

h

© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

Taichuano 481 - 4° piso
C 1013AAI - Buenos Aires - Argentina
Tel.: (54-11) 4382-3586 --- líneas rotativas ---
E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**

Tel.: 4382-2080 --- líneas rotativas ---

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de noviembre de 2017
en «Docuprint S.A.»
Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-706-1 (obra completa)

ISBN: 978-950-741-869-3 (tomo 5)

• **Colaboradores de coordinación**

LUCÍA MONTENEGRO – SOFÍA RAMÍREZ – GASTÓN LEANDRO BIEGAS

ÁNGELA LEDESMA DIRECCIÓN

• **El debido proceso penal**

1ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2017
vol. 5, 324 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-869-3

1. Derecho Procesal Penal. I. Título

CDD 347.05

• Fecha de catalogación: 20/10/2017

ÁNGELA E. LEDESMA
DIRECCIÓN

El debido proceso penal

Doctrina ■ Análisis jurisprudencial ■ Fallos fundamentales

5

Formas alternativas de resolución de conflictos penales. Caso «Fontevicchia» de la CSJN. Amplia revisión de la decisión del jurado. Estándares del régimen penal juvenil. Identificación de personas. Evidencia digital. Investigación de la defensa. La prueba y la teoría del caso. Etapa preparatoria y admisibilidad de la prueba. Reformas a la ley 24.660

Mauro Lopardo coordinación

Autores: Ramón Porfirio Acuña – Rubén A. Alderete Lobo – Denise Bakrokar
Pablo Bebebino – Alberto Bovino – Alejandro Cascio – Fernando Díaz Cantón
Leticia Lorenzo – Santiago Martínez – Damián R. Muñoz – Nicolás Ossola
Cristian Penna – Juan Carlos Rua

reflexiones doctrinales de

ÁNGELA E. LEDESMA



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR

La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y en sistemas acusatorios

Cristian Penna * - Alejandro Cascio **

«But the competitive method of examining evidence in court is only the most visible and not the sole link between evidentiary arrangements and party control. The gathering of information, the selection of evidence, and other activities in preparation for proof-taking in court are also assigned to the litigants or their lawyers»

MIRJAN R. DAMASKA¹

§ 1. Contextualización del tema

Todo sistema acusatorio de tipo *adversarial* reposa sobre la idea de la centralidad del juicio oral, público, continuo y contradictorio².

* Abogado con orientación en derecho penal (UBA). Secretario General de la Defensoría General de San Martín. Docente de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia (ESJ) y la Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM). Miembro de la junta directiva de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Director de capacitación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

** Abogado (UCA). Especialista y Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral (UA). Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Participante del Programa de Entrenamiento para Abogados, Harvard Law School, Harvard University (1994). Juez de la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Quilmes. Exagente fiscal y exjuez de tribunal en lo criminal en la provincia de Buenos Aires. Miembro del Consejo Consultivo de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ). Capacitador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

¹ Damaska, *Evidence Law Adrift*, 1997, p. 5: "Pero el método *adversarial* de examinar las pruebas ante los tribunales es solo el más visible y no el único vínculo entre la preparación de las pruebas y el control de su producción por las partes del juicio. La recopilación de información, la selección de pruebas y otras actividades preparatorias para la producción de pruebas en los tribunales también recaen en cabeza de los litigantes o de sus abogados".

² Binder, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, 2012, ps. 229 a 231.

Ello implica que toda la actividad procesal deberá desarrollarse con miras a ese juicio³, que debe ser “limpio” —desprovisto de información precaria— y “ágil” —libre de actos innecesarios—, para que pueda materializarse un contradictorio de calidad. Esta visión trae aparejadas consecuencias muy importantes hacia el inicio del proceso penal.

En primer lugar, exige a las partes la realización de investigaciones sólidas y una actividad responsable y profesional en el diagnóstico de situación y en la preparación de una teoría del caso —al juicio no se concurre a “investigar” sino a “probar” hechos—. Exige, además, que en algún momento previo al juicio las partes en disputa se sometan a un descubrimiento recíproco de prueba, de modo que cada una de ellas pueda prepararse adecuadamente para controlar la prueba de su adversario. Finalmente, exige que antes del inicio del juicio se defina qué es lo que será controvertido y se efectúe una depuración de eventuales vicios formales y de la información ilegítima o innecesaria obtenida durante la investigación. En otras palabras, si se llega al juicio debe ser porque existe un caso sólido para la acusación que puede ser total o parcialmente controvertido por la defensa y, antes de su inicio, todas las cuestiones preliminares deben haber sido previamente zanjadas.

La necesidad de lo expuesto no siempre es advertida, sobre todo en el marco de jurisdicciones con precarios diseños procesales mixto-inquisitoriales e, incluso, en aquellas con diseños acusatorios de reciente implementación, cuyos principios fundamentales y dinámica de funcionamiento no han logrado imponerse por sobre las añejas malas-prácticas inquisitoriales previamente adquiridas.

Como es sabido, en esos contextos suele ser habitual la improvisación, esto es, la inexistencia de cualquier tipo de preparación seria para el juicio: las partes no siempre cuentan con teorías del caso adecuadamente preparadas y el filtro de la etapa intermedia es prácticamente inexistente. Se torna usual, en ese escenario, que la etapa de los alegatos de apertura o lineamientos se vea teñida por múltiples planteos de exclusiones probatorias por parte de los abogados de la defensa —vía el planteo de nulidades cuya resolución, por lo general, queda diferida para el momento de la sentencia—.

³ En principio esta afirmación no cae cuando el propósito real de las partes en un caso concreto sea la adopción de alguna salida alternativa, en tanto la viabilidad de esa alternativa tendrá siempre algún tipo de relación con las chances de éxito en un eventual juicio futuro; para graficarlo con una situación extrema: en teoría ningún acusado aceptaría una salida alternativa diferente a la desvinculación del proceso si la fiscalía no tiene ni la más mínima chance de ganar un juicio. El análisis de esta cuestión, mucho más compleja, sobre todo si evaluamos la fuerza de coacción que puede tener una detención preventiva o la desconfianza en la imparcialidad del juzgador, excede los márgenes del presente trabajo. Por lo dicho es que Hendler en *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, 2006, p. 59, resalta que basta con que uno entre muchos quiera valerse de la garantía del juicio por jurados para que sea necesario que esté consagrada.

La extrema precariedad de este tipo de prácticas resulta en verdad sumamente curiosa:

- a) En primer lugar, si al juicio se concurre a probar hechos y no a investigarlos, cuando un caso llega a esta etapa se supone que cada litigante debería contar con una estrategia previa, responsable y eficazmente planificada, lo que exige el cabal conocimiento de la propia versión de los hechos, de su relevancia jurídica y de la prueba con la que se los acreditará —una *teoría del caso* bien definida, ni más ni menos—; así como el de la prueba con la que concurre la contraparte para acreditar una versión de los hechos incongruente con la propia. Desde este punto de vista, si existen motivos que atentan contra la legitimidad de una prueba, ¿por qué no se efectúan los planteos pertinentes antes del inicio del juicio para poder planificarlo adecuadamente, en perfecto conocimiento de la prueba que efectivamente podrá utilizarse, e incluso, cuestión no menor, para evitar contaminar el criterio del juzgador con prueba tachada de ilegítima?
- b) Por otro lado, ¿qué sentido tiene abrir un juicio cuando aún no se sabe si las principales pruebas de cargo podrán ser finalmente utilizadas y, a partir de allí, si el caso de la acusación tiene la entidad suficiente como para ameritar el ingreso a la trascendental etapa del plenario?
- c) Finalmente —entre otros tantos absurdos que podrían enunciarse—, no debe pasarse por alto que efectuar ese tipo de planteos en este momento termina, en general, por deslucir a la presentación que se hace del caso, que ya no se tratará de una clara y persuasiva exposición que sugiera al juzgador un punto de vista para evaluar lo que ocurrirá en lo sucesivo, sino de un largo y tedioso monólogo plagado de tecnicismos, dogmatismos y planteos que deberían haberse sustanciado y resuelto en una etapa preliminar —algunos de ellos, incluso, podrían resultar contradictorios y, por lo tanto, incompatibles, con el caso que se plantea—.

Vamos advirtiendo así la relevancia de la etapa intermedia preparatoria, cuyos objetivos principales, amén de otros alternativos, son la definición del *eje de la controversia* y la determinación de la *prueba que podrá utilizarse en el juicio* y gira en torno de la denominada *audiencia preliminar preparatoria del juicio*, también conocida como *audiencia de etapa intermedia*.

Esta etapa resulta imprescindible si se pretende la realización de un juicio serio, verdaderamente *adversarial*, con pretensiones de materialización de un contradictorio sólido y productivo. Cuando es así concebido, el juicio no tiene margen para improvisaciones. Advértase que señalamos la importancia de esta etapa para todo juicio *adversarial*.

Ahora bien, el modelo de enjuiciamiento acusatorio *adversarial* por excelencia es el *juicio por jurados*⁴. Por ello en lo sucesivo nos referiremos genéricamente a ese sistema, que es el que ordena la Constitución de la Nación Argentina (arts. 24, 75, inc. 12 y 118); sin embargo, en lo que a la cuestión en trato atañe y salvo que se aclare lo contrario, los conceptos desarrollados deberían ser tenidos en cuenta tanto para un juicio por jurados como para cualquier juicio *adversarial*, aun sin jurados.

Lo dicho queda en evidencia si se repara en que, a diferencia de la ausencia de orden y preparación que suele caracterizar a los juicios tradicionales, el juicio por jurados se caracteriza por estructurar un proceso que es mucho más *ordenado*, en el que existe una *desconcentración* del poder de decisión.

En efecto, se contemplan en él etapas específicas para el litigio de cada una de las decisiones necesarias para el avance de un juicio, a saber: la admisibilidad de la prueba se litiga durante la etapa intermedia, la conformación del jurado se litiga durante la audiencia de selección de jurados o *voir dire*, la producción de la prueba sobre los hechos se lleva a cabo durante el juicio propiamente dicho, la interpretación del derecho aplicable se litiga en la audiencia de definición de las instrucciones que el juez debe impartir al jurado y, si corresponde, la pena o medida de seguridad se litiga en la audiencia de cesura⁵.

Nótese que ese orden rompe con el monopolio de la decisión, desde que quien decide la admisibilidad de la prueba, las recusaciones, las incidencias durante el juicio, la interpretación del derecho y, eventualmente, la pena o medida de seguridad, no decide el veredicto.

