

Estudios sobre el sistema
penal adversarial

Gonzalo Rua


ediciones**Didot**

ÍNDICE

Presentación. <i>Gonzalo Rúa</i>	1
Prólogo. <i>Alberto Binder</i>	9
Litigación y proceso penal	9
La dimensión política de la reforma procesal penal en América Latina. <i>Gonzalo Rúa</i>	13
1. Una primera aproximación	13
2. La reforma procesal penal desde una visión político-constitucional	19
3. Los códigos acusatorios de primera generación (1990-2000)	27
4. Los códigos acusatorios de segunda generación	39
5. Las lecciones aprendidas	44
6. El estado actual de los procesos de reforma en Argentina	48
7. Las reformas de tercera generación. Los nuevos desafíos	53
8. Conclusiones	68
Inconduca de las partes en la formulación de sus alegatos. <i>Nicolás Schiavo</i>	71
1. Introducción	71
2. Alegatos finales de las partes	75
3. Invalidez del alegato	84
4. Conclusiones	93
Control judicial de la acusación: alcance y operatividad respecto del mérito de la prueba. <i>Alan Limardo</i>	95
1. Introducción	95
2. Investigación y acusación	96
3. Control judicial de la acusación	103
4. Alcances y operatividad del control judicial sustancial	116

5. Esbozo sobre el control de la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal	123
6. Conclusión	125
<i>Kiss (keep it simple, stupid!). Técnicas de comunicación y persuasión ante el jurado. Guillermo Nicora</i>	127
1. Introducción	127
2. El problema de los objetos y los documentos	130
3. El apoyo gráfico: objetos que no son evidencia	137
4. Adecuación del discurso al auditorio	139
5. Actitud corporal y comunicación no verbal	140
La imparcialidad a través del litigio de la audiencia de <i>voir dire</i> . Cristian D. Penna	149
1. Un jurado imparcial	149
2. Consideraciones preliminares: la garantía de imparcialidad y las posibilidades de recusación en los sistemas de enjuiciamiento con jueces técnicos permanentes	150
3. La imparcialidad en el juicio por jurados: audiencia de <i>voir dire</i> y pautas de litigio	155
4. Corolario sobre los objetivos y la dinámica de la audiencia de <i>voir dire</i>	170
Discusiones sobre la admisibilidad de la prueba pericial: el caso de los “peritajes psicológicos de credibilidad”. Laura Deanesi y Agustín Varela	173
1. Introducción	173
2. La admisibilidad de la prueba de peritos en general	175
3. Sobre los “peritajes psicológicos de credibilidad”	181
4. Breves comentarios sobre la regulación procesal en Argentina	194
5. Conclusión	199

PRESENTACIÓN

Gonzalo Rúa

1. A fines de diciembre de 2015 un grupo de docentes y graduados del Posgrado de Actualización en Litigación Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, nos reunimos con la intención de generar un nuevo espacio de debate y difusión de ideas vinculadas a la implementación de los sistemas de enjuiciamiento penal adversarial, el marco teórico e histórico del nacimiento del juicio por jurados, el desarrollo de las técnicas de litigación y del derecho probatorio.

Ese encuentro constituyó el nacimiento del Centro de Litigación Penal (CLP) y allí se sentaron las bases organizacionales de sus principales actividades, que comenzaron en abril del año siguiente.

Al advertir que aún el sistema de justicia penal federal y nacional lejos está de ser respetuoso de los estándares constitucionales del debido proceso legal, lo que provoca de por sí la ausencia de un escenario adecuado para el litigio de corte acusatorio, consideramos que uno de los pilares del CLP debía ser una competencia anual de Litigación Penal Adversarial, como forma de fomentar las prácticas adecuadas que potencian el contradictorio.

Observábamos que los abogados que capacitábamos en el posgrado anual de Litigación Penal concluían sus estudios con un alto manejo de técnicas y herramientas para el litigio, pero que luego quedaban a la deriva, sumergidos en prácticas con poco apego al contradictorio, con la consiguiente frustración profesional, por lo que era preciso auspiciar un lugar de trabajo y desarrollo de ideas donde pudieran continuar perfeccionándose. Aún en nuestras facultades de Derecho es poco frecuente que se enseñe cómo elaborar narraciones en un juicio a través de herramientas analíticas de la prueba, como cronologías y métodos de esquema y de listado de hechos. Se sigue creyendo que la información quedará a la vista por sí sola, cuando se requiere del trabajo fino de un buen abogado que, con la planificación como cincel y con soporte en los hechos que se derivan de

la prueba, presente una narración adecuada con relevancia jurídico penal. En definitiva, como señalan Anderson, Schum y Twining, “convertir toda la información disponible en proposiciones ordenadas en una cronología estricta, en cualquier etapa, simplifica la tarea de descubrir posibilidades de relatos que pueden construirse a partir de la prueba disponible”¹. Y para ello se requiere de mucho entrenamiento y análisis metódico de la prueba.

