

La motivación de la condena y su revisión amplia como garantías del imputado (¿Puede el juicio por jurados restringirlas?)¹

Por Gustavo A. Herbel

La revisión amplia de la condena penal representa una garantía jerarquizada expresamente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (arts. 8.2.h. CADH, 14.5 PIDCP y 2 Protocolo adicional N°7, CEDH), no obstante lo cual su alcance aún no ha sido cabalmente esclarecido. El propósito del trabajo es esbozar, sucintamente, los fundamentos de tres afirmaciones que permiten ensayar una respuesta al interrogante sobre qué tipo de recurso exige nuestro debido proceso penal a la luz del “*bloque constitucional federal*” que incorpora a las dos primeras normas (cf. art. 75.22 C.N.).

Para delinear la extensión de la garantía se sostendrá: a) Que el *control de legitimidad* sobre los fundamentos de la condena, representa el modelo recursivo que mejor responde al derecho del imputado; b) que el principio de *inmediatez del juez con la prueba* no impone límite alguno a la revisión del fallo adverso al acusado; y c) que el *veredicto de culpabilidad inmotivado* implica un costo injustificado, en detrimento de sus garantías.

El debate sobre estas tres aseveraciones permitirá otorgar un contorno más claro a los requerimientos que debe cumplir la impugnación de la condena penal.

I.- El recurso como control de legitimidad:

En nuestra cultura jurídica existen numerosos sistemas recursivos; algunos habilitan la apelación de los juicios desarrollados por jurados ante otros jurados que actúan como segunda instancia, sin perjuicio de la existencia de un tercer control ante Casación (así, Alemania e Italia)²; otros, en cambio, deben satisfacer la garantía del imputado directamente con el recurso de casación (vgr. España y Argentina). En el “*common law*”, el veredicto tiene un control restringido, por entenderlo contrario a la soberanía del jurado popular.

¹ El presente trabajo comprende algunos temas desarrollados en la defensa de mi tesis doctoral sobre “*El derecho del imputado a revisar su condena*”, dirigida por Enrique BACIGALUPO y Zulita FELLINI, en la Facultad de Derecho de la UBA.

² Ver: AA.VV.; HENDLER, Edmundo (Director); “*Sistema Procesales Penales Comparados*”, Bs. As., Ad-Hoc - 1999, pag.: 199; ROXIN, Claus; Claus; “*Derecho Procesal Penal*”, Bs. As., Ed.: Del Puerto, 2000, págs.: 459 y s.).

Explicar las particularidades de dichos sistemas, excede esta presentación; sin embargo, definir algunos conceptos dogmáticos, facilitará esclarecer hasta qué punto ellos son compatibles con el estándar de garantías en debate.

La primera distinción conceptual relevante para ingresar al análisis propuesto, se presenta entre el “*juicio de mérito*” (las valoraciones del juez del debate), y el “*juicio de legitimidad*” (control de esas valoraciones por el tribunal del recurso).

Se trata de dos tipos de juicios diferentes, con *objetos de estudio diversos*. El de “*mérito*” es un juicio sobre la capacidad de la prueba para demostrar la hipótesis acusatoria; siendo la propia acusación su objeto de análisis; en cambio, el de “*legitimidad*”, no se vincula directamente con la prueba, sino que revisa los criterios de valoración del juez del debate. Su objeto no es la acusación, sino los motivos de la sentencia.

El “*juicio de mérito*” es, sustancialmente, un *juicio sobre la prueba* que traduce percepciones sensoriales en argumentos cuya plausividad lógica y jurídica legitiman la sentencia. Sus valoraciones, aún siendo fruto de la *inmediación*, no pueden cimentarse en *impresiones subjetivas*; se requieren motivos cognoscibles para el imputado y objetivados para su eventual revisión.

El “*juicio de legitimidad*”, es un *juicio sobre el juicio*; sólo revisa los argumentos del juez de mérito, no (re) evalúa la prueba³.

Es clara la relevancia de este análisis. No hay deber –ni necesidad– de probar, ni en rigor de obtener dato alguno, si no existe la obligación de motivar una relación eficaz entre prueba y condena. Y sólo es posible exigir un cierto estándar probatorio, cuando se lo somete al control de legitimidad y a su eventual invalidación por carecer de razones suficientes⁴.

El recurso, en el contexto jurídico local, exige como garantía del imputado, una *revisión integral* de su condena

La afirmación no es arbitraria; nuestra CSJN, en el precedente “*Casal*”⁵, elige tal sendero al señalar: “*debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la **revisión** de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral*” (consid. 24), aclarando que, respecto de la

³ IACOVIELLO, M.; “*Ricorso per cassazione*”, publicado en “Dizionario di Diritto Pubblico”, Volume V, Roma, Giuffrè editore, 2006, 5277 y s.

⁴ FERRAJOLI, Luigi; “*I valori del doppio grado e della nomofilachia*”, publicado en Revista “Materiali e atti”, del Centro di Studio e iniziativa per la riforma dello stato, N°20, 1992, bajo el título, “*il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnación*”, AA.VV., ps. 35 y ss.

⁵ CSJN, C.1757.XL., “*Casal, Matías Eugenio*”, del 20/10/2005.

“*impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal*”, hay obligación de dar cuenta mediante criterios que “*casación puede revisar*” (consid. 25).

