí o me dice que no (en el supuesto concreto que evaluamos, si el juez hubiera dicho que sí mejor aún para el acusado: sería sobreseído antes incluso de instruir al jurado por carencia de prueba suficiente para valorar un posible veredicto en su contra); lo que me importa, es que en caso de que la decisión me resulte adversa yo ya senté la base que me habilitará el recurso y una discusión mucho menos enredada por cuanto desde el primer momento (trátase de la audiencia de control de la acusación, la audiencia de selección o la discusión de las instrucciones) yo estaré dejando claro cuál es el agravio que genera el ocasional perjuicio que me llevará a la impugnación.

Y en cuanto a la eventual negativa del juez a sobreseer al acusado sin instruir al jurado al respecto, más allá que considero que en este caso puntual nos encontramos en una situación que no habría habilitado tal decisión por cuanto no se señala que “no hay prueba en su contra” sino que se manifiestan contradicciones en la prueba que, de acuerdo a la visión del defensor, la hacen de escasa calidad para fundar una condena, no podemos perder de vista que el juez es juez del derecho y en función a ello su atención estará puesta durante todo el juicio en la existencia de un hecho con significado en el mundo de lo penal y evidencia de comprobación suficiente como para que el jurado pueda debatir sobre la base de una teoría del caso presentada en forma suficiente (donde se haya presentado prueba que cubra cada uno de los hechos que se subsumen en cada uno de los elementos del tipo penal llevado a juicio). Si no se hubiese logrado llegar a esa suficiencia en la presentación de la teoría del caso, que implica la posibilidad real de enviar al jurado a deliberar sobre el último punto en que ingresa la subjetividad, cual es la credibilidad del caso a partir de la prueba presentada, entonces como juez del derecho que es, tiene completa facultad de no habilitar la deliberación y sobreseer al acusado o acusados contra los que no se haya logrado presentar un caso completo (hablo de “presentar” y no de “probar” porque se trata de una cuestión de verificación técnica sobre la existencia de los tres elementos troncales de la teoría del caso – hechos, derecho y prueba –, no de valoración sobre la prueba presentada).

Esta última mención sirve también a los efectos de clarificar por qué razón la calificación se realiza en el juicio de responsabilidad. Siendo el juez del derecho el encargado de

instrucción específica de valoración de esos testimonios por la posibilidad de generar una decisión no razonable.

brindar las instrucciones al jurado y estando bajo su obligación aquella verificación sobre la presentación de una teoría del caso completa, va de suyo que al momento de instruir al jurado lo hará sobre la base de un determinado tipo penal que, en caso de llegarse a un veredicto de culpable, lo condicionará en la audiencia de cesura puesto que ha sido él mismo quien ha realizado la calificación sopesando todos los elementos en discusión al momento de discutir las instrucciones con las partes, proporcionarlas al jurado y enviarlos a deliberar.

4.3. La dinámica de la impugnación en un juicio por jurados.

A partir de esta mirada presentada y de las posibilidades concretas que brinda el Art. 238 en términos de litigación, creo que es como debe concebirse la impugnación en estas áreas. En definitiva, el Art. 238 más que una norma referida a la impugnación en sentido estricto constituye una advertencia a todos los jueces intervinientes en el proceso por jurados desde la audiencia de control de acusación en adelante.

¿Por qué? Porque el Art. 238 le está indicando a los litigantes que si identifican un problema de admisibilidad de la evidencia o de cualquier índole probatorio, deben plantearlo en la audiencia de control de la acusación ya que es el espacio específico para debatir ese tema y **prevenir** que se llegue a juicio con elementos que puedan llevar a un error en el veredicto. A la vez le está indicando al juez que intervenga en esa audiencia que no puede desentenderse de resolver en forma adecuada los planteos que las partes le realicen en cuestiones de admisibilidad probatoria, ya que caso contrario está habilitando la posibilidad de una eventual impugnación por haber admitido evidencia de baja calidad o haber impedido la incorporación de evidencia exculpatoria.

También el Art. 238 le está indicando a los litigantes que atravesado el filtro de la audiencia de control de acusación, es su obligación estar atentos y actuar en forma idónea técnicamente para la selección de un jurado imparcial y plural; para ello le genera una serie de herramientas específicas que van desde las preguntas concretas a los potenciales jurados para conocer su posible posición con relación a los hechos que se juzgarán hasta la recusación con causa y sin causa como elementos de descarte de aquellos ciudadanos/as que considere perjudiciales para su caso. Igualmente le está indicando al juez que debe resolver a conciencia y en base a la evidencia y argumentación que se le presente cada uno de los planteos de las partes, dado que en caso contrario podrá habilitar la posibilidad de una impugnación por no haber posibilitado la constitución de un jurado imparcial y plural.

