

Viva la disidencia
O de la importancia de no creernos dueños de la verdad

Leticia Lorenzo
Coordinadora de la Escuela de Capacitación
letuchia@gmail.com

1. Antecedentes.

En el inicio de los tiempos, allá por febrero de 2014, el Fiscal General de la provincia – y un buen amigo personal de la que escribe – se paseaba por todos los rincones que quisieran escucharle abogando por una reforma al régimen de medidas cautelares en el nuevo CPP. En ese momento, Fuera del Expediente tuvo la gentileza de publicar un artículo mío denominado “Las reformas apresuradas” (31/03/2014) donde me refería en contrario a la idea reformista.

Avanzada la era “nuevo código” tuvimos la primera absolución en un juicio por jurados, uno de los momentos más trascendentes – al menos para mí – de esta nueva historia procesal. Allí también José Gerez declaró sobre lo que él consideraba errores de procedimiento que hacían anulable el veredicto del jurado popular. Nuevamente Fuera del Expediente publicó un artículo de mi autoría denominado “Deliberación y encierro: cargar al jurado más de la cuenta (¿tomarle el pelo al jurado?)” (12/08/2014) donde me oponía a la posibilidad de nulidad del veredicto y realizaba algunas consideraciones sobre la no procedencia del encierro.

Alguna vez iba a ocurrir, en una provincia donde no somos muchos quienes tenemos la voluntad de hacer públicas nuestras opiniones sobre algo tan específico – y hay que asumirlo: poco tangible para la comunidad – como es el proceso penal, que José Gerez y yo coincidiéramos en la opinión sobre un tema determinado. Y es lo que ocurre con el tema que me trae a escribir nuevamente: la posibilidad del Tribunal de Impugnación de revocar el veredicto de un jurado popular valorando la prueba y arrogándose la competencia de un tribunal para decidir la absolución de una persona. Sí: luego de transcurrido un año coincido con Gerez. Por supuesto el Fiscal General tiene un estilo mucho más vinculado a la generación de impacto y la transmisión de mensajes cortos y contundentes. Y posiblemente esas razones son las que lo llevaron a hacer las declaraciones que realizó en los medios y en el sitio web oficial del Ministerio Público Fiscal sobre este caso. Tampoco es desconocido para quienes transitamos los caminos de la Paparazzi Judicial que la relación entre el Fiscal General y los jueces penales de la provincia dista bastante de ser un lecho de rosas. En consecuencia, lo que los Jueces Penales digan y/o piensen del Fiscal General y lo que el Fiscal General diga y/o piense de los Jueces Penales es una cuestión que no me involucra, no me quita para nada el sueño ni me produce preocupaciones de ninguna especie. Como tampoco me inquietan las razones por las que digan, en determinadas circunstancias, una u otra cosa.

Por mi parte, mi interés es de largo plazo y se vincula estrictamente con una obsesión, bastante conocida por las personas con las que trabajo continua o eventualmente: lograr

que el proceso penal sea lo menos arbitrario posible, cuestión que se vincula directamente con la necesidad de generar un entorno de condiciones que nos obligue a los abogados a ser lo más técnicos posibles. Desde ese lugar es desde donde produje otro artículo que Fuera del Expediente publicó llamado “Impugnación y Juicio por Jurados. Un camino a recorrer” (20/01/2015), texto en el que creo haber aclarado muchas veces la intención de aportar a un debate aún incipiente, donde nada puede ser tomado en términos dogmáticos y en el que, por qué no, todos (**todos**) podemos equivocarnos en nuestras apreciaciones y visiones.

Alfredo Elosú Larumbe, integrante del Tribunal de Impugnación y también un buen amigo con el que mis consensos son muchos más que mis disensos, ha escrito un artículo publicado por FdE el 31 de enero en consecuencia a este consenso mío con el Fiscal General, haciéndose cargo primero de los dichos de Gerez y luego avanzando en las respuestas a mi artículo. En función a lo mencionado sobre el romance Fiscal General/ Jueces Penales, no voy a referirme a los aspectos que hacen a las opiniones de Gerez. Sí me parece importante destacar – y a ello se deben los párrafos anteriores – que mis opiniones sobre este tema en particular no se deben a los dichos del Fiscal General ni se vinculan con una necesidad de apoyar sus acciones o intenciones dentro del proceso concreto que genera todo este debate. Si escribí un documento tan extenso que harta al lector, fue por una necesidad personal de compartir preocupaciones sobre un tema nuevo, en el que nuestra provincia está caminando en soledad y a partir del cual podemos generar mucho aprendizaje y experiencias para el resto del país.