La Corte IDH, en “*Herrera Ulloa*” entendió que el recurso importa un “*examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*”⁶; estudio que, según este organismo, tiene como objeto un fallo motivado.

En su precedente “*Apitz*” fue más allá al prescribir que: “*...la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas ha sido analizado*”; para finalizar diciendo que: “*el deber de motivación es una de las “debidamente garantías” incluidas en el artículo 8.1, para salvaguardar el debido proceso*”⁷.

Al parecer, desde la perspectiva de la Corte Nacional y la Interamericana, el control de legitimidad de los motivos de la condena resulta un modelo recursivo que se compadece con la garantía del imputado.

El “*Common Law*” brinda formas de revisión más restringidas. La cuestión no resulta problemática en aquel contexto jurídico. Gran Bretaña y Gales no lidian con las -de por sí- difusas reglas del art. 2 del protocolo adicional N° 7 CEDH (doble instancia en materia penal)⁸⁹. Tampoco el sistema norteamericano está obligado a una revisión integral de la condena, pues si bien rubricó la CADH (06/01/77), al presente no lo ha ratificado y como consecuencia no le es aplicable¹⁰.

Gran Bretaña y Estados Unidos, sí ratificaron el PIDCP, pero este último al suscribirlo declaró expresamente que las cláusulas 1 a 27 son programáticas¹¹; además, ninguno de ellos está adherido al “*Protocolo*

⁶ Corte IDH, “*Herrera Ulloa c. Costa Rica*”, del 92/07/2004, párr. 167

⁷ Corte IDH, “*Apitz v. Venezuela*”, del 05/08/2008, párr 78; este organismo se expide en sentido análogo en “*Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*”, del 21/11/2007, aunque aquí se refiere a una medida de coerción infundada.

⁸ Su texto reza: “*Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley. 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución*”. Como se advierte, la norma por un lado, permite limitar legalmente los motivos de la revisión y por otro, exceptúa del recurso los supuestos donde un tribunal, definido como superior, haya dictado sentencia; de tal modo es posible, tanto restringir la revisión como impedirla según el tipo de agravio o el tribunal que la dicte, respectivamente.

⁹ Al 11/08/2012 dichas naciones no lo suscribieron (<http://conventions.coe.int/treaty/commun/>)

¹⁰ cf. www.oas.org/juridico/, estas jurisdicciones no suscribieron dicho Protocolo.

¹¹ cf. www.treaties.un.org/pages.

Facultativo” del Pacto, que permite a los particulares denunciar ante el Comité de DD.HH., el incumplimiento de sus prescripciones¹².

Los tribunales que revisan las decisiones del jurado lego, son renuentes en desautorizar sus evaluaciones de la prueba, por entenderlo soberano para determinar los hechos, salvo demostrarse la irracionalidad de la condena¹³.

Ello hace que las naciones inscriptas en tal sistema, tiendan a inmunizarse de eventuales críticas contra las restricciones de su recurso (considerado amplio por los intérpretes de los arts. 8.2.h CADH, 14.5 PIDCP y Protocolo N°7 CEDH) y a justificar la noticia limitada que el acusado adquiere, sobre las razones del veredicto (pese a que debieran ser conocidas por él en función de los arts. 8.1 CADH; 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH).

Cabría debatir, si brindando al imputado fácil acceso al *doblo conforme*¹⁴, es suficiente para proteger estos derechos.

La respuesta varía según el modelo recursivo; aún cuando se disponga libremente de un segundo debate, la *duplicidad de juicios de mérito* no importa, sin más, “revisar” la condena. El nuevo juicio oral genera una sentencia originada en su propio debate¹⁵, que si coincide con la anterior reduce la probabilidad de error judicial, pero técnicamente no revisa la primera condena. Para hacerlo es necesario controlar sus fundamentos y no, decidir por segunda vez sin ellos.

¹² Al 28-08-2012 estas Naciones no han suscripto tal Protocolo (ver: www.treatis.un.org/pages).

¹³ En el ámbito del “*Common Law*” los tribunales son reacios a criticar la valoración efectuada por los jurados que percibieron directamente las declaraciones, y salvo circunstancias excepcionales que demuestren la manifiesta injusticia de la condena, los jueces técnicos no interfieren con la decisión tomada de modo soberano por el jurado popular (cf. LA FAVE, Wayne R. – ISRAEL, Perol H.; “*Criminal Procedure*”, St. Paul/Minnesota, West Publishing Co., 1985, ps. 997 y ss.; SPRACK, John; “*Criminal Procedure*”, Oxford / New York, Oxford University press, 2008, ps. 481 y s., entre otros).

¹⁴ La interpretación de la garantía del imputado a la revisión de su condena, como *doblo conforme* es un aporte de FERRANTE (cf. “*La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*”, publicado en AA.VV., “*Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria*”, Bs.As., Ad-Hoc, 1995), que ha sido entendido por MAIER Julio como “*derecho a lograr un nuevo juicio*” previo establecer que la primer condena era errónea (ver. “*Derecho Procesal Penal*”, Bs. As., Editores del Puerto, 1999, t. I, Fundamentos, pp. 717 y ss.), concepción sustancialmente mantenida por el autor en “*¿Hacia un nuevo control de las decisiones judiciales?*” (presentado en el Congreso Nacional sobre la Impugnación en el Proceso Penal, La Plata, 7 a 9 de octubre de 2010, y en el Seminario dirigido por el Doctor Pastor en la Facultad de Derecho, UBA, 13 de abril de 2011); allí se postula la facultad del imputado a tener un nuevo juicio, cuyo acceso puede reglamentarse, imponiéndole que, previo a la apertura del nuevo debate, invoque y pruebe el error de su condena.