En tercer lugar el Art. 238 le indica a los litigantes que el momento de debate de las instrucciones con el juez técnico no es un recreo del juicio sino que probablemente, habiendo atravesado el filtro de la audiencia de control de acusación y el filtro de la audiencia de constitución de jurados, y habiendo litigado todo el juicio, este es el momento crucial para plantear todas las cuestiones técnicas (en el ámbito de la teoría del caso completa: hechos, derecho y prueba) que considere relevantes previamente a instruir al jurado (sobreseimiento por no haber presentado un caso completo, por ejemplo) y en cuanto a la instrucción al jurado en específico (reglas especiales de valoración de algún tipo de pruebas, construcción de la explicación de la calificación legal, posibilidad de incorporar calificaciones alternativas, etc.). Y evidentemente, también este artículo es un indicador para el juez en sentido que debe ser muy cuidadoso en el lugar donde pone los límites y las decisiones que toma, en función a que nuevamente una decisión que genere un perjuicio habilita la impugnación en consecuencia.

Finalmente, considero que el Art. 238 es también un indicador para el Tribunal de Impugnación al momento de valorar el recurso y sopesar la necesidad o no de presentarlo por la vía genérica del Art. 236. Parte de la función pedagógica del Tribunal de Impugnación debería ser, en estos primeros momentos de construcción del sistema de impugnación en general en el marco de un proceso por audiencias y en específico en lo relacionado con los jurados, verificar si la impugnación genérica presentada por el Art. 236 no habría tenido que ser en realidad una impugnación construida en específico desde una de las causales del Art. 238.

En el caso en análisis, como he expuesto, considero que el defensor podría haber planteado en primer término la inadmisibilidad del caso a juicio en la audiencia de control de la acusación ya que en ese momento específico contaba con la información sobre el contenido de las declaraciones. Probablemente en este estadio del proceso penal ningún juez le habría hecho lugar a la prohibición de avanzar al juicio – en realidad nunca lo sabremos – pero haber generado ese planteo en su momento habría significado una “marca” para presentar en la impugnación la relevancia del tema y el momento desde el que el mismo se venía planteando.

Si hubiese avanzado hacia el juicio, dado que se trata de una cuestión de prueba y no de parcialidad o pluralidad en la constitución del jurado, considero que al momento de la discusión de las instrucciones el defensor podría haber pedido en primera instancia el sobreseimiento de su defendido por falta de prueba suficiente y la consecuente no instrucción al jurado con relación específica a Cardozo y, en segunda instancia, si el juez no hacía lugar a dicho pedido, la generación de una instrucción específica sobre la valoración de testimonios contradictorios al interior de los mismos, en el tiempo (declaraciones previas) y con relación a otros testimonios y pruebas presentadas en el juicio. Nunca sabremos tampoco si el juez habría hecho lugar a esa instrucción específica y, en caso positivo, si el jurado habría decidido en el mismo sentido, pero ante la posibilidad de que ambas situaciones se dieran, nuevamente se habría posibilitado la **prevención** sin necesidad de llegar a una revisión posterior.

En última instancia, dado lo novedoso del sistema y asumiendo que no podemos exigir a las partes una precisión técnica que en realidad ninguno de nosotros tiene ya que son cuestiones que en general vamos reflexionando a medida que las situaciones se presentan, considero que el Tribunal de Impugnación, habiendo abierto el recurso y decidido en favor del acusado, debería haber construido una explicación más pedagógica sobre las causales de impugnación, la importancia de ir desde lo específico hacia lo genérico y la necesidad de mejorar en cuanto a la precisión técnica. Es claro que el trabajo del defensor en este caso puntual ha sido de un gran profesionalismo y de gran responsabilidad, en la misma medida en que también es claro que muchos de los aprendizajes del nuevo sistema se van haciendo sobre la experiencia práctica cotidiana. Creo que los jueces tienen un desafío fundamental: indicar a los litigantes las exigencias del nuevo sistema – asumir esa función pedagógica a la que me he referido constantemente – o suplir a los litigantes en su labor.