Por supuesto, de más está decirlo, que si escribí todo lo que escribí fue porque busco convencer a los lectores de mi posición - ¿qué otro sentido tiene perder el maravilloso tiempo del verano en estos temas, si no el de tratar de ganar amigos para la propia postura? – Pero insisto en algo: mi finalidad no es otra que la de reflexionar sobre cómo lograr un proceso penal con la menor cantidad de arbitrariedad posible. Ningún otro fin persigo.

Por ello también es que elaboro esta respuesta, porque me parece sumamente fructífero generar un debate – donde ojalá otras voces comiencen a participar – y repensar nuestras posiciones. Leyendo el documento producido por Alfredo no he modificado mi posición original, pero sí encuentro que quizá haya algunos aspectos en los que no he sido todo lo clara que hubiese querido y se genera lugar a interpretaciones diferentes a mi pretensión original. A esos puntos me referiré en el desarrollo de este texto.

Sólo una digresión más antes de adentrarme en lo sustancial. Al partir su artículo, luego de reseñar el caso en cuestión y la decisión asumida, menciona que “*Los ataques a esta decisión no tardaron en llegar*” (página 1). Jamás ha estado en mi ánimo “atacar” una decisión. Mucho menos a esta. En ese sentido me parece importante señalar que, en adición a la lejanía de mi voluntad en ese sentido, previamente a la publicación del artículo compartí las ideas del mismo con dos de los integrantes del Tribunal de Impugnación que tomaron esa decisión, con el fiscal y con el defensor del caso. Es más: les envié el artículo en forma previa y de la misma forma en que lo mencioné en la introducción del texto publicado, les hice saber que consideraba – y sigo considerando – que este es un tema novedoso sobre el que hace falta muchísima reflexión y debate. Ahora, si en tanto una persona manifiesta una opinión discordante con una decisión judicial, intentando al máximo posible dar las razones de esa disidencia, el calificativo a utilizar será el de “ataque”, estaremos en problemas ya que no podremos nunca manifestarnos contrarios a ninguna decisión judicial. Respeto lo decidido por el Tribunal de Impugnación; desde mi particular

visión del universo, me alegro porque haya una persona menos condenada en el mundo. Pese a eso, no estoy de acuerdo con la decisión.

2. Las posiciones diversas

A partir de aquí me referiré a algunos aspectos del artículo de Alfredo donde se marcan divergencias con mi texto pero, entiendo, se interpretan contrariamente a mis intenciones cuando lo escribí lo que allí menciono.

Dice Alfredo en la página 3 de su artículo *“En lo que aquí interesa, Lorenzo se pronunció en total desacuerdo con las ideas sostenidas por el profesor Andrés Harfuch cuando menciona 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. Para la Coordinadora de la Escuela de Capacitación el Tribunal de Impugnación no tiene una habilitación amplia y completa para volver a valorar la prueba que ya ha sido valorada por el jurado.”* Es este el primer punto en el que encuentro que no fui lo suficientemente clara en mi artículo original: mi completo desacuerdo **no es con Harfuch**, sino con **la interpretación de Harfuch realizada por el Tribunal de Impugnación** en sentido que existe una habilitación amplia y completa para volver a valorar la prueba casi como punto de partida de cualquier revisión en una impugnación a una sentencia.