¹⁵ Coincidente con este análisis MAIER, Julio B. J.; “*Derecho Procesal Penal*”, op. cit., p. 719.

El *doble juicio de mérito* representa un esfuerzo institucional que no parece brindar mayores beneficios¹⁶: (a) no se revisa la decisión impugnada sino que se vuelve a decidir en base a un plenario distinto; (b) si el objeto del recurso no es la sentencia, el imputado no discute los motivos de su condena, sino que reitera o innova sus planteos en el segundo juicio; (c) si el acusado no puede discutir las razones del fallo, su legitimidad reside en el número de jurados que se pronuncian en un mismo sentido. En tal caso, sería más eficiente que ese grupo mayor (sumatoria de los jurados de primero y segundo grado) resuelva en una sola oportunidad, legitimando la condena en base a mayorías calificadas, como lo hace el sistema anglo-americano.

El problema no se resuelve. La virtud del jurado clásico reside en su capacidad de control horizontal (un número importante de ciudadanos debe acordar con la acusación), pero es naturalmente refractario al control vertical que nuestro sistema impone (revisión integral del fallo).

Como primera conclusión, podemos afirmar que el control de legitimidad es el modelo recursivo más compatible con nuestro debido proceso constitucional; al postular como objeto de análisis, una motivación exhaustiva de la condena, que puede ser conocida y criticada por el acusado

Este dispositivo, además, minimiza el campo de discrecionalidad del juzgador; pues sus *fundamentos son el límite de una decisión legítima*.

Pero para validar este axioma, es necesario desautorizar a las *impresiones subjetivas*, adquiridas por *inmediación*, como base legítima de una afirmación judicial.

II.- La inmediación: un pseudo-límite inoponible al imputado.

Si desde la perspectiva del derecho al recurso –conforme el alcance aquí sostenido–, se afirma que el veredicto inmotivado del jurado popular, restringe la garantía, es claro que un tribunal técnico no podría arrogarse la facultad de adoptar decisiones incontrolables; por ejemplo, sustentadas en la *inmediación* con la prueba.

La potestad del jurado lego proveniente del *principio de soberanía popular*, es incongruente con la legitimación meramente legal del juez técnico. El espacio de discrecionalidad permitido a los representantes del pueblo (jurado), es intransferible al magistrado profesional. Habilitar que estos formulen juicios subjetivos fundados en la *inmediación* con la prueba,

¹⁶ Sobre este interesante debate, con nutrida información de ámbito jurídico alemán, ver: BACIGALUPO, Enrique; *“Justicia Penal y Derechos Fundamentales”*, Madrid – Barcelona, Ed.: Marcial Pons, 2002, págs.: 215 y ss.

nos lleva a la peor de las situaciones: no contamos con legitimación ciudadana¹⁷, ni con la garantía de motivación exigida a los jueces técnicos.

Es evidente que el juez del debate y el del recurso no están de “*par conditio*” respecto de la prueba del caso; pero ello no interfiere con la garantía del imputado, en la medida que el recurso controla la motivación del fallo (*juicio de legitimidad*), sin necesidad de (re)valorar prueba que no percibe (*juicio de mérito*).

Para analizar el tema, es útil diferenciar tres órdenes de conocimiento:

1. La “*percepción de información*”: Es decir, la adquisición de datos por *inmediación* con la prueba del debate, lo “*visto y oído*” por el tribunal de mérito. La “*percepción sensorial*” de la prueba desarrollada en audiencia, permite seleccionar el material probatorio útil para formular la cadena argumental que fija los hechos de la sentencia. Esta percepción, en lo que importa, puede controlarse, mediante los registros fílmicos, sonoros o taquigráficos de lo declarado.

2. La “*impresión personal*”: Esta es la valoración subjetiva del juez sobre la información recibida en audiencia (punto 1); momento psíquico impenetrable para el tribunal revisor, donde los estereotipos personales se encuentran liberados de todo límite. Tales (*pre*)juicios, no son del todo controlables siquiera para el sujeto cognoscente, al estar vinculados a la propia conformación de su estructura psíquica y cultural¹⁸. Tomar conciencia de ellos permite dosificarlos, no anularlos.

3. La “*motivación de la valoración*”: Ella se expresa mediante el desarrollo racional de los “*criterios de decisión*” utilizados al ponderar la prueba y determinar los hechos. La exhaustividad de los motivos depende del estándar requerido por el sistema jurídico: A mayor exigencia de argumentación, menor será el espacio de discrecionalidad dejado a la “*impresión personal*”. E, inversamente, no obligar al juez a fundar sus

¹⁷ El modelo de jurado inglés aporta como garantía su integración numerosa, electa en forma aleatoria y sometida a una selección donde las partes pueden recusar con y sin motivo; además deciden la condena por unanimidad o mayorías privilegiadas, a lo que se suman minuciosas reglas de exclusión probatoria (cf. FERRER BELTRÁN, Jordi; “*La valoración racional de la prueba*”, Madrid/Barcelona/Bs. As., Marcial Pons, 2007, p. 44, con cita a DAMASKA, M.).