Nótese también que, en el marco de esa desconcentración del poder de decisión, la determinación de los hechos recae en un órgano compuesto por miembros accidentales —simples seres humanos sin formación específica en materia de los juzgamientos⁶—, lo que muestra con mayor claridad a los operadores del sistema la necesidad de cuidarlos de información precaria⁷. Es por ello que en aquellas juris-

⁴ La "centralidad" del juicio ha sido reconocida por la CSJN, 20/9/05, "Casal, Matías Eugenio y otro s/Robo simple en grado de tentativa", C. 1757 XL, causa n° 1681C. Allí ha reconocido al juicio por jurados como norte del sistema adversarial: "el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público (...) De allí que nuestra Constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público" (consid. 15).

⁵ Penna, *Audiencia de selección de jurados: repensando la imparcialidad*, en LLBA, 2016 (marzo), 113, ps. 118 y 119.

⁶ Ya no se trata de "delegados de la divinidad en la tierra de los humanos", conf. Maier, *Delitos de lesa humanidad, de funcionarios públicos y sistema judicial en materia penal* [en línea], en Asociación Argentina de Juicio por Jurados, 2013, p. 7, disponible en web: <http://www.juicioporjurados.org/2013/10/doctrina-ponencia-inedita-del-prof-dr.html>.

⁷ Bovino, *Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado*, en "Revista Ius et Veritas", n° 11, 1995, ps. 36 y 37, resalta que "... el sistema de jurados clásico presenta la gran ventaja

dicciones que han avanzado en la implementación del juicio por jurados proliferan las inquietudes de los operadores sobre estas materias, hasta entonces rotundamente subestimadas.

Hablamos de la etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados pero al hacerlo, en definitiva, hablamos de un horizonte a seguir para todos los juicios que pretendan ser realmente contradictorios.

§ 2. Algunas consideraciones previas sobre la dinámica del litigio en audiencias preliminares en general y en la audiencia preparatoria en particular

Como sucede en todos los sistemas acusatorios de tipo *adversarial*, en los que no existe un "expediente escrito" —tecnología propia de los sistemas inquisitivos—, la sustanciación y decisión de todas las cuestiones que deban discutirse en el proceso deben llevarse a cabo en el marco de una "audiencia" —tecnología propia de los sistemas acusatorios—⁸. La etapa preparatoria del juicio no es la excepción, y aquí entra en juego la denominada "audiencia preliminar preparatoria del juicio".

En entornos herederos de sistemas inquisitoriales, esta migración de "tecnologías" trae aparejados ciertos desafíos que si no son abordados con suficiente profesionalismo pueden dar lugar a distorsiones con resultados nocivos para el sistema. Frente a ello, es oportuno realizar algunas advertencias preliminares.

de que permite una discusión franca sobre las normas que regulan la producción de la prueba y, consecuentemente, de las situaciones en las cuales se discute la admisibilidad de cierto tipo de pruebas" y grafica con un ejemplo: "Consideremos (...) la información sobre los antecedentes del imputado, que, como regla, no resulta admisible en un juicio penal estadounidense. La razón de esta regla consiste en que se presume que esta información puede desviar la atención del jurado a una cuestión que no tiene relación alguna con el hecho que se discute en el juicio. Por tratarse de legos, no ofenderemos a ningún miembro del tribunal si argumentamos sobre el peligro que genera la introducción de estos datos. En el fondo, el significado de la objeción representa un mensaje que podría expresarse del siguiente modo: 'su señoría, son legos, no podrán entender cómo pueden utilizar esta información'. En realidad, se trata de que los miembros del jurado son humanos, y, por ello, se debe evitar que supongan —como hacemos muchos de nosotros, jueces o no, legos o abogados— que porque el imputado una vez cometió un delito, esta vez también lo ha hecho, cuando la condena, por un principio normativo, debe fundarse exclusivamente en la prueba producida en el juicio y referida al hecho objeto de la imputación"; finalmente remarca: "Sin embargo, resulta difícil, sino imposible, que algunos adeptos a la cultura inquisitiva comprendan que, por jueces que sean, el conocimiento de los antecedentes del imputado o, para agregar otro ejemplo, del expediente resultado de la instrucción, proyecta su influencia sobre su percepción del caso".

⁸ Todo lo que ello implica en Binder, *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, 2012, ps. 180 a 182.

a) *El problema de la «falsa oralidad»*
—la audiencia inútil—

La deficiente migración de sistemas inquisitoriales, con predominio de escritura, hacia sistemas acusatorios, suele generar un problema muy característico: la denominada *falsa oralidad*, esto es, la generación de audiencias bajo una oralidad fingida, en las que los pedidos de las partes serán argumentados con remisiones permanentes a constancias obrantes en expedientes escritos y el juez —que en algunos casos ya contará con una “resolución” previa y prolijamente redactada— tomará a ese expediente como base para la toma de decisión⁹: “como sostuve a fs. ...”, “ratifico lo requerido a fs. ...”, “por las constancias obrantes a fs. ...”, “conforme demás constancias del expediente”, etcétera.

No es necesario aclarar que, amén de las endémicas restricciones al público para el ingreso a las audiencias en nuestro entorno, la publicidad no es posible en un contexto de falsa oralidad, en tanto ninguna persona razonable comprendería lo que sucede en esa “teatralización” de lo escrito: *las formas y el lenguaje incomprensibles son un firme obstáculo a la publicidad*; cabe agregar que esta limitación en cuanto a la comprensión no abarca solo al lego, ¿qué abogado, que no tenga acceso al expediente escrito del caso, podría comprender las circunstancias en disputa cuando el diálogo de los interlocutores se limita a formular remisiones como las ejemplificadas en el párrafo anterior?

Apartándonos brevemente del foco, es atinado ilustrar otro mal endémico de los nóveles sistemas acusatorios. Ha sido una característica habitual en los códigos acusatorios “de primera generación”¹⁰ la regulación de audiencias “renunciabiles”; podrá el lector imaginar lo que entornos habituados a prácticas inquisitivas hicieron con esas audiencias: las renunciaron sistemáticamente, tornando a las regulaciones procesales que las contemplaban en letra muerta. Cabe agregar que las que no fueron renunciadas sufrieron, en general, del mal antes apuntado: la falsa oralidad, con lo que los pocos entusiastas de la oralidad de a poco han ido tendiendo a plegarse a la renuncia de una audiencia que se apreciaba como flagrantemente innecesaria por ridícula.

Se ha generado, así, un círculo vicioso: los operadores no dominan las destrezas y herramientas conceptuales necesarias para litigar en audiencias, por lo tanto, las pocas audiencias que se llevan a cabo se sustancian mal, las audiencias mal hechas incentivan su renuncia sistemática, la falta de audiencias sistemáticamente renunciadas desalientan al operador a adquirir las destrezas y herramientas conceptuales necesarias ...

⁹ Lorenzo, *Manual de litigación*, 2012, ps. 19 y 20.

¹⁰ V. gr., provincia de Buenos Aires, conforme ley 11.922.

El círculo vicioso debe encontrar un punto de corte, y es por eso que los nuevos sistemas procesales acusatorios se ocupan de establecer *audiencias obligatorias*¹¹. Esta intención ha inspirado a las leyes de jurados que se vienen implementando en Argentina en complemento a precarios ordenamientos procesales ya existentes, tal es el caso del Chaco (art. 23, ley 7661) y, también, de Buenos Aires (art. 338, *CPP-BA*, conf. ley 14.543).

b) *Objetivos y dinámica de la audiencia preliminar: audiencia preliminar contradictoria vs. «mini-juicio»*

Para graficar la dinámica de una audiencia preparatoria del juicio, comenzaremos por reseñar otro problema, tan común como el anterior, que suele presentarse cuando operadores inexpertos en el trabajo bajo las reglas de la oralidad se encuentran ante audiencias obligatorias: la tendencia a la realización de permanentes “mini-juicios”; esto es, dada “la comprensión equivocada de que las audiencias deben desarrollarse siempre con las mismas características (...), se ha generado una práctica extensa de audiencias de etapa preparatoria que asemejan verdaderas audiencias de juicio”¹².

Distintos tipos de audiencias tienen objetivos diversos y específicos. En breve profundizaremos los de las audiencias de la etapa que ahora estudiamos, pero ya podemos adelantar que la anticipación del juicio a este momento no es uno de ellos. Su *objetivo* primordial es —dejando a un lado posibles cursos diversos— la preparación del juicio, tarea que en esencia consiste en establecer cuál será el *eje de la controversia* y tratar la *admisibilidad de la prueba* —lo que no es otra cosa que determinar cuáles serán las que se permitirá utilizar—.

Lo dicho significa que aquí no es necesario que las partes prueben lo que alegan: “la prueba es una necesidad del juicio, no de las audiencias de etapa preparatoria, ya que está vinculada a la necesidad de acreditar la existencia del hecho que se está juzgando, la participación y grado de la persona imputada, y la necesidad y posibilidad en específico de aplicación de una pena concreta”¹³.

La *dinámica* de una audiencia preliminar bajo las reglas del contradictorio, en cambio, se rige por el *principio de buena fe* de los litigantes y podría sintetizarse del siguiente modo:

- a) Cada parte aporta oralmente los argumentos necesarios para sustentar su pretensión.

¹¹ Por ejemplo, los ordenamientos procesales de Chubut, Río Negro, Neuquén y Buenos Aires —proceso con jurados—.

¹² Lorenzo, *Manual de litigación*, 2012, p. 28.

¹³ Lorenzo, *Manual de litigación*, 2012, p. 49.

- b) Su contraparte —debidamente preparada, desde luego— será la encargada de revisar y, solo si es necesario, atacar la veracidad y/o calidad de esos argumentos —*control horizontal*—.
- c) Con base en la información recibida —aportada y controlada—, el juez resuelve.

Solo en casos puntuales —v. gr., la contraparte niega deslealmente lo que es cierto y no puede ser razonablemente controvertido, por ejemplo: señala que un allanamiento se llevó a cabo sin orden judicial cuando en verdad esta existe— puede ser necesaria la utilización de constancias previas como respaldo de información —v. gr., exhibición de la resolución que respalda la existencia de orden judicial— o, incluso, la producción de prueba tendiente a respaldar la veracidad de lo argumentado. En relación a esto último debe quedar en claro que no se hace referencia a la producción de prueba sobre los hechos objeto del juicio, sino de la que respalda la veracidad de un argumento —*prueba sobre prueba*—.