Tal como lo mencioné en el artículo original, **mi interpretación** de Harfuch va en sentido que el acento importante en su afirmación está en el peso de la segunda parte: la necesidad de re evaluar nuestra práctica y generar una metodología de litigación específica en lo que respecta al recurso en el juicio por jurados, asumiendo que esta modalidad de enjuiciamiento 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 calidad. Si se observa específicamente la nota al pie de ese apartado (la nota nro. 5) se puede constatar que en referencia justamente al aspecto técnico metodológico de la impugnación, anuncio que mi pretensión sería que esta nueva discusión permita construir una práctica más disciplinada de la impugnación en general, no sólo para el caso del juicio por jurados. Con lo cual, quisiera extender lo mencionado en el artículo de origen y sostener lo siguiente: mi pretensión no es que el juicio por jurados tenga una *“exigencia probatoria distinta a la hora de condenar”*. Mi pretensión, antes bien, es que el Tribunal de Impugnación desarrolle un método de análisis en el que la vuelta a valorar resulte excepcional no por una cuestión de impedir el acceso a la revisión a condenados, sino por haber tomado con la suficiente seriedad y profesionalismo la necesidad de generar estándares que posibiliten controles ex ante que eviten al máximo posible nuevos casos como el presente.

Lo que entiende correctamente Alfredo, entonces, es que estoy convencida que el Tribunal de Impugnación no tiene una facultad amplia y completa de volver a valorar la prueba, eso es correcto. Lo que no he llegado a dejar claro es que esa afirmación en nada se vincula con una intencionalidad de mi parte de cerrar el recurso a los condenados, sino que tiene que ver con re pensar el trabajo técnico que debemos hacer los abogados (que si en algo nos diferenciamos es, creo yo, en que deberíamos tomar con mucha más precisión y planeación nuestra labor a lo largo de todo el proceso).

Continúa Alfredo diciendo que *“el acento no se pone en haber probado que una persona cometió un hecho punible ‘más allá de toda duda razonable’. No se quiere evitar toda posibilidad de que se cometa una injusticia. Lo único que se pretende impedir es que ese posible error -que puede llevar a una persona a la cárcel por muchísimos años- no sea ‘grotesco’.*” En este punto debo aclarar que mi intención está bastante alejada de la afirmación “si lo condenó un jurado, por más que esté mal condenado, que quede preso”, pero nuevamente debo insistir en que la labor de los abogados es técnica en este sentido.

Y técnicamente, lo que espero del Tribunal de Impugnación es que asuma una de las tareas más dificultosas de un sistema con juicio por jurados: darle contenido exacto y estricto al estándar “más allá de toda duda razonable”. Mi posición no tiene que ver, en definitiva, con si el jurado es más razonable que el tribunal de impugnación o viceversa; se vincula con la inexistencia de una definición concreta, objetiva, de qué es lo que debe considerarse para entender que esto está “más allá de toda duda razonable” o no. Esa definición es intentada por los jueces profesionales al brindar las instrucciones al jurado. Sería interesante saber cómo entiende tal definición el Tribunal de Impugnación. Caso contrario, estaremos siempre en la situación de “más allá de toda duda razonable” está lo que yo considero (donde “yo” es el juez técnico de turno en la impugnación) que está “más allá de toda duda razonable” con lo cual, el ámbito de posible arbitrariedad que se genera es importante, sobre todo porque es bastante evidente a esta altura del sistema que no todos los jueces de impugnación tienen el mismo criterio con relación a estos temas y ello genera el riesgo para los acusados de que la decisión no se base en un estándar objetivo sino que dependa del juez que toque a la hora de decidir.