¹⁸ El “*mundo de vida*” de un sujeto expresa su socialización, la introyección de valores referidos a la cultura, a la sociedad y hasta a la propia identidad; un esquema de percepción determinado histórica y sociológicamente. Representa el “*saber profundo*” del sujeto que erige su propia “*normalidad*” y existencia socio-cultural, y reconoce la existencia de certezas de fondo, imposibles de tematizar, por constituir el mismo instrumental de acceso al conocimiento; de allí que su percepción siempre queda ligada a las hipótesis vigentes respecto del objeto investigado (Véase al respecto HABERMAS, Jürgen; “*La lógica de las ciencias sociales*”, Madrid - 1988, págs.: 495 y ss.; “*Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*”, Madrid - 1989, Tomo: II, págs.: 568 y ss.).

criterios de valoración probatoria, deja este ámbito librado a su arbitrio, so pretexto de ser datos solo aprehensibles con la “*inmediatez*”.

Según el fallo “*Casal*”, que no se dirige sólo a Casación sino también –y muy especialmente- a los tribunales de mérito, **lo único incontrolable es la impresión personal** que los órganos de prueba generan en el juez del debate; pero al mismo tiempo señala que ella *sólo* puede tomarse como “*elemento fundante válido*”, si el tribunal dio “*cuenta circunstanciada*” de los criterios utilizados, y estos a su vez pueden ser *revisados* por Casación (cf. consid. 25).

En otros términos, la *impresión personal en sí*, no puede postularse como fundamento; los magistrados están compelidos a justificar la razón por la cual asignan verdad a ciertas declaraciones dentro del cuadro probatorio del caso¹⁹.

El derecho a confrontar con la prueba y a la defensa en juicio, son ilusorios, si el juez no explicita su valoración probatoria²⁰. Tal es la razón de que toda prueba deba ser motivada, explicitando, inclusive, el juicio de credibilidad sobre las declaraciones recibidas oralmente²¹.

Nunca una garantía puede operar contra su titular. La intermediación otorga al imputado la posibilidad de defenderse eficazmente frente a todo el contexto probatorio aportado en debate ante quienes lo juzgan. Pero el juez no puede basar sus afirmaciones en impresiones subjetivas sobre la prueba, sino en datos objetivos provenientes de ella.

No debe decidir “*a través*” de la *intermediación*, sino “*fundado*” en los datos obtenidos con la *intermediación*, a partir de un “*distanciamiento crítico*” de sensaciones inmediatas que son inciertas y peligrosas²².

No es aceptable acudir a una supuesta *evidencia subjetiva* para obtener saber. *Todo conocimiento es “a priori” público*, esta impregnado lingüísticamente y es en principio criticable, es decir, *puede y debe ser expuesto a crítica*. Más llanamente; generar conocimiento requiere de *evidencia* como criterio objetivo de verdad, no reducible al mero *sentimiento de evidencia*²³.

¹⁹ En este sentido, CAFFERATA NORES, José I. y HOLZWARTH, Adriana M.; “*La cuestión de la sinceridad intrínseca del testimonio (¿‘divina chispa’ del juez... o ‘status de la verdad’...?)*”, publicado en “Eficacia del sistema penal y garantías constitucionales”, Ed. Mediterránea, 2002, p. 127 y ss.

²⁰ TARUFFO, Michele; “*Il diritto alla prova nel processo civile*”, publicado en *Rivista di diritto processuale*, 1984, número 4, p.106.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina; “*Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*”, Madrid / Barcelona / Bs.As.; Macial Pons, 2010, p. 180 y ss.

²² TARUFFO, M.; “*Algunos comentarios sobre la prueba*”, ob. cit., p 82.

²³ APEL, Karl-Otto; “*Teoría de la verdad y ética del discurso*”, Barcelona, Paidós, 1991, p. 112.

La *inmediación* es una *técnica* de formación de la prueba y no un método de convencimiento del juez²⁴. El contradictorio oral y la inmediatez con la prueba, representan garantías instrumentales para que las partes pedan colocar en dificultades al testigo con sus interrogatorios, y ahondar en esa dirección, estableciendo su veracidad. El juez, por el contrario, debe atenerse al contenido del discurso, evaluar su consistencia y la coherencia de la información, cruzándola con otras fuentes del cuadro probatorio, en busca de corroboración externa²⁵.

En otras palabras, debemos pasar del “*análisis del testigo*” (opinión subjetiva sobre su credibilidad) al “*estudio del testimonio*” (escrutar su coherencia y confrontar su versión)²⁶. El primero, nos remite a una suerte de visión *intuitiva* de la calidad de las personas portadoras de verdad; el segundo, nos permite ingresar a una perspectiva *analítica* del discurso del deponente.

Tal concepción se sintetiza en el principio que reza: “*aquello que el juez no motiva no genera consecuencias jurídicas válidas*” o, desde otro ángulo, “*la decisión judicial no puede trasvasar los límites de su motivación*”²⁷.

En esta perspectiva: *La inmediación no supone límite alguno para otra garantía: el recurso.*

Sería contradictorio crear un instrumento de control (el recurso) que no permita ingresar al estudio de parte de su objeto (la determinación de los hechos fijados en la condena), y postular que ello es derivación de otra garantía (la inmediación), bajo el fundamento de que su carencia impide al tribunal revisor, el control de las percepciones del tribunal de juicio.