Por ello se decidió que esa competencia fuera exclusivamente para abogados que acreditaran cierta experiencia en la materia, como forma de potenciar el nivel ya adquirido (ex alumnos del posgrado, de la competencia universitaria de litigación –CNULP–, o de otro curso que les haya permitido contar con las bases del litigio oral y contradictorio).

La competencia consiste, principalmente, en la realización de audiencias de juicio simuladas en base a casos previamente confeccionados por los integrantes del CLP, en la búsqueda de trabajar y perfeccionar destrezas específicas del litigio oral (vinculados a reglas de exclusión de información en juicio –a través de la utilización de las objeciones–, casos con problemas relacionados con categorías de dogmática penal, basados en hechos contradictorios, para que los litigantes puedan continuar aprendiendo a narrar a través de los hechos que se derivan de la prueba, etc.). Hoy podemos decir con cierta satisfacción que, a la fecha de la elaboración de esta presentación, nos encontramos en pleno desarrollo de la tercera edición de la competencia y, en líneas generales, con un alto nivel de perfeccionamiento.

Por otro lado, también se tomó conciencia de la importancia de explorar un espacio decididamente teórico orientado a la investigación, estudio y difusión de los puntos más relevantes del litigio adversarial, que dio génesis a la elaboración de un seminario anual.

Consideramos preciso, más allá de los contenidos teóricos del programa de posgrado anual de litigación penal, contar con un espacio de debate donde los integrantes e invitados del Centro de Litigación Penal, en una actividad abierta, pública y gratuita, pudieran exponer sus trabajos e ideas vinculados al sistema adversarial y al derecho probatorio, para presentarlos en el ámbito universitario, enriqueciendo su pensamiento a través de las sugerencias, cuestionamientos y críticas del resto de los integrantes del seminario.

La obra que hoy presentamos está constituida por los trabajos presentados en el primer seminario del CLP que se realizó durante el año 2016 y principios de 2017. Se trata de trabajos que tienen como eje común la preocupación por la construcción de nuevas herramientas teóricas para el litigio en los sistemas adversariales latinoamericanos.

¹ Anderson, Terence; Schum, David y Twining, William, *Análisis de la prueba*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2015, p. 155.

2. Como es sabido, la implementación de los sistemas adversariales en América Latina, desde comienzos de la década de los noventa, implicó un fuerte cambio sobre la concepción ideológica que se tenía sobre el funcionamiento de los sistemas de justicia, acostumbrados desde la vieja herencia inquisitiva a no rendir cuentas de sus resultados y manejarse en un absoluto secretismo. Esa nueva forma de administración de justicia requiere de un nuevo cuerpo teórico para fortalecer las prácticas y reforzar los principios tenidos en mira con esta. Nos referimos concretamente a la publicidad como garantía ciudadana, el contradictorio como forma de hacer valer el principio de defensa en juicio al permitir controvertir la prueba de cargo, y la imparcialidad, como triada de principios que perfeccionan el escenario ideal para hacer valer los derechos de los más vulnerables y, de ese modo, incidir de algún modo, en la selectividad del sistema.

Esa transformación revolucionaria se afianza como política pública de largo aliento², avanzando en primer término con una reforma normativa (códigos procesales) y luego sobre la necesaria transformación organizacional de las instituciones que componen el sector justicia (leyes orgánicas, fijación de objetivos y modelos de gestión orientados a la prosecución de esos fines).

Sin duda que el abandono del modelo inquisitivo y el acercamiento a diseños de justicia más emparentados con el sistema anglosajón, tal como nuestros primeros constituyentes habían fijado en la Constitución, pero que no pudieron cristalizar en los códigos procesales ni, mucho menos, en las prácticas, empieza de a poco a tomar forma, y eso impacta en nuevos debates teórico prácticos que hoy se mantienen abiertos y que requieren de un trabajo intelectual metódico y específico.

Precisamente esta obra que hoy presentamos pretende, en primer lugar, brindar herramientas para comprender las bases del movimiento reformista e incidir en algunos de los debates más profundos que encuentran hábitat en nuestros nuevos diseños adversariales, alejándose de lo que pudiera ser un análisis meramente normativo. En un primer trabajo intentamos definir cuáles son los avances y los puntos aún no resueltos con esta oleada reformista que se vive en la región desde la vuelta a la democracia. Se intenta evitar una mirada simplista de la reforma, afincando su estudio desde una visión política y trazando desde allí las líneas teóricas para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

En segundo lugar, presentamos un trabajo que pretende demostrar cómo, a través de la audiencia de **voir dire**, el sistema de juicio por jurados preserva y

² Binder, Alberto, "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en AA. VV., *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, FESCOL, Bogotá, 2016.

fortalece, en mayor medida que el sistema tradicional de jueces profesionales, la imparcialidad del tribunal, tanto desde una concepción subjetiva –interés o prejuicio en el caso–, como desde una faz objetiva –razonable temor de parcialidad–. Para ello, será preciso que los abogados comprendan cuál es su rol en esa audiencia, cómo litigar adecuadamente para poder detectar, en los potenciales jurados, valores perjudiciales hacia su caso y argumentar en qué medida esos valores pueden generar un prejuicio que afecta su imparcialidad.