Y a continuación Alfredo continúa en la misma línea: “Si no es grotesca, la injusticia se acepta. El problema es que quién la sufre es el imputado”. El punto 4 del artículo que critica por erróneo, constituye un intento bastante detallado de explicar por qué tal “injusticia” no puede llegar. El Art. 238 del CPP vigente en Neuquén establece una serie de causales específicas de impugnación en el juicio por jurados que permiten prever, desde la misma audiencia de control de acusación, que tal “injusticia” no suceda. A la vez generan una obligación a los litigantes, quienes – debe decirse claramente – desde que tomen el caso deben pensar estratégicamente qué quieren estar en condiciones de decir en la impugnación, si eventualmente tuviesen que llegar hasta esa instancia. Pero esa obligación les genera una enorme ventaja: tienen herramientas suficientes para plantear una serie de pedidos previos a la impugnación – ¡incluso previo al juicio! – para impedir que un caso que tiene riesgo de “sufrir una injusticia” llegue a ser sentenciado. Lo “grotesco” (que parece ser la palabra que le preocupa más a Alfredo y que a mi honestamente me fascina por la carga potencial que tiene para evidenciar el mal funcionamiento del sistema de administración de justicia cuando estas cosas suceden) no se vincula con lo “excepcional” en términos de impedir que se revise el caso, sino que se vincula con lo excepcional en términos de que este caso **debería haber sido frenado mucho antes**, no debería haber llegado a esta instancia, deberían haberse utilizado todas las herramientas que el proceso efectivamente brinda para impedir una penuria tan larga para el acusado como es la de pasar por un juicio, ser condenado y depender de una revisión. Es “grotesco” porque el sistema no funcionó. Es “grotesco” porque el sistema causó sufrimiento injustificado a una persona. Es “grotesco” porque todo el proceso está estructurado para que eso no suceda y sin embargo sucedió. No sólo es grotesco, es también indignante. Quisiera ser clara en este punto: ninguna intención más alejada de mi persona que generar condenas erróneas. Pero, eso sí, absolutamente todas mis intenciones orientadas a exigir de los técnicos lo que los técnicos tienen obligación de dar; calidad en el servicio que brindan.

No voy a repetir toda la exposición de la cuarta parte del artículo en este texto porque sería un abuso, pero sí quiero recalcar que a lo largo de todo su desarrollo insistí en que lo incipiente del modelo nos obliga a ser más tolerantes en cuanto al formato de litigación y a generar las llamadas de atención a los abogados en cuanto a las cosas que podrían haber hecho y no hicieron. Jamás intenté decir algo del estilo “si el abogado no lo hizo, que pague los platos rotos el acusado”. Pero sí considero que sería deseable, sobre todo tratándose de un alto tribunal de la provincia, que ante estos primeros casos cumplieran esa función pedagógica a la que me refiero explicándole a los abogados la cantidad de caminos previos que podrían haber tomado para evitar llegar a esta situación, advertir que por lo novedoso del sistema se realizan consideraciones más amplias pero también exigir que la preparación para este tipo de instancias sea adecuada.

“Para que se cumpla la garantía el imputado y su defensa deben poder volver a discutir libremente “todo”, incluso la prueba. Si ello no es así, no hay garantía y, por lo tanto, se viola la Constitución Nacional y se desoye la doctrina de ‘Herrera Ulloa’ y ‘Casal’.” Afirma Alfredo. De acuerdo, que se discuta todo. La pregunta del millón es, para mí, ¿con qué método? ¿Se puede volver a discutir todo en cualquier orden? ¿Se puede discutir todo en forma antojadiza? ¿Se puede intentar discutir algo sólo para habilitar que el revisor “discuta” el resto? ¿No debe existir algún tipo de metodología que de un orden a ese “discutir todo”? Quizá mi problema sea que soy demasiado obsesiva con la cuestión metodológica, pero a riesgo de sonar reiterativa debo decirlo una vez más: si todo este andamiaje está puesto en manos de técnicos del derecho, alguna diferencia debe existir con el “discutir todo” que podría generar un lego. Si no tenemos un método para ese discutir todo, que haga de ese “discutir todo” algo diferente a “volver a hacer un juicio”, qué sentido tiene que tengamos dos instancias diferentes viendo las mismas cuestiones. Y si ese “discutir todo” es verdaderamente “volver a hacer un juicio”, ya mi duda pasa a ser más organizacional: ¿por qué tenemos dos instancias distintas, con jueces de distintas categorías, haciendo exactamente lo mismo?

Y retomo la posibilidad metodológica que nos da el Art. 238 con relación específica al juicio por jurados: analizar desde lo más hacia lo menos es una interesantísima posibilidad de comenzar a generar una práctica menos aleatoria, más fundada en los procedimientos, en definitiva: más profesional. Y generar una práctica más profesional nos genera la enorme, inmensa oportunidad de evitar que las condenas sean erróneas no por la obra de un tribunal revisor ex post, sino por causa de un control adecuado ex ante. ¿No es una finalidad deseable la de evitar que lleguen a la instancia de revisión casos que desde su origen no deberían haber sido sometidos al enjuiciamiento penal?