En rigor, la garantía de la inmediación es instrumental al ejercicio de la defensa (producción de prueba en el marco del contradictorio frente al juez que decide²⁸); nunca un obstáculo para su titular.

Si el juez sólo puede *decidir hasta el límite de su motivación* y esta es objeto del recurso, nada queda por fuera de la revisión garantizada al imputado.

²⁴ IACOVIELLO, Francesco M.; “*La motivazione della sentenza penale...*”, op. cit., p. 151.

²⁵ En tal sentido se expide ANDRÉS PERFECTO, quien, con claridad, indica que si debiera optarse entre dos testimonios uno de cargo y otro de descargo, sin cuadro probatorio con el cual contrastar las versiones, habría que aplicar el *in dubio pro reo*, pues de otro modo, la fijación de los hechos de la sentencia, quedaría sujeto a la empatía del juez con alguno de los declarantes (aut. cit., “*La prueba...*”, op. cit., 61 y ss.).

²⁶ NIEVA FENOLL, Jordi; “*La valoración de la prueba*”, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 220.

²⁷ IACOVIELLO, F. M.; “*La motivazione...*”, ob. cit., p. 8;

²⁸ Definido por MAIER como “*principio de unidad entre debate y sentencia*”; en su obra “*Derecho Procesal Penal*”, ob. cit., tomo I – Fundamentos, p. 656 y s.

III.- Veredicto inmotivado, derecho a ser oído y recurso: garantías en tensión.

Las reflexiones apuntadas conducen a pensar que el mejor modo de preservar el conjunto de garantías, es un proceso que exija fundamentos explícitos para que el imputado conozca las razones de su condena (*juicio de mérito*) y pueda impugnarlas integralmente ante una instancia ulterior (*juicio de legitimidad*).

Pero que un modelo procesal pueda ser recomendable desde el punto de vista de las garantías convencionales, no invalida la existencia de sistemas jurídicos donde el jurado clásico encuentra fuerte consenso ciudadano.

La cuestión que pretende someterse a debate es diversa; esto es, si resulta conveniente que un Estado comprometido internacionalmente a brindar al imputado los motivos de la condena y su revisión amplia, adopte acríticamente un instituto –jurado popular– cuyo producto: veredicto inmotivado, difícilmente se concilia con la alcance local otorgado a dichas garantías.

La respuesta podríamos ensayarla desde distintas perspectivas que aquí serán sólo esbozadas.

1) En el *plano cognitivo* es válido el siguiente planteo: Si penar tiene como requisito la veracidad de la acusación²⁹, debe adaptarse el modelo dotado de mayor poder explicativo y más cantidad de controles a ser superados, para tener por verificadas sus afirmaciones³⁰.

Es pacífico en el contexto académico que el juicio oral, contradictorio, continuo y público es el mejor instrumento de conocimiento del caso³¹. Pero lograr calidad de información, no evita la arbitrariedad de

²⁹ Cuando se habla de verdad de la acusación, es claro que hacemos referencia a una verdad relativa, como son todas las verdades científicas (solo las metafísicas y religiosas pueden ser absolutas), pero siempre en el marco de una verdad que se *corresponda* con el mundo exterior (en el caso, el hecho histórico objeto del proceso), y no una concepción *narrativista* que toma a la prueba como herramienta de persuasión con función retórica, sino una verdad *correspondencia* en que la prueba opere como instrumento de conocimiento con finalidad epistemológica (cf. TARUFFO, Michele; “*Consideraciones sobre prueba y motivación*”, publicado en “*Consideraciones sobre la prueba*”, AA.VV., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 29 y ss.).

³⁰ FERRJOLI, Luigi; “*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*”, Madrid, Trotta, 9º ed., 2009, p. 50.

³¹ Que la oralidad es el canal comunicativo con mayor posibilidad de acercamiento a la verdad, es una adquisición que no se reduce al mundo jurídico-penal, sino que tiene rango académico en las ciencias sociales (cf. BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas; “*La construcción social de la realidad*”, Amorrortu editores, 1991, p. 48.

las decisiones; es inútil obligar a quien juzga, a someterse a la ley, si es libre de elegir los hechos sobre los cuales decide³².

Nada importa si en su fuero íntimo, quien resuelve adquiere convicción sobre el caso por medio de intuiciones, pre-juicios, hipótesis de trabajo o impresiones inmediatas. Nada de esto cuenta en la motivación del fallo, donde deben prevalecer los argumentos racionales, las hipótesis confirmadas y las valoraciones convalidadas culturalmente³³.

La propia lógica del jurado popular resiste la motivación exhaustiva. En tal modelo no se verifica “*analíticamente*” la prueba de cada circunstancia del caso; por el contrario, se formulan “*narraciones*” que organizan los elementos probatorios, más por persuasión que por controles epistémicos³⁴.

Desde este punto de vista, el veredicto inmotivado obstaculiza al imputado revisar una condena que se deja librada al debate interno y secreto, de un jurado al que no se exigen razones, ni se impone control externo³⁵.

Si por hipótesis se afirmara que la mejor aproximación a la verdad, se alcanza sumando la apreciación subjetiva de un conjunto importante de personas, que ofrezcan diversas miradas sobre un mismo objeto³⁶, como de hecho hace el modelo de jurado clásico; lo cierto es que, pese a su calificado control horizontal (popular), el sistema no satisface nuestro debido proceso.