A pesar de que todo litigio requiere de un manejo adecuado de la retórica para que los argumentos cobren mayor relevancia e impacto, los abogados poco hemos avanzado en el estudio de la persuasión oral, su impacto en un juicio y, en mayor medida, en uno realizado ante un jurado clásico. Un abogado debe tener presente siempre la trilogía de la oratoria compuesta de orador, discurso y auditorio³. La historia que va a narrar a través de la prueba debe tener en cuenta esos factores. La gran mayoría de los fiscales, defensores, abogados particulares y jueces que han participado en un juicio por jurado han notado la importancia de definir persuasivamente qué decimos y cómo lo decimos. El trabajo que presentamos gira en torno a definir algunas técnicas de comunicación y persuasión aplicables al juicio por jurados.

Un cuarto y quinto trabajo del seminario se centraron en un punto central, como lo es el control material sobre la acusación y el debate sobre la admisibilidad de la prueba. Aún pesan sobre la etapa intermedia muchos debates pendientes. La necesidad de un cierto control sobre el mérito de la acusación para evitar juicios con baja carga probatoria, que implica someter sin razón valedera a un ciudadano inocente a un juicio público y al riesgo de error judicial, ha encontrado opiniones controvertidas en cuanto a su alcance e intensidad. De allí la importancia de adentrarnos en el tema.

Por otro lado, no caben dudas de que el sistema anglosajón, a través de sus reglas de evidencia, exhibe un mayor celo al momento de debatir la admisibilidad de una prueba, evitando el ingreso de información perjudiciosa o poco confiable. En la mayoría de los códigos latinoamericanos no existe una norma similar a la Regla de Evidencia Federal n° 403 de los Estados Unidos, que establece la inadmisibilidad de una prueba cuando su valor probatorio se ve sustancialmente superado por el peligro de un prejuicio indebido. Sobre este punto, con especial referencia a los peritajes psicológicos de credibilidad, presentamos un trabajo que pretende dar claridad sobre la materia, al fijar un sólido bloque conceptual que brinda herramientas para el litigio.

³ Al respecto ver, Fernández, Alberto Vicente, *Arte de la persuasión oral*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 39.

El restante trabajo aborda los límites sustanciales y éticos en el alegato de clausura y cuáles pueden ser las eventuales consecuencias cuando un abogado se aparta de ellas. Sin duda que, con el juicio por jurados que se va imponiendo en la agenda legislativa, estas nociones serán fundamentales para poner límites éticos más precisos para los litigantes en su rol argumentativo en la clausura.

3. Por último, expresar que el CLP es un colectivo que se encuentra sustentado por el trabajo comprometido y desinteresado de diversas personas que, día a día, aportan su tiempo y esfuerzo para que el producto final sea de la mejor calidad posible. En efecto, el seminario que da origen a este libro requirió de mucho compromiso y dedicación, tanto de los autores de los textos que presentamos, de los integrantes actuales como de los que ya no están pero que ayudaron en la concreción de este proyecto. Por ese motivo es esta la oportunidad para agradecer y reconocer en especial el trabajo de Julieta Beutler, Julia de la Llana, Joaquín Freije, Alberto González, Alan Limardo, Damián Radimiski, Pablo Rovatti, Carla Salvatori y Leandro West por todo lo que han hecho para que hoy podamos presentar nuestra primera publicación, como así también de todos aquellos que han participado en alguna de nuestras actividades y que permiten que el CLP siga creciendo.

Y, para culminar, también agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en cuyas aulas y salones realizamos nuestras actividades, y a Lorena Banfi y la editorial Didot por su predisposición para publicar este trabajo.

PRÓLOGO

Alberto Binder

Litigación y proceso penal

La justicia penal es una maquinaria que debe ser puesta en movimiento. O, por lo menos, también puede ser vista desde esta perspectiva. Se puede decir que, después de un trabajo de por lo menos dos décadas, ya comienza a instalarse en nuestra región un nuevo modelo de justicia penal. Pero cuando decimos un nuevo modelo no significa solamente un tipo de nueva estructura y reglas de funcionamiento, sino también un *tipo de movimiento y una visión general que le da sentido a la integración entre esas estructuras y el movimiento*. Cualquier jugador de un deporte o un simple mecánico de motores comprende fácilmente estas ideas y, cuando es experimentado, decimos que siente el deporte o el motor.