Y honestamente, leyendo las citas a mi artículo que realiza Alfredo más aún me convenzo de que el camino que propongo es, metodológicamente, una forma al menos debatible de lograr un sistema penal menos arbitrario y, por tanto, más adecuado con las garantías constitucionales de toda persona acusada de un delito. Dice Alfredo *“El derecho constitucional a revisar amplia y eficazmente la condena no admite condicionamientos. Si existen condiciones es porque el recurso no es ‘amplio’”* e insisto yo: no se trata de condicionamientos, se trata de pasos metodológicos. El propio fallo Casal (que no podemos olvidar que se desarrolla en el contexto del recurso de casación, con las limitaciones que la misma CSJN marca para ese tipo de recursos propio de un sistema distinto – no al canadiense ni al norteamericano – al diseñado por nuestra propia Constitución Nacional) al referirse a la sana crítica como mecanismo de fundamentación de los jueces, establece una pauta metodológica concreta en sus considerandos 29 y 30 al referirse a la necesidad de contar con un **método racional de reconstrucción del hecho pasado**, que permita

reconocer el razonamiento realizado por el juez y estableciendo que el método no puede ser otro que el de la historia. Es decir: es necesario tener métodos, modos ordenados de proceder.

El proceso penal en su conjunto es un método: una serie de actividades para llegar a un resultado determinado. En función a cómo vayan desarrollándose esas actividades será el resultado que se obtenga. ¿Cómo no pretender, en ese contexto, que uno de los tribunales que está más alejado del inicio de este proceso específico, revise el modo en que se ha procedido como paso previo, objetivo, estandarizado, para recién después entrar a considerar si es necesario revisar el fondo? ¿Cómo no pretender que un tribunal revisor comience a generar esas pautas, a llamar la atención sobre la importancia de adecuarnos al mismo método, como una forma de disminuir al máximo posible la arbitrariedad y, consiguientemente, las condenas erróneas? Humildemente y por el enorme cariño que le tengo a Alfredo, considero que es necesaria de nuestra parte una mayor reflexión y análisis sobre las demandas propias de este método que impone el CPP de Neuquén, antes de decir que mi intento es “disfrazar de compatibilización” una intención real de no permitir la revisión amplia. Debemos asumir que una casa no se comienza a construir desde el techo, que primero hay que poner los cimientos. Y comenzar una revisión por la valoración de la prueba es, desde mi modesto entender, arrancar la casa por el techo, introducirse en el aspecto más dificultoso de objetivar y revisar en términos de decisión, cuando nada obsta a utilizar un método que inicialmente puede resultar más engorroso – partir del Art. 238, analizar la actuación de las partes, referirse a la misma, “enseñar” el nuevo método – para que en aquellos casos en que sea necesario – ya que la palabra “excepcional” causa tanta alergia, utilicemos la palabra “necesidad” –, recién se inicie un análisis sobre la prueba.

Ante la afirmación recién realizada surge la respuesta inmediata: “*el tribunal revisor tiene competencia limitada al agravio de la defensa -art. 229 CPP-. Eso quiere decir que es la defensa quien habilita la competencia del tribunal de alzada para discutir por qué a su juicio la sentencia está mal dictada*”. La respuesta corta a esta afirmación sería que el Tribunal de Impugnación ya ha ido más allá del mandato del Art. 229 en la revisión de la condena contra José Sebastián González, donde pese a no existir agravio contra las instrucciones decidió ingresar a revisarlas fundándose en que podrían afectarse derechos sustanciales del acusado. En la propuesta analítica que yo realizo con relación al Art. 238, el Tribunal de Impugnación siempre estaría en el contexto de revisión de posibles afectaciones a derechos sustanciales del acusado, previas a la valoración de la prueba como tal, por lo que a través de esa decisión en el caso González se sostiene la viabilidad de la misma. Pero adicionalmente, y yendo a un argumento adicional al del precedente citado, la cuestión pasa aquí, a mi entender, por debatir el análisis sustancial que el tribunal debe realizar para establecer – en términos metodológicos estandarizados – si quien plantea el agravio sobre la errónea valoración de la prueba, está en lo cierto. Si seguimos con el razonamiento de que no podemos ir al techo sin antes haber fijado los cimientos, entonces se hace sumamente necesario conocer la actividad previa desarrollada por el abogado que plantea una incorrecta valoración de la prueba, porque esa actividad permitirá al Tribunal de Impugnación conocer con mayor precisión y certeza la actividad que llevó al jurado a deliberar de una u otra manera:

- ¿Cuestionó la admisibilidad de la prueba en la audiencia de control de acusación? Si no la cuestionó, ¿por qué no lo hizo?
- ¿Anunció la falta de credibilidad de la prueba en los alegatos? Si no lo anunció ¿por qué no lo hizo?