El juez deberá evitar que la discusión se desvíe, encausándola para que pueda avanzarse hacia el cumplimiento de los objetivos propios de la audiencia concreta. Deberá exigir a las partes la información necesaria para poder resolver los puntos en tratamiento, asegurándose que todas tengan oportunidad de expresarse aportando información y controlando la de la contraparte. Se trata de una cuestión que podría abordarse con mayor extensión, pero ello excedería demasiado los alcances de esta obra¹⁴.

§ 3. Objetivos preparatorios de la etapa intermedia: definición del eje de controversia y de la prueba admisible

Como se adelantó, el objetivo específico de la etapa intermedia es la preparación del juicio, o dicho con mayor precisión: la preparación de un *juicio limpio y ágil*¹⁵. Los objetivos de allí derivados son: la definición del *eje de la controversia* —del

¹⁴ Para ello, Lorenzo, *Manual de litigación*, 2012, ps. 35 a 56 y 119 a 128.

¹⁵ Cuando el sistema de jurados se inserta en un proceso penal acusatorio de tinte *adversarial*, en esta audiencia se efectúa también el *control de la acusación*. Tal es el diseño de los sistemas procesales neuquino (art. 167, ss. y conc., CPP) y del nuevo Código rionegrino (art. 162, ss. y conc., CPP); en ambos casos, gracias a que el sistema de jurados se ha adoptado en conjunto con el resto del ordenamiento procesal. En cambio, en otros diseños, como el chaqueño y el bonaerense, el sistema de jurados se ha acoplado a ordenamientos procesales preexistentes, que separan a la etapa intermedia en dos momentos diferentes: el *control de la acusación* como cierre de la etapa de investigación (arts. 352 a 357, CPP-Chaco y 334 a 337, CPPBA) y la *preparación del juicio* como primer acto una vez constituido el tribunal de juicio (arts. 360 y ss., CPP-Chaco y 338, CPPBA); esto trae algunos problemas prácticos que no deben ser subestimados, considerando la decisiva influencia

objeto de la discusión— y la determinación de la *admisibilidad de prueba*. El juicio es la etapa central del proceso penal; allí no hay lugar para improvisaciones por lo que debe estar adecuadamente preparado¹⁶.

En ese rumbo, al finalizar la audiencia debe haber quedado claramente delimitado qué es lo que se debatirá —el *eje de la controversia*—. Esto no solo exige la existencia de una acusación clara, precisa y circunstanciada, bien definida, sino también la detección de los puntos que la defensa controvertirá de ella, para lo que deberá conocer las pruebas de cargo y su contenido. Del mismo modo, si se asume una defensa afirmativa, deberá determinarse qué es lo que cuestionará la fiscalía quien, desde luego, para ello deberá conocer la prueba de descargo.

Esa dinámica de descubrimiento de la prueba —*discovery*— se impone necesaria tanto para la determinación del eje de controversia como para el ejercicio del contradictorio¹⁷: la defensa tiene el derecho de efectuar un control efectivo de la prueba de cargo y, principio de igualdad de posiciones mediante, se atribuye al fiscal idéntica facultad siempre que se adopte una defensa afirmativa¹⁸.

que las decisiones sobre la prueba pueden tener sobre la evaluación de la calidad de la acusación. En rigor, no se trata tanto de un problema de unión o separación en el tratamiento de ambas cuestiones, sino de que el principal problema de diseños como el chaqueño y el bonaerense es la rigidez que esa separación conlleva: una vez admitida la acusación por un delito, resulta dificultosa la redefinición del caso durante la audiencia de preparación del juicio, cuestión que algunas veces surge necesaria, por ejemplo, en función de las decisiones sobre admisibilidad de prueba.

¹⁶ Desde luego, para que puedan cumplirse los objetivos de agilidad y de que los casos lleguen al juicio "limpios", en la etapa intermedia existe la posibilidad de abrir el tratamiento de diversas cuestiones que a tal efecto puedan resultar fundamentales. Podrían plantearse excepciones como la cosa juzgada o la litispendencia, la prescripción de la acción penal, las nulidades por cuestiones meramente formales de determinados actos procesales —sin consecuencias sobre la prueba—, etcétera. Ya en lo relativo a la preparación del juicio propiamente dicha, además de la definición del eje de controversia y de la admisibilidad de prueba, pueden tratarse cuestiones organizativas varias —duración del debate, metodología de la audiencia de *voir dire*, etcétera—.

¹⁷ Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID/COLOMBIA, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*, 2ª ed., 2009, ps. 85 y 86: "A efectos de garantizar el ejercicio pleno del derecho de contradicción de la prueba, con la acusación, el fiscal debe descubrir a la defensa todos (...) los medios cognoscitivos que haya encontrado durante su investigación, hayan sido o no tenidos en cuenta para formular la acusación, vayan o no a hacerse valer en el juicio (...) A la defensa le corresponde la obligación correlativa, la cual debe cumplir en la audiencia preparatoria ...". Alliaud, *Audiencias preliminares*, 2016, ps. 160 a 164.

¹⁸ Como derivación del principio de inocencia, la defensa no tiene el deber de probar absolutamente nada. Ello implica que perfectamente puede limitarse a cuestionar la prueba de la fiscalía para impedir la destrucción del estado jurídico de inocencia del acusado —defensa negativa o pasiva—. Sin embargo, también puede plantear una historia alternativa —defensa afirmativa o

Al juicio no se concurre a probar y debatir todo, gran cantidad de las proposiciones con que se construyen los casos en disputa son alegadas por ambas partes y no ameritan discusión alguna —por lo tanto, no será necesario producir prueba relativa a esos extremos—; lo mismo sucedería con las proposiciones de una parte cuya desacreditación no interesa a la contraparte. Podríamos decir que la identificación de esos puntos de convergencia —por oposición a los de controversia— sería la primera tarea en miras a la preparación del juicio, ya que resulta fundamental para la discusión sobre la admisibilidad de la prueba, como ya veremos.

A la vez, como esta actividad preparatoria debe propender a la realización de un *juicio limpio y ágil*, debe cuidarse que esté desprovisto de información ilegítimamente obtenida o no controlada —*control de legalidad* de la prueba— y, también, que se prescinda de la producción de prueba innecesaria, de baja calidad o que pueda generar prejuicios o confusiones evitables —*control de relevancia, confiabilidad y perjuicio indebido*—¹⁹.

Es preciso ser rotundamente claro sobre un punto: el momento para debatir las cuestiones expuestas en el párrafo anterior respecto de un medio de prueba es, a más tardar, la audiencia de etapa preparatoria. No son discusiones propias del juicio, en que la prueba ya admitida podrá ser, en cambio, atacada por razones de *credibilidad*.

Se trata de dos planos completamente diferentes, uno es el de la admisibilidad de la prueba —propio de la etapa preparatoria—, el otro, el de su capacidad persuasiva o peso específico para formar convicción —cuestión que atañe al juicio—. Las cuestiones relativas al primer plano podrían producir graves interferencias en el segundo. Es por ello que el juzgador del juicio —no importa si es accidental o permanente— jamás debería conocer la existencia de la prueba declarada inadmisibles en la etapa preparatoria²⁰.

activa—, como una legítima defensa o la existencia de un estado de emoción violenta; en este último caso, con solo tornarse esa historia verosímil surge la necesidad de la fiscalía de desacreditarla, y solo tendría oportunidad de hacerlo de conocer en forma previa la historia de la defensa y la prueba en que se sustentará.

¹⁹ Se trata de "reglas de comprobación" que constituyen la tercera dimensión de la "garantía del hecho" que enumera Binder en *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, 2012, ps. 224 a 229. La primera regla de comprobación la forman los "requisitos de verificabilidad" —todo aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad— y la segunda, las "condiciones de verificación" —el modo como se construye esta verdad, según la específica obligación de cada una de las partes—.

²⁰ Martín, "En base a qué se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma", en *El debido proceso penal*, 2015, vol. 1, ps. 103 y 104, reflexiona sobre el punto: "Es habitual en la práctica judicial que algunos jueces resuelvan admitir ciertas pruebas obtenidas sin respetar formas o disposiciones procesales, añadiendo que lo hacen 'sin perjuicio de su

Debe aclararse que los mismos argumentos que suelen dar cuerpo a los planteos sobre la admisibilidad de la prueba en la etapa intermedia pueden, también, guiar la discusión de incidencias sobre la prueba durante el juicio. Estas incidencias —como las que puedan originarse a partir del planteo de determinadas objeciones— deberían debatirse sin presencia del jurado cuando el juicio se realice bajo esta modalidad.

§ 4. Las estipulaciones o acuerdos probatorios

La posibilidad de efectuar *estipulaciones probatorias* es una de las grandes novedades que introducen los modernos códigos procesales penales de tipo *adversarial*, en general, y las leyes de jurado, en particular; se trata de acuerdos sobre *hechos no controvertidos* por las partes y "hacen que no sea necesario probar uno o varios hechos"²¹, esto es, los hechos objeto de estipulación deberán ser tomados como probados.

Por ejemplo, si en un caso en que se imputa un homicidio agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 *bis*, CP) solo va a discutirse la autoría, carece de sentido la producción de prueba sobre el empleo del arma para producir la muerte y esa circunstancia podrá constituir una estipulación probatoria.

El adecuado manejo de esta posibilidad permitirá imprimir mayor *celeridad* al juicio —objetivo de agilidad— y, a la vez, contribuirá a la claridad de la discusión evitando a los jurados distracciones sobre cuestiones no relevantes para las teorías del caso de las partes. Identificando los ejes de la controversia, el juez debe guiar a las partes hacia la concreción de este tipo de acuerdos.

En resumen, estas estipulaciones constituyen prueba indubitable y el jurado deberá tener por probados los hechos acordados. Así deberá ser explicado en las instrucciones que el juez imparte al jurado, independientemente de que las leyes de jurados suelen dejar en manos de los litigantes la determinación de cuál es el modo más conveniente para comunicarlas al jurado.

valor probatorio". Esta construcción, que confunde admisibilidad con peso específico para formar una convicción sobre el tema a resolver, quedaría disuelta con esta regulación procesal, ya que es obligatorio que el juez de la audiencia preliminar se expida sobre todas las cuestiones que le serán planteadas en los términos en los que lo han hecho las partes. La situación no es de menor importancia (...) Obsérvese que la parte que pretenda esta exclusión probatoria verá mucho más reforzada su posición si consigue que la prueba no ingrese siquiera a conocimiento de los juzgadores. Además, si esa exclusión se dispusiera en la etapa intermedia, ello podría incluso conllevar a dejar sin fundamentos necesarios a la propia acusación, evitando así la instancia de juicio". También, Lorenzo, *Manual de litigación*, 2012, ps. 121 y 122.