El enjuiciamiento penal debe contar, no tanto con la posibilidad de una “*verdad objetiva*”, sino con una “*verdad controlable por el imputado*”. Más allá de las calidades cognitivas de cada sistema, lo importante para el acusado (sujeto central de las garantías convencionales y constitucionales), es poder conocer las razones de su condena y someterlas a crítica ante otra instancia.

Entre garantías y verdad, el Estado de Derecho hace tiempo que optó por la primera. El sistema de *exclusiones probatorias*³⁷ es ilustrativo; por la

³² HASSEMER, Winfried; “*Fundamentos del derecho procesal penal*”, Barcelona, Bosch, 1984, p. 142.

³³ TARUFFO, Michele; “*La motivazione della sentenza*”, Padova, 1970, p. 119.

³⁴ TARUFFO, Michele; “*Simplemente la verdad*”, PONS, Marcial, 2010”, ps. 80 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 211.

³⁶ NIETZSCHE tiene dicho: “*Existe, únicamente, un ver con perspectiva, únicamente, un conocer con perspectiva; y cuanto mayor sea el número de afectos a los que permitamos decir su palabra sobre una cosa, cuanto mayor sea el número de ojos, de ojos distintos que sepamos emplear para ver una misma cosa, tanto mas completo será nuestro concepto de ella, tanto más completa será nuestra objetividad*” (aut. cit.; “*La Genealogía de la Moral*”, Bs.As., Gradifco, 2007, p. 139)

³⁷ Para un análisis del tema y sobre la comparación entre los sistemas norteamericano y alemán, puede verse: GUARIGLIA, Fabricio; “*Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en*

misma razón que una verdad sustentada con prueba irregularmente adquirida no es oponible al imputado (cuando tal saber fue adquirido fuera del debido proceso), la condena basada en afirmaciones incontrolables se torna ilegítima. Y es que para nuestro sistema, conocer sus razones y criticarlas ante un segundo tribunal, representan garantías constitucionales (arts. 8.1 y 8.2.h CADH, 14.1 y 14.5 PIDCP).

2) En el plano institucional, una de las bases de la división de poderes, se asienta en el carácter exclusivamente legal de la legitimación jurisdiccional; el juez opera como contrapeso respecto de los poderes democráticos de mayoría, para proteger a los individuos de sus desbordes autoritarios³⁸.

La diferencia cualitativa de la “*democracia constitucional*” respecto de la meramente “*política*”³⁹ reside, no en *quién* debe decidir: Siempre es la mayoría, sino en “*qué*” no puede decidir ninguna mayoría. Lo “*no decidible*” es aquello que las garantías constitucionales sustraen a la voluntad popular; sustancialmente la vida y la libertad personal, que no pueden sacrificarse a ningún consenso, ni interés general.

De allí la crítica que esta concepción dirige al jurado clásico: Si las mayorías pueden decidir sobre esos derechos fundamentales, la jurisdicción no está en grado de oponer límites a sus abusos⁴⁰.

El jurado popular nace del recelo con la autoridad y permite integrar al pueblo -o partes representativas de éste- en la actividad jurisdiccional.

el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación”, Bs.As., Del Puerto, 2005, Colección Tesis Doctoral.

³⁸ Alexander Hamilton, en los albores de la democracia norteamericana sostuvo, coincidentemente con esta posición, que si los jueces pudieran ser nombrados por períodos a través del Ejecutivo o del Legislativo habría peligro de una complacencia indebida con la rama dueña del cargo; el riesgo no sería diferente si ambos poderes concurrían en la designación, ni tampoco si se reservase al pueblo o a personas elegidas por el con ese objetivo especial; siempre surgiría una propensión exagerada a pensar en la popularidad de las decisiones, y sería imposible confiar en que no se tuvieran en cuenta otra cosa que la Constitución y las leyes (cf. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J.; “*El Federalista*”, México, Fondo de Cultura Económico, 1994, vol. n° 78).

³⁹ Este concepto alude a sistemas donde las decisiones mayoritarias no tienen límites legales; situaciones presentes en regímenes totalitarios que, so pretexto de postular la voluntad mayoritaria, legitimaron el sometimiento –y hasta exterminio- de minorías desfavorecidas por la opinión pública o el poder político. También podrían incluirse los Estados dominados por movimientos de base religiosa, que manifiestan intolerancia con expresiones culturales diversas. Las democracias constitucionales son, en cambio, sistemas que han consolidado un orden jurídico superior a la coyuntural expresión de mayoría, a fin de proteger a los individuos –y sus formas de vida- del ataque de otras personas o de la comunidad en general.

⁴⁰ En esta mismo camino DWORKIN defiende una concepción “*constitucional*” de la democracia, como sistema que procura respetar los derechos de las mayorías y de las minorías, sin perjuicio que los jueces deban orientarse fundamentalmente en dirección a las últimas (cf. aut. cit., “*Freedom’s law*”, Cambridge, Harvard University Press, 1996).

Con ello resuelve la contradicción: *autoridad / ciudadanía* a favor de la última.

Sin embargo, este modelo forjado en la resistencia contra el poder estatal, soslaya otra dicotomía relevante; la confrontación: *voluntad mayoritaria / derecho individual*. Que en oportunidades el jurado proteja al individuo frente al exceso del Estado, no significa que en otras no pueda ejercer una función inversa y legitime la represión de individuos o grupos vulnerables⁴¹.