- ¿Pidió alguna instrucción específica al juez profesional sobre credibilidad de testigos que se contradicen (o sobre el punto específico de valoración que desea agregar)? Si no la pidió, ¿por qué no lo hizo?
- Si pidió la instrucción, ¿se la concedieron? Si no se la concedieron ¿por qué no se la concedieron?
- Si se la concedieron ¿el jurado la escuchó?

La respuesta a todas esas preguntas le permitiría en alguna medida al Tribunal de Impugnación reconstruir “el camino de la valoración” realizada por el jurado originalmente y, a partir de allí, revisar la prueba cuestionada si es necesario avanzar hacia ese momento; pero habrá casos en los que no se dé la necesidad. El agravio sigue siendo el mismo “la prueba fue mal valorada”, pero la función del Tribunal de Impugnación, sobre la base de ese agravio, no siempre será la misma. En algunos casos le bastará con revisar cómo se instruyó al jurado con relación a la prueba para determinar si hubo posibilidad o no de una deliberación adecuada. Si en este caso, por ejemplo, el jurado no hubiese recibido ningún tipo de instrucción con relación a la valoración de la prueba, la discusión sobre si la prueba es creíble o no para el Tribunal de Impugnación sería abstracta: si el jurado no recibe instrucciones, no puede deliberar en forma adecuada y, por consiguiente, no existe garantía de que el veredicto haya sido arribado más allá de toda duda razonable.

Metodológicamente, entonces, es necesaria la revisión hacia atrás para constatar si es pertinente el análisis en este estadio o si, por el contrario, hay que detenerse en un estadio anterior. Y afirmar que esto contraría la competencia limitada al agravio que establece el Art. 229, - adicionalmente a que ya existe un precedente que fue más allá, tal como fue mencionado – me parece un poco “estricto” en la pluma (en el teclado, para ser pertinente con la época) de alguien que defiende a capa y espada el derecho del acusado a una revisión amplia.

A la vez, no generar este esquema metodológico de análisis y trabajo me hace pensar en la inutilidad completa del Art. 238 del CPP, ya que siempre será preferible ir por la vía del Art. 236 que básicamente me permite cuestionar cualquier cosa de cualquier manera. Yo no afirmo que hacer este chequeo previo sea la tarea a la que está llamado el Tribunal de Impugnación desde ahora hasta el final de los tiempos, pero tengo cierta intuición/ ilusión sobre la necesidad de realizarla en esta implementación inicial de la reforma, si no queremos que el Art. 238 pase a ser una cuestión meramente declarativa en el CPP. Alfredo mencionará líneas más adelante en su artículo que mi posición no tiene ninguna base que la sustente y que en ningún lado esa norma establece que el 236 se aplica subsidiariamente. También menciona que tiene razón Harfuch cuando afirma que el recurso en el juicio por jurados no difiere en nada con el recurso en el juicio común (recortando la afirmación que sigue a continuación en el texto de Harfuch, referida al cambio en la metodología de la litigación). Adicionalmente a lo ya cansadoramente mencionado sobre la importancia de contribuir – **todos** – a nuestra propia educación en el nuevo sistema, mencionaré dos cuestiones que, considero, apoyan mi afirmación:

1. El Art. 238 establece que en los juicios ante tribunal de jurados “constituirán motivos especiales para su interposición”. Si el legislador no hubiese tenido alguna motivación orientada a establecer estas causales como las genéricas en un juicio por jurados, el propio artículo no tendría el más mínimo sentido ya que todo podría estar cubierto por el Art. 236. Por tanto si interpretamos que es de libre elección sin ninguna exigencia metodológica ni de argumentación la de ir directamente por el

Art. 236 le pregunto a Alfredo ¿qué utilidad concreta tiene haber dispuesto estas causales en el Art. 238?