²¹ Harfuch, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*, 2013, p. 109.

Podrá advertirse que las estipulaciones tienen una influencia decisiva en el análisis de relevancia de la prueba, tornando inadmisibles a cualquier evidencia sobre las circunstancias que queden bajo la órbita de lo no controvertido —parte integrante de lo estipulado—. Desde el ángulo de la evaluación de la relevancia, una prueba será admisible solo si suma a la acreditación —o desacreditación— de uno de los casos en disputa, y donde no hay controversia, nada hay que sumar, por lo que cualquier intento probatorio en tal sentido debería ser declarado inadmisibles, por superabundante —y, eventualmente, indebidamente perjudicial—.

Dada esa influencia, la más adecuada oportunidad para celebrarlas es la audiencia preparatoria —sin perjuicio de que también podrían celebrarse durante el juicio, de ser necesario, lo que podría dar lugar a un nuevo análisis de relevancia de la prueba en ese mismo momento—.

Una reflexión adicional es oportuna. Si bien es cierto que la celebración de una estipulación requiere el acuerdo de las partes, ello no debe interpretarse de modo que alguna de ellas pueda oponerse infundadamente o por motivos arbitrarios. Esto sucedería, si pese a la inexistencia de controversia sobre circunstancias fácticas determinadas —por ejemplo, que la víctima de un homicidio murió por una causa determinada—, una de las partes pretende producir prueba relativa a esas mismas circunstancias —siguiendo el mismo ejemplo, aquella que implica la exhibición de las fotos tomadas durante la autopsia que no acreditan otra cosa más que la causa de la muerte—, probablemente porque entienda que con ello consigue alguna ventaja ilegítima por el poder de impacto, el condicionamiento del ánimo o la generación de prejuicios desfavorables —o favorables— que su producción durante el juicio podría tener en los jurados. El juez debe tener un rol proactivo hacia la identificación del eje de la controversia y, al mismo tiempo, tiene los deberes de cuidar la imparcialidad del jurado y de procurar la sustanciación de juicios expeditos —agilidad—; como resultado de esa combinación, debe asumir un rol proactivo incentivando estipulaciones probatorias y no permitiendo oposiciones arbitrarias.

§ 5. Criterios para la admisibilidad de la prueba: el «test de legalidad» y el «test de relevancia, confiabilidad y perjuicio indebido (RCP)»

Como vimos, la decisión de mayor relevancia que el juez deberá adoptar en esta etapa será la atinente a la admisibilidad de la prueba a utilizar en el debate. El juicio, etapa central del proceso penal, no da lugar a improvisaciones y debe estar adecuadamente preparado; debe sustanciarse ante un jurado imparcial y privado de toda contaminación con información del caso ajena a la producida en su presencia; el juez es garante de ello²².

²² Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, 1898, cit. en Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, 2ª ed., 1978, señala que estas reglas responden a la necesidad de

Pero para que esa exigencia pueda cumplirse, cualquier tipo de irregularidad u obstáculo que afecte a la admisibilidad de una prueba debe ser planteada, a más tardar, en este momento, con el objetivo de *impedir su ingreso al juicio*.

Resulta absurdo pretender que el juicio de un ser humano que ha conocido el contenido de algún medio de prueba, por más ilegítimo que sea y aun si se dispone formalmente su exclusión del proceso, no se vea contaminado o condicionado por esa información; esta afirmación, que parece tan obvia, comúnmente pasa inadvertida en los sistemas de enjuiciamiento con jueces técnicos, a tal punto que suele ser habitual que este tipo de planteos se formulen durante los alegatos de apertura ante los mismos jueces que al finalizar el juicio deberán decidir si el acusado es culpable; incluso podemos esperar que las susceptibilidades de los jueces se vean afectadas si alguien se atreve a sugerir que a partir del conocimiento de la información ilegítima —obtenida ilegalmente, irrelevante, poco confiable o inflamatoria— dejarían de reunir las condiciones de imparcialidad necesarias para juzgar —como si la formación en el derecho permitiera escapar a la condición humana—²³. Con el jurado, en cambio, tendemos a advertir con mayor facilidad la necesidad de efectuar un cuidadoso análisis de la prueba a admitir.

Además, el orden que impone el sistema clásico de jurados, propio de todo sistema *adversarial*, tiene una dinámica diferente: “el sistema de jurados clásico presenta la gran ventaja de que permite una discusión franca sobre las normas que regulan la producción de la prueba y, consecuentemente, de las situaciones en las cuales se discute la admisibilidad de cierto tipo de elementos de convicción”²⁴.

Nótese la diferencia con respecto a los sistemas tradicionales: ya no se espera a que, en el juicio, el mismo juez que debe decidir el fondo declare la “nulidad” de alguna prueba ya conocida —en rigor, del acto viciado a través del que se la obtu-

proteger de material probatorio perjudicial o inconducente a los jurados legos. También: Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID/COLOMBIA, *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*, 2ª ed., 2009, p. 74.

²³ Nótese que este absurdo tiñe, muchas veces, a las leyes procesales; sobre todo en los denominados “códigos acusatorios de primera generación”. En efecto, en muchas legislaciones serán los mismos jueces que oportunamente deberán rendir un veredicto quienes previamente deberán resolver la admisibilidad de prueba para el juicio; son los casos de las provincias de Buenos Aires (art. 338, *CPPBA*, sin jurados) y Chaco (art. 358 y ss., *CPP-Chaco*), por citar dos ejemplos. Damaska, *De la prueba por referencia y sus análogos*, trad. por Romina Inés Sijniensky, en “Nueva Doctrina Penal”, 2004-B-436, advierte que ante el carácter “unitario” de los órganos judiciales con jueces técnicos “las mismas personas deciden la admisibilidad de la prueba y el valor que ella merece” y critica que allí “las reglas de la exclusión adquieren un aura más pronunciada de irrealidad psicológica”.

²⁴ Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, 1998, p. 220.

vo, con la consiguiente exclusión de su resultado—, aquí se pretende que el juzgador—jurado—no tome ningún tipo de contacto con la evidencia ilegítima. No caben dudas de que el juicio de este último será de mayor calidad.

a) «*Test de legalidad*»: el control de legalidad en la obtención de la prueba

En un juicio ante jurados, precisamente, el juez tiene la exigencia fundamental de evitarles todo tipo de contaminación; ello implica que debe ser muy cauteloso a los efectos de impedir que tomen contacto con prueba no obtenida de acuerdo a las disposiciones legales vigentes, que jamás deberán conocer—podemos denominar a este tipo de análisis como *control de legalidad de la prueba* o “*test de legalidad*”—.

Debe resaltarse que la validez del juicio entero es responsabilidad exclusiva del juez y, consiguientemente, deberá velar por su calidad. Si pese a la oposición de una parte se permite el ingreso de prueba ilegítimamente obtenida al juicio, el jurado podría arribar a un veredicto arbitrario—o al menos, ello no podría ser descartado—y en caso de condena podría declararse su nulidad; el responsable de ello—de un juicio anulado por haber sido “mal hecho”—será el juez.

En Argentina no contamos, como en los países del *common law*, con completas recopilaciones de las denominadas “reglas de evidencia”—auténticas y profusos compendios sobre reglas probatorias, generadas tras siglos de precedentes jurisprudenciales—²⁵, pero nuestras leyes procesales y la jurisprudencia brindan pautas que permiten ejercer este tipo de controles de legalidad para comenzar a trazar nuestro propio camino en un rumbo semejante; después de todo, algunos pasos han sido ya dados a través de la recepción de reglas inspiradas en pronunciamientos de la Corte estadounidense, como la regla de la exclusión (*exclusionary rule*)²⁶ y la teoría de los frutos del árbol venenoso (*fruit of the poisonous tree doctrine*)²⁷, y las excepciones de la doctrina de la fuente independiente (*independent source*) y de la doctrina del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*)²⁸, entre otras.

²⁵ Carrió, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, 1990, ps. 65 y 66.

²⁶ Extraída de: SCUS, caso “Weeks v. U.S.” (1914); para mayor desarrollo: Guariglia, *Las prohibiciones probatorias*, en Maier, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 1993, p. 18.

²⁷ Adoptada originalmente en: SCUS, caso “Silverthorne Lumber Co. v. U.S.” (1920), aunque la frase empleada por primera vez en el caso “Nardone v. U.S.” (1939); para mayor desarrollo: Guariglia, *Las prohibiciones probatorias*, en Maier, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 1993, p. 20.

²⁸ Proveniente la primera de los ya citados casos “Silverthorne” y “Nardone” y la segunda de: SCUS caso “Nix v. Williams” (1984).

b) «*Test RCP*»: el control de relevancia, confiabilidad y perjuicio indebido

Además de evitar que ingrese al juicio prueba obtenida ilegítimamente, en miras a garantizar la agilidad y la calidad del debate, es muy importante que el juez procure la prescindencia de prueba innecesaria y/o poco confiable, sobre todo si puede producir un efecto indebidamente perjudicial en términos de generación de prejuicios o impresiones emocionales—suele referirse a la prueba con esta capacidad como “inflamatoria”—, de provocación de confusión o distracción o de provocación de dilaciones innecesariamente excesivas.

1 — Control de relevancia

Al hablar del *control de relevancia*²⁹ de la prueba se hace referencia al testeo de su capacidad para la resolución del litigio.

En ese rumbo, deberían ser descartados, por carecer de esa capacidad:

- a) Los medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente a las controversias del juicio: se trata aquí de evaluar la vinculación entre la información que la prueba pretende aportar y el eje de controversia u objeto del litigio³⁰. Es muy importante hacer énfasis en una aclaración general: erróneamente suele abordarse la cuestión de la relevancia en función de una vinculación de la prueba con los hechos del juicio en general—esto es, con cualquier hecho que integre la hipótesis de la acusación o la defensa—, sin embargo, lo correcto es efectuar ese abordaje en función de la vinculación directa y específica con los *hechos controvertidos* del juicio—por eso hablamos de la vinculación con el “eje de controversia” u “objeto del litigio”—.
- b) Los medios de prueba superabundantes—o *prueba acumulativa*—: se trata de evaluar si las proposiciones fácticas que con aquellos se pretende acreditar se encuentran ya suficientemente cubiertas por otros medios de prueba—también podría encuadrarse en esta situación a cualquier medio tendiente a acreditar hechos objeto de una estipulación probatoria—; podrá advertirse que en tales casos el medio de prueba nada agregaría a la acreditación

²⁹ Los términos “relevancia” y “pertinencia” deben ser entendidos como sinónimos. Pese a que la doctrina—y muchas veces, la normativa—suelan diferenciarlos de términos como “conducencia” o “utilidad”, no existen motivos de peso para erigirlos como tipos de tests diferentes al aquí analizado.