Realizar un análisis escalonado en cada caso, que permita identificar si alguna de las causales específicas del 238 podría haber sido procedente en lugar de recurrir en forma directa a la causal genérica del 236 puede resultar engorroso y de gran tedio para los jueces en un primer momento de su trabajo, pero a la larga implica tres beneficios importantes para el sistema:

1. Posibilitar el tránsito hacia un sistema de **prevención** de los errores ex ante, ya que ese análisis servirá tanto a los litigantes cuanto a los jueces que hayan intervenido con anterioridad en el proceso y minimizar la necesidad de **controles** ex post.
2. Subir el estándar de litigación y técnica a los abogados, de forma tal de funcionar como un verdadero tribunal de impugnación y no como un suplente de las quejas mal formuladas por las partes.
3. Proteger el ámbito máspreciado del sistema implementado por los jurados, cual es el de la soberanía popular que deriva de 12 ciudadanos y ciudadanas escogidos al azar y constituidos en un tribunal imparcial y plural, con miradas diversas y potencialidades de análisis desconocidas para los técnicos, de un control policíaco por parte de un tribunal que, como he mencionado, tiene una legitimidad muy diferente a la de un jurado.

5. Conclusiones

“No tenemos que ser freudianos para saber que los jueces, al igual que el resto de los mortales, no pueden disociar y compartimentalizar su historia propia y las influencias que reciben de la comunidad simplemente cerrando la puerta y abriendo un libro de derecho”²⁷. Esta es la principal razón que me lleva a ser tan insistente en la importancia de asumir que no es la tarea principal del Tribunal de Impugnación “controlar” la valoración de la prueba realizada por el jurado sino que su tarea es mucho más rica en términos técnicos puesto que se constituye en el potencial generador de estándares de uso previo al juicio, al momento de la admisibilidad de la prueba, que nos permitan transitar hacia un sistema donde la calidad de la información producida en el juicio sea una realidad y no una expresión de deseos.

Parafraseando a Binder, la construcción de estándares objetivos de valoración de la prueba, en particular de la prueba por testigos, no es algo que se hace de un día para otro. Hay que analizar la jurisprudencia, extraer criterios de los casos, conocer la experiencia empírica, mirar las realidades de sistemas que sí han avanzado en este sentido, etc. Al expresar que el Tribunal de Impugnación ha iniciado la construcción de un estándar en ese sentido con los famosos tres testigos de este caso y la valoración que ha realizado, he querido disparar el necesario debate sobre cómo deben construirse esos estándares y cuáles son las consecuencias de los mismos. Ambas cuestiones, creo yo, deben estar permanentemente en la mente de los jueces que toman las decisiones de revisión de los casos.

Construir un sistema que tienda a la prevención más que al control de los posibles errores en la toma de decisiones es parte esencial de una estructura procesal democrática y hacia allí debemos caminar. Estoy absolutamente convencida que una de las labores centrales de los jueces en esta tarea es dotar a los abogados de lineamientos e indicaciones para perfeccionar la labor técnica. No podemos perder de vista que venimos del mundo del expediente; tampoco podemos hacernos los tontos con la idea que reinaba en muchas cabezas en sentido que cualquier cosa que se hiciera a lo largo del proceso no tenía relevancia ya que siempre todo podía resolverse en la impugnación. Confundir el

²⁷ Tuve esta cita en mente desde el inicio de este artículo, pero llegada al final no logro encontrar el texto del que la obtuve, así que sólo diré que no me pertenece pero que, lamentablemente, no recuerdo el autor.

derecho a una revisión amplia e integral con la pervivencia de ese tipo de prácticas es, a mi modo de ver, altamente nocivo. No sólo porque debilita la labor de los profesionales que se toman en serio su trabajo, sino también porque habilita la arbitrariedad – deseada o no – de las decisiones, que en lugar de basarse en criterios objetivos que van construyéndose y fortaleciéndose con el análisis que hemos mencionado, se toman sobre la base del caso concreto en soledad, aislado del sistema procesal en su conjunto, el humor del día y la mejor o peor argumentación de los abogados.

Sin dudas se trata de temas que requieren muchísima reflexión, una evaluación permanente y constante sobre el curso que van tomando los casos penales y un ojo atento sobre los resultados en general del sistema. No por nada, estos temas siguen estando presentes en las discusiones judiciales de países con una tradición oral y por jurados de siglos. Baste para ello culminar con una última cita al trabajo canadiense que hemos tomado como referencia: *“La renuencia general de la Corte Suprema a anular los veredictos del jurado puede ser explicada por este grado de especulación. En ausencia de evidencia empírica de incompetencia, tiene sentido errar por el lado de la precaución y dar al jurado el beneficio de la duda. Cuando esta no intervención en un veredicto del jurado da lugar a una condena, uno podría preguntarse si la presunción de inocencia manda el enfoque opuesto. En caso de duda, ¿los tribunales de apelación deben proteger la autonomía del jurado, o la libertad de los acusados? La respuesta está en la regla de que una vez que el acusado ha sido declarado culpable, la presunción de inocencia ya no tiene aplicación”*.