Así como hemos trabajado intensamente en el cambio de reglas y estructuras, hoy debemos poner la mayor intensidad en provocar el cambio de movimiento. Pretender hacer funcionar la nueva maquinaria al modo viejo es el origen de muchas frustraciones y provoca invariablemente que los sistemas se atasquen, los involucrados pierdan derechos y expectativas, y los operadores judiciales vean degradada su función. La maquinaria se moverá indefectiblemente, por impulso de las viejas prácticas o gracias a las nuevas habilidades y conocimiento de quienes deben ponerla en funcionamiento.

Este movimiento de la justicia penal se produce gracias a distintas actividades que reclaman nuevas aptitudes y conocimiento, así como una visión general, que de *sentido al juego*. La primera de ellas consiste en *narrar*. Desgraciadamente el arte de narrar es algo que se enseña tan poco en las escuelas de leyes que ya resulta alarmante. Narrar no es fantasear, no es distorsionar, menos aún es mentir: se trata de fortalecer la *dimensión de lo fáctico como el tema central de todo juzgamiento*. Y ello es una

de las piedras de toque del nuevo modelo de justicia penal. Pero narrar es, entre otras cosas, enlazar palabras y allí nos encontramos con un problema adicional: nuestro léxico para hablar sobre los hechos es muy limitado. Estamos tan acostumbrados al *lenguaje del trámite o al lenguaje metafísico de la escolástica penal*, que luego nos cuesta enormemente hablar con la enorme potencia del lenguaje ordinario. Cada día se nota más —por otras razones que ya exceden estas páginas— las dificultades de los jóvenes abogados para encontrar palabras claras, estructuras de frases bien ordenadas, usar correctamente los verbos, etc. Queremos hablar como si estuviéramos escribiendo un acta y ello no solo es imposible, pobre e inadecuado, sino que construye una prosa oral de baja calidad. Así como la literatura realza la narración oral y la enseña, debemos hacer lo mismo en nuestras escuelas de leyes.

Pero la narración necesita *análisis*, porque los hechos no son simplemente hechos, sino hechos significativos. Ya sea por el proceso de subsunción propio del derecho penal, por la planificación del caso, propio de una visión precisa de la prueba o por la lógica propia de la retórica, *seleccionar hechos significativos es parte central del análisis, que siempre incluye descomposición de otras narraciones, descomposición de los textos legales y una reconstrucción sintética de todos esos elementos, sobre la base de la búsqueda de las finalidades del litigio que es lo que finalmente llamamos “teoría del caso”*. A esa presentación inteligente de un caso se llega a través del análisis de todos los elementos en juego: se trata de un trabajo técnico minucioso, mucho más tedioso y trabajoso de lo que los litigantes imaginan. Analizar no es descomponer teorías y reconstruir doctrinas; se trata de un trabajo inexorablemente ligado a la selección de los hechos significativos.

Una de las virtudes de los nuevos sistemas es su capacidad de provocar controversia. Es en la contradicción de visiones, propias de los intereses en juego, donde se construye un método de trabajo público que nos acerca mejor a la verdad. Frente al trabajo solitario y encerrado en sí mismo del discurrir del juez inquisitorial, los modelos adversariales promueven la construcción colectiva y pública de la verdad del hecho y el derecho. Y ello implica que los adversarios tengan capacidad de argumentar y rebatir las argumentaciones de los otros. Tampoco nuestras escuelas de leyes se caracterizan por enseñarnos a argumentar. Y el hecho de que se haya puesto el giro argumentativo en la enseñanza de la interpretación de las leyes, ello no siempre implica la comprensión real de la dimensión dialógica en la que se da ese debate por el sentido de las normas y los hechos.

Sería inimaginable un abogado que no sabe narrar, analizar y argumentar, pero la realidad de nuestros sistemas de justicia es pródiga en mostrarnos ejemplos de funcionarios y magistrados atrapados vital, emocional e intelectualmente en la terrible fuerza ideológica del trámite banal.

De esto trata este libro. De mostrar todas las facetas de la litigación, de descubrir permanentemente nuevos problemas, generales y de detalle, en los que se juega el valor del caso y la eficacia de la justicia. Él es el resultado de un conjunto de jóvenes que se han organizado para suplir lo que nuestras universidades no hacen institucionalmente. El Centro de Litigación Penal, así como otros grupos y clubes de litigación que se van formando en nuestro país y en la región, es el resultado de una preocupación genuina de abogados que quieren ser abogados. No podemos hacer otra cosa que alentarlos a seguir con tenacidad por ese camino. Del trabajo organizado de ellos depende que vayan apareciendo generaciones de nuevos abogados y operadores judiciales para quienes, lo que hoy es esfuerzo contracultural, sea en ellos el modo natural de ejercer digna y alegremente la abogacía.