³⁰ Martín, “En base a qué se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma”, en *El debido proceso penal*, 2015, vol. 1, ps. 104.

de uno de los casos en disputa —esto es, a la definición del eje de controversia u objeto del litigio— y sería innecesario.

- c) Los medios de prueba sobre hechos notorios, es decir, aquellos que no requieran ser probados y, por lo tanto, no sería necesaria su producción.

Con una fórmula más sintética, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico³¹ establecen:

“Evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia de un hecho, que tiene consecuencias para la adjudicación de la acción, más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia. Esto incluye la evidencia que sirva para impugnar o sostener la credibilidad de una persona testigo o declarante” (Regla 401. “Definición de evidencia pertinente”).

Para resolver la relevancia de la prueba desde este plano “el juez deberá realizar un juicio hipotético en el cual presuponga como premisa que la prueba ofrecida tendrá el resultado pretendido por la parte que la ofrece. En ese contexto deberá el juez establecer si en tal caso esta será capaz de producir elementos de conocimiento relevantes sobre los hechos que van a ser objeto de controversia en el juicio, sin importar el mayor o menor grado de razonabilidad de esos hechos”³².

La prueba irrelevante será inadmisibile; la prueba relevante será, en principio, admisible —veremos algunas excepciones seguidamente—³³.

2 — Control de confiabilidad

Para que pueda ser considerada admisible, además de relevante, la prueba debe ser *confiable*.

Desde este ángulo se evalúa la confiabilidad del mensajero y no la relevancia del mensaje³⁴. Se trata de determinar si la prueba propuesta reúne cierta seriedad o fiabilidad y, a partir de allí, si cuenta con una mínima capacidad de aceptación y credibilidad. Si ello no sucede —esto es, si la prueba no es lo suficientemente fiable y/o

³¹ Adoptadas por el Tribunal Supremo el 9/2/09, enmendadas por ley 46 de 30/7/09 y en vigor a partir del 1/1/10; disponible en: <http://www.ramajudicial.pr/sistemas/supremo/Reglas-de-Evidencia-2009-segun-enmendadas-Legislatura.pdf>

³² Martín, “En base a qué se juzga. Notas sobre el juicio de admisibilidad de la prueba y el cambio de paradigma”, en *El debido proceso penal*, 2015, vol. 1, ps. 105.

³³ La Regla 402 sobre “Relación entre pertinencia y admisibilidad” aclara: “La evidencia pertinente es admisible excepto cuando se disponga lo contrario por imperativo constitucional, por disposición de ley o por estas Reglas. La evidencia no pertinente es inadmisibile”.

³⁴ Damaska, *De la prueba por referencia y sus análogos*, trad. por Romina Inés Sijniensky, en “Nueva Doctrina Penal”, 2004-B, p. 433.

si jamás podría ser aceptada o tomada en serio por una persona razonable promedio— la prueba no debería ser admitida³⁵.

Situaciones semejantes podrían darse, por ejemplo:

- a) En el caso de un testigo que pretende aportar información obtenida por medios poco confiables como, por ejemplo, presentimientos, visiones del futuro, sesiones de espiritismo o consultas parapsicológicas³⁶.
- b) En el caso de objetos místicos o mágicos, como varas detectoras de vibraciones, péndulos o bolas de cristal.

Pero la cuestión no se agota en supuestos tan obvios como esos. Otros casos de prueba poco confiable que, por lo tanto, podrían sufrir exitosamente este tipo de ataques a su admisibilidad podrían darse:

- a) En el caso de un perito experto que pueda ser atacado por carencia de formación y/o pericia suficiente en el área respecto de la que debería aportar conclusiones³⁷ o ha sido propuesto para defender conclusiones que, de acuerdo a la comunidad científica o técnica, nunca podrían sostenerse con la precaria información obtenida tras un demasiado escaso tiempo de análisis dedicado.
- b) En el caso de declaraciones de testigos —no expertos— que solo puedan aportar opiniones, en lugar de información sobre hechos.
- c) En el caso de prueba material respecto de la que no exista la menor evidencia que permita acreditar que se trata de un objeto vinculado al hecho sometido a juicio.
- d) En el caso de un “testigo de oídas”, es decir, quien solo pueda aportar información sobre lo que oyó decir a terceras personas que no son testigos del juicio, en relación a los hechos debatidos en el juicio. Por ejemplo, el investigador que concurre al juicio para aportar información brindada en algún

³⁵ TS Puerto Rico - Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial, *Reglas de Derecho Probatorio de 2007*, p. 129, disponible en: http://www.ramajudicial.pr/sistemas/supremo/Informe_Reglas-de-Derecho-Probatorio-2007.pdf.

³⁶ Como sucedió en el conocido juicio por el caso “Marita Verón” realizado en Tucumán en 2012, en cuyo marco fueron admitidas las declaraciones de un testigo de la defensa sobre información aportada por un vidente.

³⁷ Es común que en países del *common law* se habilite, para casos como este, un procedimiento que suele denominarse “*voir dire* de testigos expertos” y consiste, precisamente, en someter al experto al interrogatorio de la contraparte —sin presencia del jurado, desde luego— para que pueda ser evaluada su solvencia sobre el punto a tratar.

momento de la investigación por una persona que luego no pudo ser ubicada. Nótese que el “testigo” en este caso no sería el investigador que declara en el juicio, sino la tercera persona no ubicada, que no declara en el juicio y por lo tanto no podría ser contra examinada —esa información escaparía al control de la contraparte y su credibilidad jamás podría ser evaluada—.

- e) En el caso de declaraciones sobre meros rumores o comentarios vagos cuya fuente no pueda ser concretamente individualizada —serían también casos de “testigos de oídas”—: por ejemplo, el testigo que narra rumores que corrían entre vecinos del barrio o el policía que aporta información brindada por una persona que supuestamente conoce los hechos pero “no ha podido ser identificada”. Nótese que en este último ejemplo el “testigo” no sería el policía sino la persona no identificada —cuya existencia jamás podrá ser corroborada ni su credibilidad evaluada— y en el anterior, ni siquiera puede saberse quiénes serían —si es que existen— los verdaderos testigos³⁸.
- f) En el caso de otro tipo de prueba de referencia —además del “testigo de oídas” propiamente dicho—: por ejemplo, el acta en que consta una declaración de un testigo no presente en el juicio y que, por lo tanto, no podría ser acreditada.

La importancia del juicio, en tanto acto central del proceso penal, impide que un jurado sea sometido a la consideración de información tan precaria.

La determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba y, en ese marco, la apreciación de su credibilidad, es tarea del jurado. Pero ello no exime al juez de su rol de garante de la calidad del juicio, por lo que al efectuar el análisis de admisibilidad de la prueba debe considerar cuestiones como las aquí referidas para resolver si una prueba propuesta cumple con requisitos mínimos de confiabilidad suficientes como para que pueda pasar a la consideración del jurado.

3 — Control de potencial de generación de perjuicios indebidos

Complementando al plano de análisis de la relevancia, en miras a la realización de un juicio justo —en el que la decisión sobre la culpabilidad de un acusado debe ser tomada con base en la prueba sobre los hechos que completan los elementos del delito imputado y no en otro tipo de circunstancias que desvíen al juzgador de ese eje—, en todos los sistemas *adversariales* debe efectuarse un balance entre el *peso probatorio* de un medio de prueba y su potencial de generación de *perjuicios indebidos, confusión o desorientación*.

³⁸ El supuesto de los “testigos de oídas” reviste cierta complejidad pues la regla de su inadmisibilidad se ve atravesada por razonables excepciones, cuyo análisis excede la profundidad aquí requerida.

Las Reglas de Evidencia de Puerto Rico³⁹ establecen que:

“Evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio queda sustancialmente superado por cualesquiera de estos factores:

- a) Riesgo de causar *perjuicio indebido*.
- b) Riesgo de causar *confusión*.
- c) Riesgo de causar *desorientación del jurado*.
- d) *Dilación indebida* de los procedimientos.
- e) Innecesaria presentación de prueba acumulativa^[40].”

Estrictamente, un *perjuicio indebido* se presenta cuando un medio de prueba produce un *daño innecesario* que es sustancialmente superior a su *valor probatorio*. Por supuesto que toda prueba procura ocasionar un perjuicio a la contraparte, desde que con ella se pretende fortalecer el caso propio en detrimento del contrario, pero ese perjuicio sería legítimo o *debido*. En cambio, cuando el medio de prueba puede afectar la imparcialidad del juzgador probando poco o nada —esto es, solo logra imponer y/o explotar un perjuicio en los jurados, impresionarlos indebidamente, exacerbar o inflamar sus ánimos o generarles cualquier impacto ajeno al poder probatorio—, el perjuicio que se generaría sería *indebido* y la *prueba indebidamente perjudicial*.

En concreto, conforme a este test de *prueba indebidamente perjudicial* se entiende que el medio de prueba sería admisible si el *peso probatorio* no se ve considerablemente superado por el riesgo de generación de *perjuicios indebidos*; contrariamente, sería inadmisibile —por *indebidamente perjudicial*— en la situación inversa⁴¹:

SI ‘PESO PROBATORIO’ > ‘PERJUICIO INDEBIDO’ = ‘PRUEBA ADMISIBLE’

SI ‘PESO PROBATORIO’ < ‘PERJUICIO INDEBIDO’ = ‘PRUEBA INADMISIBLE’

³⁹ Ya citadas (Regla 403); resaltados propios.

⁴⁰ Hemos efectuado alguna consideración respecto de la “prueba acumulativa” párrafos atrás, al analizar el “test de relevancia”, y emparentarlo con lo que en nuestro ámbito suele denominarse “prueba superabundante”. No caben dudas, sin embargo, que pueden tratarse de claros casos de “prueba indebidamente perjudicial”, pues a mayor acumulación de prueba sobre una misma proposición fáctica su peso probatorio decae y aumenta, por lo tanto, su peso para manipular el ánimo.