2. El Art. 168 del CPP regula concretamente el momento de la audiencia de control de la acusación. La redacción es bastante genérica y el orden específico que establece en sus párrafos, difiere bastante del orden adoptado por los jueces de garantías en función a lo que han entendido como correcto en términos de discusión metódica y ordenada. Perfectamente podría afirmarse que la actual estructura de la audiencia de control de la acusación “no tiene ninguna base que lo sustente” ya que el propio Art. 168 no tiene una pauta metodológica definida para realizar la audiencia ni ordenar las discusiones. Sin embargo, la discusión sobre el contenido del Art., la experiencia cotidiana, el estudio de los casos concretos, han permitido generar una estructura que “no tiene base de sustento” específico en la ley pero es acorde con la finalidad de la etapa intermedia y cumple con lo mandado específicamente para la audiencia de control de la acusación en términos de proceso (concibiendo a todo el código como un proceso y no a esta audiencia como un hecho aislado). Muchas veces, creo yo, la tarea de los jueces pasa por hacer una lectura de la norma en términos armónicos con la finalidad del proceso en su conjunto y no separados como islas que no se tocan.

Finalmente, Alfredo realiza una exposición basándose en la última afirmación de mi artículo sobre a quién debe asistirle razón en caso de duda y pasa a realizar una detallada explicación sobre nuestra estructura constitucional, procesal y orgánica. Nuevamente es necesaria una aclaración: la duda a la que se refiere la afirmación no es una duda sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, es una duda sobre qué valoración debe primar, de dos valoraciones existentes: ¿la del jurado o la del tribunal de impugnación? La cita específica, al igual que todo el artículo en el que está contenida, realiza un desarrollo sobre la posición de la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los veredictos de jurados en Canadá. Y la pregunta concreta sobre la duda en esa cita va sobre ese punto: ¿a quién asiste la razón cuando un jurado ha dicho “blanco” y una Corte de Apelación ha dicho “negro”? En definitiva ¿Qué valoración podemos tener como la cierta de dos valoraciones realizadas con resultados diferentes? Con una particularidad adicional: de la valoración del jurado, sólo conocemos las instrucciones que se le entregaron para deliberar, más no el contenido mismo de la deliberación y sus conclusiones; de la valoración del tribunal de impugnación, podemos tener la fundamentación de cuáles son las razones que lo llevan a sostener que en el caso concreto no pudo haberse llegado a un veredicto más allá de toda duda razonable. Ante esa situación es que el artículo citado menciona que en caso de duda entre dos valoraciones posible la tendencia es a inclinarse por la valoración del jurado. Puede parecer lo mismo, pero no lo es. Sobre todo retomando una parte de mi artículo cuyo análisis extraño mucho en el artículo de Alfredo y es la referida a la forma en que se construye la credibilidad de los testigos y se la valora posteriormente, que constituye el núcleo central del caso que provoca este debate.

No podemos avanzar en la discusión sin hacernos cargo que el gran inconveniente que enfrentamos en estos temas pasa justamente por tener razones que nos llevan a creer o no creer en determinadas personas. Y es allí donde la tarea pasa, desde mi punto de vista, por preguntarse qué cuestiones tomó en consideración el jurado para decidir sobre la credibilidad de la prueba (contenido de las instrucciones generales) y qué cuestiones tomó en consideración el tribunal de impugnación (explicitadas en alguna medida en su decisión). Me sostengo en lo referido en el artículo original y basado en la evidencia empírica sobre factores de credibilidad: la decisión del tribunal de impugnación tiene menos calidad que la del jurado porque aun cuando exponga razones, los criterios que maneja para medir la

credibilidad son, de acuerdo a los estudios empíricos existentes, bastante menos relevantes que los factores que se le indican al jurado en las instrucciones generales.