Aquí no se pretende afirmar que el jurado es irracional o que su decisión carece de controles legales aplicados por la jurisdicción. De hecho la irracionalidad del jurado es una causal de revisión en el “*common law*”, y las reglas de exclusión probatoria, las instrucciones al jurado y el control del proceso por el juez del debate, son formas de imponer la ley en el juicio.

Lo sometido a crítica, es que la ausencia de motivación explícita de la condena, deja un margen de discrecionalidad irreductible, cuando en realidad, las razones que funda la aplicación de pena debieran ser conocidas y controladas, sin que el principio de soberanía popular, represente un obstáculo legítimamente oponible al imputado.

3) Por último, desde el ángulo de las garantías, cabe confrontar nuestro *debido proceso constitucional*, con el veredicto inmotivado.

La Corte norteamericana predicaba que el veredicto de culpabilidad del jurado es irrevocable⁴², salvo demostrase la inexistencia de evidencia sobre la acusación (cf. “*Thompson*”⁴³).

En el precedente “*Jakson*”, se avanzó al formular la pregunta crítica, de cuál era el estándar de probatorio requerido para sustentar una condena criminal, y se respondió que no alcanza con determinar si el jurado fue adecuadamente instruido, sino que era preciso establecer si del registro de

⁴¹ La derogación del sistema inquisitivo de la Ordenanza francesa de 1670 y la adopción del jurado popular inglés, por ley de la Asamblea constitucional (16-29/09/1791) en la República jacobina (cf. MAIER, Julio B.J.; ob. ant. cit. t. I, ps. 342 y ss.), no pudo evitar que en el término de catorce meses se efectuaran en Francia 17.000 ejecuciones oficiales (GREER, D. “*The Incidence of the Terror*”, Harvard, 1935; cf. HOBBSAWM, Eric; “*La era de la revolución 1789 – 1848*”, Bs.As., Planeta, 2011, p. 69).

⁴² En “*Kotteackos v. United States*”, 328 U.S. 750 (1946), se aclaró que no es función del tribunal de apelación determinar la culpa o inocencia del imputado, aún cuando para verificar la relevancia que un error en el proceso haya podido tener en el veredicto, sea necesario estudiar la totalidad de las evidencias presentadas. Tanto la jurisprudencia como la doctrina norteamericanas han advertido la dificultad de postular esta revisión del caso, sin afectar los criterios utilizados por el jurado en su decisión, pues en ello al jurado se lo interpreta soberano (WAYNE R. LA FAVE – ISRAEL, Jerold H.; “*Criminal Procedure*”, St. Paul, Minnesota / USA, West Publishing Co., 1985, p. 999 y ss, y sus citas).

⁴³ CS - USA, “*Thompson v. Louisville*”, 362 U.S. 199 (1960), 80, S.Ct. 624, 4 L.Ed2d 654.

pruebas, surge que razonablemente se pudo afirmar la culpabilidad, más allá de toda duda razonable. Pero no según el criterio del tribunal revisor, sino *después de ver la evidencia a la luz más favorable a la fiscalía*⁴⁴. El modelo Inglés, por su parte, maneja cánones análogos⁴⁵.

El carácter excepcional de la revisión del veredicto de culpabilidad, no se compadece con el alcance de la garantía del art. 8.2.h. CADH, que exige controlar la valoración probatoria y la aplicación del *in dubio pro reo* (cf. precedentes ya citados, CSJN y Corte IDH).

El modelo clásico de jurado, además, tiende limitar la garantía del imputado a *ser oído* por un tribunal de justicia (arts. 6.1 CEDH, 8.1 CADH y 14.1 PIDCP), en la medida que los fundamentos del fallo son los que permiten saber si han sido atendidos los planteos del acusado.

Al examinar la cuestión, la Audiencia Plenaria del TEDH (*Grand Chamber*), en el precedente “*Taxquet*”, señaló que la condena carente de fundamentos no viola por sí sola el derecho a un proceso equitativo; cuando sus motivos pueden resultar de la acusación y del contenido de las cuestiones propuestas al jurado, si ellas contienen información suficiente, son precisas e individualizadas⁴⁶.

Como se indicara, la Corte IDH, en “*Apitz*”⁴⁷, fue más exigente; impuso que: “...**la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas ha sido analizado**”, estableciendo que tal garantía es parte del debido proceso (surge del derecho a *ser oído*, art. 8.1 CADH), y proporciona “...*la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores...*” (art. 8.2.h CADH).

Este alcance de las garantías, otorga al imputado el derecho a defenderse dos veces; la primera, alegando contra la acusación en el marco del debate donde puede confrontar la prueba ante sus jueces naturales (juicio de mérito); la segunda, criticando los fundamentos de su condena en la instancia recursiva (juicio de legitimidad).

Por el contrario, el pronunciamiento del jurado clásico deja al imputado sin posibilidad de verificar si sus alegatos contra la acusación fueron atendidos, sustrayendo así, el conocimiento de parte esencial de las razones de su condena.

⁴⁴ CS - USA, “*Jackson v. Virginia*”, 444 U.S. 890 (1979), 100 S.Ct. 195.

⁴⁵ Cf. SPRACK, John; “*Criminal Procedure*”, New York, Oxford University Press, 2008, p. 481 y s.