⁴¹ TS Puerto Rico - Secretariado de la Conferencia Judicial y Notarial, *Reglas de derecho probatorio de 2007*, p. 129, disponible en: http://www.ramajudicial.prisistema/supremo/Informe_Reglas-de-Derecho-Probatorio-2007.pdf; “el Tribunal puede excluir evidencia pertinente si su valor probatorio no compensa el potencial de error, confusión o dilación que causaría su admisión”.

No se trata, desde luego, de una fórmula de precisión matemática por lo que esa determinación tendrá necesariamente un notorio grado de subjetividad por parte del juez. Esta característica no es extraña, sin embargo, al ámbito del derecho en general—v. gr., “buen padre de familia”, “probabilidad positiva o negativa”, “conocimiento paralelo en la esfera del profano”, etcétera—. Se trata, simplemente, de una orientación para el estudio de la cuestión ante la objeción a un medio de prueba, y su resolución dependerá de las circunstancias concretas y los argumentos brindados por las partes del litigio.

Cabe agregar que, para evaluar el *peso probatorio* no solo debería evaluarse la relación entre la información aportada por el medio de prueba en sí mismo y el eje de controversia, sino que además debería analizarse tal aporte en el marco del resto de la prueba introducida al juicio. De acuerdo a esto, un medio de prueba que en principio podría no parecer perjudicial—perjuicio indebido inferior a su peso probatorio—, podría resultar inadmisibles si existen otros medios con similar o superior peso probatorio pero menor riesgo de generación de un perjuicio.

El mismo tratamiento debería aplicarse a los casos de medios de prueba que pueden generar *confusión*, *desorientación* o, incluso, *dilaciones indebidas*. Si el peso probatorio resulta sustancialmente inferior al riesgo de confundir o desorientar al jurado, la prueba sería inadmisibles; también lo sería si prueba poco y produce excesivas dilaciones en el proceso: el juez debe evaluar si el proceso de producción de la prueba resulta compensado con un valor probatorio suficiente. Por razones de claridad expositiva, podemos englobar a todos estos casos dentro de un concepto ampliado de *prueba indebidamente perjudicial*.

Un ejemplo puede aportar mayor claridad: en 2016 el albacea testamentario del músico Randy California, líder del grupo de música Spirit, demandó a miembros del grupo musical Led Zeppelin aduciendo que un pasaje de su mítico tema “Stairway to heaven” había sido copiado del tema “Taurus” de aquella banda. Una de las cuestiones que se debatió en el juicio por plagio fue si era admisible la reproducción de las grabaciones originales de uno y otro tema ante el jurado. Se rechazó esa posibilidad, en el entendimiento de que ello podía generar confusión, ya que las leyes de *copyright* protegían a las partituras y, por lo tanto, era con base en ellas que debía confirmarse o descartarse el aducido plagio. La reproducción de las grabaciones originales, en las que se emplean diferentes instrumentos y arreglos, podía dar como resultado sonidos con capacidad para generar confusión ante un oído inexperto, y no eran esos sonidos los protegidos por aquellas leyes. Con esto no debe entenderse que el juez negó que la reproducción de las versiones originales pudiera tener algún *peso probatorio*, todo lo contrario, sin embargo entendió que el *riesgo de generación de confusión* aparecía como sustancialmente superior y, por lo tanto, el medio de prueba resultaba *indebidamente perjudicial*; en cambio, se optó por otro medio menos perjudicial para la acreditación de esos extremos: la interpretación de ambas partituras, con los mismos instrumentos, por parte de mú-

sicos profesionales—finalmente, el jurado encontró a los miembros de Led Zeppelin no culpables del plagio, aunque esto es irrelevante para el punto—.

c) Otros supuestos y criterios de análisis sobre admisibilidad

La cuestión no se agota en las reglas anteriores. Podríamos listar un sinnúmero de supuestos en los que esas reglas deben ser aplicadas teniendo en cuenta determinadas precisiones particulares—siempre razonables y pragmáticas—. Algunos de esos supuestos serán analizados en las siguientes líneas.

1 — Prueba irrelevante para el juicio y relevante para la cesura

Debe repararse en que algunas pruebas pueden ser inadmisibles para el juicio por carecer de relevancia para la determinación de los hechos controvertidos o ser indebidamente perjudiciales en los términos referidos—inadmisibles para la decisión del *veredicto*—, pero al mismo tiempo ser legítimas para el debate sobre la *medida del reproche* y la consiguiente determinación de la eventual pena ante un *veredicto* de culpabilidad—admisibles para la *sentencia*—⁴².

Como el diseño *ordenado* del jurado clásico contempla la realización del juicio en dos etapas separadas (el *juicio sobre los hechos* ante el jurado, y la *cesura* ante el juez técnico), es posible que estas últimas puedan ser oportunamente utilizadas sin que el juicio de los jurados se vea ilegítimamente contaminado.

Un claro ejemplo de este tipo de pruebas serían las tendientes a acreditar los antecedentes penales del acusado. En general, la información sobre los antecedentes penales no es relevante para la determinación de los hechos del caso y, en cambio, tiene una notable capacidad de generación de prejuicios; ergo, el *perjuicio indebido* que provoca esa prueba es sustancialmente superior a su *peso probatorio* y, por lo tanto, la prueba sería *indebidamente perjudicial* e inadmisibles para el juicio sobre los hechos⁴³. Sin embargo, podría resultar pertinente para el debate sobre la pena. Sería, en definitiva, inadmisibles para el juicio y admisible para la cesura.

En resumen, las pruebas que son relevantes para la determinación de la pena o medida de seguridad muchas veces no lo son para la determinación del hecho punible—irrelevantes para el *veredicto*—, y en tales casos serían inadmisibles para el juicio, aunque podrían mantener relevancia para la mensuración del reproche durante audiencia de cesura.

⁴² Granillo Fernández, *El veredicto y la sentencia: la diferente impugnación*, en AA.VV., *II Congreso Internacional de Juicio por Jurados*, 2015, ps. 61 y 62, enfatiza la distinción entre *veredicto* y *sentencia*.

⁴³ Algunos ordenamientos procesales modernos comienzan a implementar esta prohibición en forma expresa, como la Ley de Juicio por Jurados del Chaco (art. 162).

2 — Admisibilidad discriminada por bloques de información

Debe advertirse que "el término 'prueba' se relaciona tanto con la información como con sus fuentes"⁴⁴. En esa línea explica Cafferata Nores que el fenómeno de la prueba presenta aspectos que pueden ser analizados por separado, más allá de que el léxico jurídico ordinario no siempre los distinga con precisión hablando genéricamente de "prueba"⁴⁵; por ejemplo, un testigo o perito sería un *órgano de prueba*, capaz de aportar diferentes *elementos de prueba* —o información— al proceso, para acreditar *objetos de prueba* —o proposiciones fácticas— determinados⁴⁶. Como la misma "fuente" —u "órgano de prueba"— del testigo puede aportar "información" sobre diferentes circunstancias —diferentes "elementos de prueba"—, su declaración podría estar compuesta por *bloques de información* diferenciados por las circunstancias que cada uno de ellos tiene capacidad de acreditar.

Por ejemplo, un testigo puede aportar información sobre el momento en que una persona hirió de muerte a otra con un cuchillo (*Bloque de información A*), sobre el procedimiento a través del que ese cuchillo fue hallado (*Bloque de información B*), sobre circunstancias acaecidas durante días previos y que confluyeron en ese hecho (*Bloque de información C*) y sobre los antecedentes penales del acusado (*Bloque de información D*). Vemos, pues, los diferentes *bloques de información* en los que puede discriminarse la información que este testigo es capaz de aportar al proceso.

Seguidamente veremos la fundamental incidencia de esta discriminación. Podemos, sin embargo, adelantar que *la admisibilidad de la prueba de testigos no debe ser tratada en función del "testigo", sino de los "bloques de información" que este provee*.

1 — ¿Testigos comunes? Un mismo órgano de prueba que aporta diferentes elementos de prueba favorables a partes en disputa

Es tan habitual como absurdo hablar de la existencia de *testigos comunes* a las partes en disputa.

Una práctica corriente y sumamente perjudicial para el contradictorio, que solo encuentra explicación en una herencia inquisitiva y en el desconocimiento de los principios básicos de un sistema acusatorio, consiste en la siguiente: la fiscalía, a la luz de una errónea concepción de los alcances de su deber de objetividad, ofrece

⁴⁴ Damaska, *De la prueba por referencia y sus análogos*, trad. por Romina Inés Sijniensky, en "Nueva Doctrina Penal", 2004-B, p. 433.

⁴⁵ El autor aclara que, de hecho, así se lo hace en esa obra. Lo mismo se hace en esta.

⁴⁶ Cafferata Nores - Hairabedián, *La Prueba en el Proceso Penal. Con especial referencia a los Códigos Procesales Penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba*, 2008, ps. 16 a 40.

como prueba para el juicio a la totalidad de la existente en un expediente, sin importar qué parte terminaría beneficiada por la información aportada; tras ello la defensa ineficazmente expresa que adhiere "a la totalidad de los testigos ofrecidos por la fiscalía" y, a lo sumo, aporta alguna prueba adicional. Como puede advertirse, paradójicamente, en ese escenario la acusación estaría dispuesta a producir prueba de descargo y la defensa estaría "adhiriendo" a prueba de cargo. Ambas partes estarían desarrollando actividades incompatibles con su rol y, así, habrían renunciado a la posibilidad de efectuar un control de la prueba favorable al rol opuesto. Si la prueba es "común", ¿quién la produce y quién la controla?⁴⁷

Precisamente se tacha de absurda a semejante situación pues, en general, la información que se introduce al juicio no puede favorecer a ambas partes sino, en todo caso, a la que pretende introducir esa información; *la prueba es de la parte, de una o de otra, y el mismo elemento de prueba no puede favorecer a ambas*. Tal vez la única excepción a esta regla estaría constituida por la información sobre ciertas proposiciones fácticas con capacidad para dar cuerpo al mismo tiempo a ambas teorías del caso en disputa. Pero, en tales supuestos, nos encontraríamos en el plano de la falta de controversia sobre esas proposiciones fácticas y, por lo tanto, ante *estipulaciones probatorias*; a partir de allí sería inadmisibile, por impertinente, toda evidencia destinada a probar las proposiciones fácticas incontrovertidas.