Finalmente, dado que la preocupación principal de Alfredo parece ser que si se establece como excepcional la nueva valoración de la prueba para verificar “la corrección” de la valoración original, se limita el acceso a un recurso amplio, deseo insistir en algunos puntos vinculados con la revisión, la valoración de la prueba en concreto y el derecho amplio de los acusados ver revisada su sentencia:

- Hasta tanto no comencemos una construcción sistemática de estándares objetivos previos que nos permitan tener ciertas certezas sobre cuáles son los criterios para valorar la credibilidad de la prueba, el ámbito de la valoración es el más discrecional de los ámbitos posibles de impugnación y, en consecuencia, el más abierto a la arbitrariedad.
- Aplicar un método analítico que parta analizando el Art. 238 para lograr identificar si hay casos que queden en alguno de los “filtros” establecidos en esa regulación para recién después pasar al ámbito amplio del Art. 236 no es una tarea prohibida, tiene basamento metodológico y puede significar una mejora en la calidad del trabajo de la impugnación.
- El jurado no es “más legítimo” que un cuerpo de jueces profesionales (Alfredo realiza esta referencia hablando de mi artículo). Detalladamente he descrito que tiene una legitimidad diferente y ese es un factor que debemos recordar a la hora de analizar cómo nos conducimos.
- El estándar “más allá de toda duda razonable” precisa sustancia, contenido concreto. En la medida en que nos mantengamos en “más allá de toda duda razonable” es lo que a mí me parece que está más allá de toda duda razonable, seguiremos en el pantanoso terreno de la posible arbitrariedad.
- Es necesario reflexionar sobre la importancia de generar controles ex ante, mecanismos que permitan a las partes obviar la impugnación no por no dar acceso sino por brindar herramientas anteriores que impidan la llegada a juicio de casos con un alto riesgo de condena errónea.

3. Conclusiones

No pretendo tildar de equivocado el planteo realizado por Alfredo porque respeto su trabajo, lo sé una persona estudiosa y asumo que pese a no estar de acuerdo con lo que sostengo, ha realizado un esfuerzo importante por fundar su posición. Sí me parece necesario despojarnos de nuestros vicios de formación y comenzar a pensar en un sistema que realmente garantice los derechos de las personas sometidas a proceso **siempre**, no caso a caso y dependiendo de la evaluación subjetiva del tribunal que me toque en suerte.

Debo confesar que tengo cierta percepción en las líneas de Alfredo de asumir al Tribunal de Impugnación como una especie de “salvador a futuro en el caso a caso”; es decir: todos los errores que se hayan cometido en el proceso los remediará el Tribunal de Impugnación, introduciéndose o dejando de introducirse en aquello que resulte perjudicial al imputado. De allí quizá su preocupación por entender la “revisión amplia” como “cualquier persona puede pedir cualquier cosa y nosotros estamos obligados a revisarlo siempre que haya riesgo para un acusado”. Admiro esa vocación de evitar injusticias. No la comparto. Creo que la misión del Tribunal de Impugnación es pedagógica, de generar lineamientos generales y brindar indicaciones concretas a los jueces penales de la provincia y a las

partes involucradas en los procesos penales. En definitiva, creo que la mejor labor del Tribunal de Impugnación es mandar las señales adecuadas para no tener que decidir dos veces el mismo caso (a la vez que marcar lo “grotesco” de la situación cuando, excepcionalmente, se vean en la tarea de tener que volver a decir lo que ya han dicho con anterioridad). Asumo que a esto se refiere todo el debate actual sobre la necesidad de generar controles ex ante.

Finalmente, no puedo negar que me causa cierta molestia que se mencione mi persistente y tenaz insistencia en mejorar la litigación, incorporar métodos de trabajo, generar estándares de actuación y objetivar los criterios de valoración como una especie de “intento de disfrazar” segundas intenciones. Me molesta en dos sentidos: en primer lugar porque estoy convencida de esas necesidades como la única forma de evitar un proceso penal arbitrario; y en segundo lugar porque es un poco frustrante constatar que no todos los abogados tenemos ese horizonte en la mira. En todo caso, es importante seguir debatiendo en forma honesta y franca, a través de estos espacios hasta tanto logremos que nuestros temas adquieran la trascendencia e importancia nacional suficientes como para sentarnos en Intrusos o en Intratables a despellejarnos (aunque siempre haciendo un uso respetuoso y cuidado de las palabras, que a veces lastiman más que un tirón de pelos).