⁴⁶ TEDH, “*Taxquet v. Bélgica*”, GC, del 06/10/2010, (www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/1806.html).

⁴⁷ Corte IDH, “*Apitz v. Venezuela*”, del 05/08/2008.

La impugnación del veredicto inmotivado obliga al recurrente a realizar hipótesis sobre los fundamentos de su condena y criticarlos, muchas veces reiterando planteos ensayados en el debate originario, que – lógicamente- no fueron respondidos por el jurado.

IV. Algunas conclusiones:

Se pretende haber demostrado que el recurso, interpretado como *juicio de legitimidad*, obliga a una motivación exhaustiva, que facilita al imputado conocer las razones de la condena, verificar el tratamiento de sus planteos y, eventualmente, instar su revisión ante otra instancia.

Según este método, la *inmediación* del juez del debate con la prueba, no importa límite alguno al tribunal del recurso. Si las afirmaciones fácticas no pueden sustentarse en *impresiones personales*, los motivos explícitamente desarrollados configuran el límite de la decisión, más allá de lo cual, se torna ilegítima.

Este tipo de recurso habilita un elevado estándar para las garantías en estudio (derecho a *ser oído* y a *recurrir* integralmente el fallo), pero colisiona con el jurado clásico, referente del constituyente originario.

Hay un punto inconciliable; mientras el jurado decide por veredicto inmotivado, los motivos representan la mejor fuente de conocimiento de las razones de la condena y el propio objeto del control de legitimidad.

Ahora bien; ¿significa esto que nuestro sistema jurídico deba prescindir del jurado popular?

La participación ciudadana en la administración de justicia, tiene impacto positivo en varios niveles del sistema: (a) obliga a producir toda la prueba en debate oral: Sólo así conoce el jurado; (d) los profesionales se ocupan de traducir los datos generados por las fuentes probatorias, en términos inteligibles para los ciudadanos; (c) ello beneficia la comprensión del imputado y facilita su defensa material; (e) el jurado, es garantía de independencia de cualquier poder (no tiene lazos económicos ni morales con ninguno) y de imparcialidad respecto del caso específico (existen amplias causales de recusación); (f) el debate obtiene profundidad en el análisis de sus particularidades, por el compromiso de los jurados, para quienes es “*el*” caso y no “*un*” caso más, como resulta a los jueces profesionales; (g) por último, este contexto redundará en mayor legitimación de las decisiones judiciales: Más transparencia del proceso, su conocimiento por parte de la ciudadanía y compromiso de ésta con la decisión adoptada.

Pero el conjunto de beneficios predicables sobre la intervención del jurado, no subsana el hecho de que, al no motivar su decisión, la torna en gran medida inexpugnable para el condenado.

Las soluciones disponibles en el derecho procesal comparado son variadas⁴⁸, y también conocidas sus críticas⁴⁹.

Pueden ensayarse nuevas alternativas; es posible que luego de la audiencia oral, los integrantes ciudadanos del jurado, sesionen sin intervención de magistrados profesionales, para dictar un veredicto que, de ser absolutorio, tendría carácter irreversible; y de implicar una declaración de culpabilidad, abriría paso a que los jueces técnicos asistentes al debate, se pronuncien mediante sentencia motivada (en hecho y derecho) que condene o absuelva al imputado⁵⁰.

Son imaginables diversas articulaciones entre participación ciudadana, motivación de la condena y derecho a su revisión integral.

Pero lo aquí importante es que, para nuestro sistema jurídico, compatibilizar estas garantías, no es sólo una *posibilidad* sino una *exigencia constitucional*.

La CSJN insinúa este camino al decir: “*Posiblemente sea necesaria –aquí sí– una **interpretación progresiva** para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el **jurado** que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme los modelos de su época, o si debe ser **redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular.**” (Cons. 15; las negritas no son del original)⁵¹.*

Sería una triste paradoja de nuestra historia institucional, que la muy esperada implementación del juicio por jurados, termine criticada por su principal beneficiario, el acusado, por entender restringidas otras garantías:

⁴⁸ En Alemana e Italia, existen jurados escabinos, integrados por ciudadanos y jueces técnicos, para decidir causas penales. En nuestro país, la provincia de Córdoba ha puesto en funcionamiento un jurado escabino compuesto por 8 jurados populares titulares, 4 suplentes y tres jueces técnicos, con obligación de fundar la sentencia en hecho y derecho (Ley 9182; B.O.C., 09-11-2004).

⁴⁹ Las integraciones mixtas fueron acusadas de relegar a los legos, dejando la hegemonía de la decisión a los jueces técnicos; y, por otro lado, se ha entendido precaria la factura de los fallos fundados por ciudadanos sin capacitación jurídica.

⁵⁰ En realidad el modelo anglo-americano de enjuiciamiento opera parcialmente en un modo análogo: el veredicto absolutorio es irrevocable y el condenatorio debe ser encuadrado jurídicamente por un juez técnico que determina la calificación legal y la pena; en la propuesta aquí esbozada, luego del pronunciamiento del jurado popular, el juez o tribunal profesional debe, además, justificar jurídicamente (con argumentos racionales) la idoneidad de la prueba para sustentar la condena; requisito que habilita un recurso amplio para el imputado.

⁵¹ CSJN, C.1757.XL., “Casal, Matías Eugenio”, del 20/10/2005

el derecho a conocer y hacer revisar integralmente, las razones de su condena.