Ahora bien, ¿qué sucede si un mismo testigo puede aportar tanto cierta información *controvertida* favorable a una parte y desfavorable a la contraparte, como otra información *también controvertida* en la que la favorabilidad y desfavorabilidad se da a la inversa?

Retomemos, para claridad, el ejemplo del testigo referido antes de iniciar este sub-acápite, quien podía aportar información relevante sobre los hechos que dan lugar a una imputación por homicidio —útil a la acusación y controvertida por la defensa— (*Bloque de información A*) y, al mismo tiempo, información sobre circunstancias acaecidas en días previos que darían sustento a la versión de la legítima defensa⁴⁸ —favorable, desde luego, a la defensa y controvertida por la acusación— (*Bloque de información C*).

La respuesta a este interrogante, cabe aclarar, no es ninguna de las siguientes:

a) Los *testigos comunes*. Ya ha quedado claro que la prueba es de alguna de las partes y el mismo elemento de prueba no puede favorecer a ambas.

⁴⁷ Una cabal comprensión de este punto requiere el conocimiento de los diferentes objetivos y dinámicas del examen directo a un testigo propio y del contra examen a uno de la contraparte.

⁴⁸ Por ejemplo, que acreditan que el acusado tenía motivos para suponer que la víctima pretendía quitarle la vida.

- b) La inquisitiva *comunidad de la prueba*. En este escenario de desconocimiento de la dinámica contradictoria que guía a la producción de la prueba en sistemas acusatorios, es habitual que una defensa que pretende valerse de algún bloque de información que le resulta favorable de parte de un testigo ya ofrecido por la fiscalía —para otro bloque de información, que le resulta desfavorable—, justifique su adhesión a los testigos de la acusación argumentando que si no lo hace y su contraparte desiste de la prueba, habría perdido la oportunidad de introducir al juicio esa información importante para su caso. En el mismo escenario de desconocimiento, es también habitual que a ello se responda con referencia a una *comunidad de la prueba*, es-to es, afirmando que una vez ofrecida la prueba es del proceso y por lo tanto no podría ser desistida unilateralmente. Lo expuesto implica responder a una inquietud relativa al funcionamiento del sistema acusatorio con un principio de los sistemas inquisitivos.
- c) El caos o la *ausencia de reglas* que regulen la producción de la prueba. El desconocimiento de la dinámica que venimos analizando suele llevar a que todos los erróneamente considerados “testigos comunes” terminen siendo examinados por la fiscalía —quien pierde la posibilidad de contra examinar respecto de los bloques de información que le resultan desfavorables— y contra examinados por la defensa —quien puede introducir información atinente a los bloques de información propios pudiendo valerse de las más laxas reglas que guían al contraexamen—.

Es pertinente recordar que, como vimos, la relevancia de la prueba no tiene que ver con la evidencia en sí misma —*el órgano de prueba*— sino con el contenido de la información que puede aportar —*el elemento de prueba*—. Así, si un *bloque de información* resulta útil a la acusación y desfavorable a la defensa, y otro bloque resulta útil a la defensa y desfavorable a la acusación, advertiremos que el primero de ellos sería prueba pertinente y admisible para la acusación —prueba de cargo— y el segundo sería prueba pertinente y admisible para la defensa —prueba de descargo—.

En el ejemplo que venimos utilizando, el *bloque de información* que pretende reconstruir las circunstancias del hecho (*Bloque de información A*) sería prueba de la fiscalía, y el bloque de información que pretende reconstruir sucesos de los días previos (*Bloque de información C*), sería prueba de la defensa.

Esta dinámica tendrá una incidencia fundamental a la hora de la producción de la prueba:

- a) La introducción de información referida al *bloque A* debería hacerse a través del examen directo de la fiscalía y su control a través del contraexamen de la defensa.

- b) La introducción de información referida al *bloque C* debería hacerse a través del examen directo de la defensa y su control a través del contraexamen de la fiscalía.

En principio, la fiscalía examinaría al testigo en relación al bloque de información de cargo y la defensa contraexaminaría; luego, llegado el momento de la producción de la prueba de la defensa, con el mismo órgano de prueba —testigo o perito— se materializaría la dinámica inversa en relación al bloque de información de descargo. Para no molestar al testigo haciéndolo concurrir dos veces distintas o esperar innecesariamente, puede ocurrir que las partes acuerden realizar esas dinámicas opuestas en la misma oportunidad, una tras otra; en este caso, la fiscalía examinaría con respecto a la información de cargo, tras ello la defensa contraexaminaría respecto de ese bloque de información y al finalizar, tras pedir permiso al tribunal, pasaría a examinar respecto de la información de descargo, tras lo que la fiscalía podría contraexaminar —solo en relación a ese bloque, desde luego—⁴⁹.

II — Prueba de admisibilidad limitada

Siguiendo la misma lógica de clasificación del contenido de la declaración de un testigo por *bloques de información*, a la luz de las reglas de admisibilidad por razones de legalidad o pertinencia estudiadas más arriba, es perfectamente posible que un medio probatorio pueda ser admitido para la producción en juicio de tan solo una parte de la totalidad de información que sería capaz de aportar: la legalmente obtenida, pertinente y/o debidamente perjudicial, con prohibición de que sea aportada la restante: la ilegalmente obtenida, impertinente y/o indebidamente perjudicial. Un *bloque de información*, pues, sería admisible y el otro inadmisibile.

Esta situación se daría si la acusación propone la declaración del testigo del ejemplo anterior, quien además de ser testigo directo del homicidio (*Bloque de información A*), tiene conocimiento sobre condenas anteriores del acusado (*Bloque de información D*); en este caso, la información que puede aportar respecto del hecho (*bloque A*) parece pertinente y la declaración del testigo debería ser declarada

⁴⁹ El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires elogió el criterio del juez Matías Deane, quien inspirado en esta dinámica, ante un testigo ofrecido por ambas partes en un juicio por jurados de La Matanza, sostuvo que “en ese supuesto, el interrogatorio al testigo común comienza por la fiscalía, y a continuación la defensa tiene la posibilidad de contra examinarlo en aquellos puntos sobre los que fue consultado por la acusación, con la facultad de formular preguntas sugestivas...” y que a su vez “la defensa podrá realizar un interrogatorio directo sobre aquellos puntos no abordados por la fiscalía, y el órgano acusador tendrá igual derecho de contra examinar al testigo sobre tales extremos” (TCPBA, Sala I, 11/5/16, “Antonacci, Kevin Gustavo s/Rescurso de queja ...”, causa n° 75.466).

admisible en relación a ese punto; pero la información que el testigo puede aportar respecto de condenas anteriores del acusado (*bloque D*) parece impertinente —por innecesaria e indebidamente perjudicial— y, por lo tanto, esta parte de la declaración debería ser considerada inadmisibles y esa información no podría ser introducida al juicio. Del mismo modo, continuando con el ejemplo, supongamos que el arma utilizada para quitarle la vida a la víctima hubiera sido ilegítimamente obtenida —tal vez, a través de un allanamiento sin orden judicial— (*Bloque de información B*); la declaración de aquel testigo sería también inadmisibles sobre este bloque.

Son casos de *prueba de admisibilidad limitada*. En tales casos, la parte que propone al testigo admitido en tales términos no solo deberá evitar efectuar preguntas referentes a la información inadmisibles, sino que también deberá evitar que el testigo efectúe cualquier tipo de referencia al respecto. Para ello, debería informar previamente al testigo sobre la prohibición de efectuar referencias a aquella información y, además, durante el interrogatorio deberá cuidar que el testigo no ingrese en ese terreno —debe advertirse que la conducción del interrogatorio reposa en cabeza del litigante, quien tiene el deber de conducir la declaración del testigo evitando el ingreso al área de la información inadmisibles—.

3 — Admisibilidad para alcances limitados o prueba de alcance limitado

Es también posible que se declare la admisibilidad de un medio de prueba con un único propósito determinado —v. gr., para probar una circunstancia específica aislada—, y no otro. A estos casos se los denomina *prueba de alcance limitado* y, ante ellos, el juez debería efectuar una instrucción específica al jurado, advirtiéndole que el medio de prueba en cuestión solo podrá ser valorado en relación a ese propósito y no otro, y que no se le podrá asignar mayor valor que ese.

Un ejemplo de ello sería un “testigo de concepto”, cuya declaración —en principio inadmisibles— hubiera sido excepcionalmente aceptada con algún propósito determinado, como demostrar que la víctima del ejemplo que venimos utilizando era una persona de comportamiento agresivo. En este caso, el juez debería explicar al jurado que solo podrá valorarse esa información para formar un concepto sobre la personalidad de la víctima, pero no para la determinación directa de la culpabilidad o no culpabilidad del acusado.

Resulta sumamente gráfica, sobre estos supuestos, la Regla 107 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico: “Cuando determinada evidencia sea admisible en cuanto a una parte o para un propósito, y sea inadmisibles en cuanto a otra parte o para otro propósito, el tribunal, previa solicitud al efecto, limitará la admisibilidad de esa evidencia a su alcance apropiado e instruirá inmediatamente sobre ello al jurado ...”.

§ 6. Otras cuestiones relacionadas a la regulación de la etapa intermedia

a) *Etapa preparatoria y juicio, ¿el mismo juez o jueces diferentes?*

Es interesante señalar la existencia de una discusión en el ámbito de los operadores jurídicos, que consiste en determinar si resulta conveniente que un mismo juez presida tanto el juicio como la etapa preparatoria o que, por el contrario, jueces distintos se hagan cargo de una y otra etapa.

Podemos ya adelantar que la respuesta a ello será distinta si hablamos de sistemas de enjuiciamiento con jueces técnicos o de sistemas de enjuiciamiento por jurados:

- a) Cuando se sostiene que deberían encargarse jueces diferentes, se argumenta que ello sería aconsejable para lograr la menor contaminación posible del juez del juicio con las constancias de la investigación y los planteos de las partes sobre admisibilidad de prueba por razones de legalidad, relevancia, confiabilidad o perjuicio indebido —información a la que ineludiblemente accederá quien dirija la etapa preparatoria—. Esto sería deseable, pues, para garantizar la imparcialidad del juzgador: no puede dudarse que uno de los principales atentados contra ese ideal es, precisamente, el conocimiento de la prueba antes del juicio, con la consiguiente e inevitable formación de juicios previos⁵⁰.
- b) Cuando se sostiene la postura contraria, se advierte que esa preocupación, que es atendible —y muy importante, por cierto— en casos de juicios ante tribunales técnicos en los que es el juez el encargado de la decisión final, pierde todo sentido en los casos de juicios por jurados ya que allí el juez técnico no participaría de la deliberación y la adopción final del veredicto, que son responsabilidades exclusivas del jurado. En este contexto, en cambio, se advierte que sería deseable que sea el mismo juez quien intervenga en ambas etapas, ya que de tal modo tendería a estar más atento al control de calidad y cantidad de la prueba ofrecida durante la etapa preparatoria, considerando que él mismo presidirá la audiencia de debate y, por lo tanto, será el garante de su calidad y agilidad⁵¹.

⁵⁰ En rigor, la situación aquí es similar a la que se presenta cuando la decisión del veredicto en el juicio recae en el mismo juez que intervino durante la investigación: CSJN, 17/5/05, “Llerena, Horacio Luis s/Abuso de armas y lesiones”, causa n° 3221.

⁵¹ Penna, “El juicio por jurados y la reforma procesal penal federal”, en *Tratado de derecho procesal penal*, Almeyra - Baez (dirs.), 2015, t. III, ps. 282 y 283.

Del análisis comparado entre ordenamientos nacionales podremos encontrar ambas alternativas tanto en el ámbito de los sistemas de enjuiciamiento por jurados como en los de jueces técnicos. Observando puntualmente los procesos de jurados, advertiremos que las leyes de Neuquén y Río Negro optan por la primera opción descrita —jueces diferentes para la audiencia preparatoria y para el juicio—, mientras que otras, como por ejemplo las de las provincias de Buenos Aires y Chaco, establecen que será el mismo juez quien llevará a cabo ambas etapas⁵².

La evidencia empírica parece confirmar que, en sistemas de jurados, la segunda de las posturas enunciadas —un mismo juez para el juicio y su preparación— es la que tiene efectos prácticos más favorables. Tras más de tres años de funcionamiento del sistema, en Neuquén parecen ser habituales los reproches de jueces que, al presidir juicios con jurados, reprueban la labor del colega interviniente en la audiencia de etapa intermedia cuestionando que se haya autorizado la introducción al juicio de prueba de dudosa legitimidad o —más habitual— irrelevante o acumulativa, problema que parece ser menos frecuente en la provincia de Buenos Aires, tras algo más de dos años de funcionamiento de su sistema de jurados.

Más allá de la preferencia por esta segunda opción, debe advertirse que no se generaría ningún agravio si, por alguna circunstancia razonable, el juez de la etapa preparatoria debe ser sustituido por otro juez para la dirección del juicio.

En resumen, en casos del juicio por jurados —sistema ordenado en el que la admisibilidad de la prueba y el veredicto quedan en cabeza de órganos de decisión diferentes— se vislumbra deseable que un mismo juez intervenga tanto en la etapa preparatoria como en el juicio, aunque no se trata de una regla de cumplimiento obligatorio. Debe advertirse, sin embargo, que cuando se trata de juicios con jueces técnicos esta opción es inaceptable, pues si el juez del juicio toma intervención en la etapa preparatoria habrá comprometido su imparcialidad.

b) Posibilidades de revisión de la resolución sobre admisibilidad de la prueba

Es evidente la trascendencia de las decisiones sobre admisibilidad de prueba: una declaración de inadmisibilidad puede dejar huérfana de todo sustento probatorio a una teoría del caso.

Así pues, si la parte agraviada por la resolución del juez en relación a la admisibilidad de la prueba es la defensa, podrá formular protesta para que el agravio pueda ser recogido durante la eventual etapa recursiva en caso de arribarse a un veredicto de "culpabilidad".

⁵² Arts. 167 y 197, CPP-Neuquén; 162 y 193 nuevo CPP-Río Negro; 338, CPPBA y 23, Ley Juicio por Jurados de Chaco.

Distinta es la situación de la acusación ya que, sabido es, las leyes no le confieren recurso contra el veredicto de "no culpabilidad" de un jurado —en rigor, tampoco debería existir esta posibilidad en los sistemas de jueces técnicos, pero esta es otra cuestión cuyo análisis excede al presente estudio—.

Ahora bien, la ley de jurados del Chaco —como otros modernos proyectos de leyes de jurados nacionales⁵³— contempla una posibilidad absolutamente novedosa e interesante, al conferir una vía recursiva previa al juicio contra decisiones sobre admisibilidad de la prueba tomadas en esta etapa. En tal sentido, el art. 28 de esa ley, denominado "Revisión de las decisiones sobre la admisibilidad de la prueba", establece:

"La decisión del juez que admite o que rechaza un medio de prueba en la audiencia preliminar al juicio por jurados podrá ser protestada o pedir ser revisada por la parte agraviada en una audiencia pública inmediata posterior ante otros dos jueces penales de la organización judicial, según corresponda conforme las disposiciones del Código Procesal Penal y de esta ley de juicio por jurados.

La decisión de los jueces revisores sobre la incidencia de prueba cuestionada es irrecurrible y la parte agraviada podrá formular protesta, la que equivaldrá a la reserva de los recursos que pudieren deducirse contra la sentencia definitiva, según corresponda conforme las disposiciones del Código Procesal Penal y de esta ley de juicio por jurados.

Si la protesta no fuere efectuada dentro de los tres días de la notificación, la parte afectada perderá el derecho al recurso sobre este punto".

De acuerdo a esta regulación, se confiere una opción adicional, al arbitrar un mecanismo de revisión expedito, que consiste en someter la decisión al conocimiento de otros jueces penales. Una vez activado este mecanismo deberá realizarse inmediatamente una nueva audiencia ante los jueces revisores, a los efectos de tratar exclusivamente la cuestión atinente a la prueba presuntamente mal admitida o rechazada.

Una resolución adversa en esta audiencia dejaría abierta la posibilidad, para la defensa, de reeditar su tratamiento en la eventual etapa recursiva posterior al veredicto, para lo que deberá formularse protesta.

Pero la mayor importancia de este mecanismo se presenta ya que, como dijimos, en los juicios por jurados la acusación carece de legitimidad recursiva contra la deci-

⁵³ Esta posibilidad está contenida en el proyecto de ley de juicio por jurados para todo el país del senador Artaza: expte. n° 1554/14; origen: Senado de la Nación; mesa de entrada: 26/5/14 (art. 26), que ha inspirado al reciente proyecto de ley federal de juicio por jurados de la diputada Burgos. También se contempla en el art. 29 de la Ley Modelo de Juicio por Jurados, en Harfuch (dir.), *El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados*, 2014, p. 191.

sión final del jurado; pues bien, la acusación puede contar de esta manera con una posibilidad oportuna de corregir eventuales arbitrariedades respecto de las decisiones sobre admisibilidad probatoria, sin vulnerar la garantía que prohíbe el *bis in idem*.

§ 7. Palabras finales

Lo aquí desarrollado constituye un punto de partida para el abordaje del tipo de actividad preparatoria que es necesario llevar adelante antes del juicio, para asegurar su avance ágil, firme y sin interferencias hacia la legítima dilucidación de lo controvertido. El juicio es la etapa central del proceso, pero requiere de investigaciones sólidas, de pruebas legítimas y confiables y del aseguramiento de las posibilidades de control horizontal.

Se necesita, pues, de una dinámica de trabajo en audiencias previas al juicio en las que las partes tengan oportunidad de formular todos los planteos preliminares que consideren necesarios y de controlar los de la contraparte, bajo la dirección de un juez proactivo comprometido con el objetivo de garantizar juicios ágiles y de calidad, desprovistos de improvisaciones, información de baja calidad, actos innecesarios o prueba sorpresiva. Ello exige, tanto a los litigantes que deben argumentar como al juez que debe resolver, el conocimiento de los principios procesales y las reglas probatorias que guían a los sistemas acusatorios.

Nuestros procesos tradicionales nos tienen acostumbrados a avanzar con letanía a través de los trámites secuenciales de un expediente escrito al que absolutamente todo puede ser incorporado. Este entorno se caracteriza por demostrar un total desprecio hacia una actividad preparatoria del juicio seria: suele permitirse el ingreso de cualquier tipo de información al plenario bajo la supersticiosa creencia de que los jueces permanentes, solo por ser profesionales, podrían administrarla adecuadamente sin contaminar sus criterios. Pero, afortunadamente, con la proliferación de los juicios por jurados comenzamos a advertir las necesidades y exigencias que hemos ido desarrollando. Con cierto optimismo podemos esperar algún tipo de contagio hacia el resto de los procesos. En este aspecto, como en otros, los constituyentes nos han indicado un camino tan ambicioso como deseable.

Capítulo 7

El descubrimiento de la investigación de la defensa en el nuevo sistema procesal (ley 27.063) *

Santiago Martínez ** - Nicolás Ossola ***

§ 1. Introducción

La eliminación del expediente como meta política de la reforma procesal penal¹ genera, sin lugar a dudas, controversias. Que deje de existir un cuerpo único en el que se colecta toda la prueba² despierta críticas no solo en aquellos que “pierden” el poder que otorga el manejo de la causa —jueces o fiscales según las normas—³ sino también de aquellos actores que, en el marco del nuevo modelo, pretenden que la manera de encarar la investigación tenga ciertas reglas generales que se apliquen en iguales términos a todos los que intervienen en el proceso.

* El presente trabajo es una versión resumida de una investigación sobre las facultades de investigación de la defensa y el descubrimiento de su evidencia que estamos llevando adelante, y nos pareció importante publicarlo en esta colección a raíz del muy interesante trabajo de María Ricciardo, *El legajo fiscal y la investigación de la defensa*, que se editara en el número 3 de esta revista.

** Abogado (UBA), diplomado en Reforma Procesal Penal (Universidad Diego Portales/Centro de Estudios de Justicia de las Américas). Docente UBA, UM, ESJ y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura. Investigador INECIP.

*** Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

¹ García Yomha - Martínez, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal*, 2014.

² Prueba que, como sabemos, en caso de que no se pueda reproducir oralmente en el juicio, se incorporará por lectura y podrá ser útil para fundar una sentencia aun cuando no haya existido control de las partes.

³ En esta dirección no puede dejar de señalarse lo resuelto por la Sala VII de la CNCC en la causa n° 51480/15 “A.P s/Lesiones culposas” del 4/5/16, donde expresamente los jueces Cicciaro y Scotto señalaron que la defensa no es la *autoridad competente* para recibir declaraciones a las víctimas y testigos.