

Jueces, jurados y recursos

¿Es posible la revisión de un veredicto?

Ivana Quinteros

I. Parecidos, no iguales

Dijo Nietzsche que la verdad es un ejército móvil de metáforas¹. Sé muy bien que la fuerza de esa frase trasciende la comparación a la que ella misma acude y que su propósito va mucho más allá de juzgar el contenido de un concepto. Pero, a lo que me interesa, es suficiente con destacar que esa afirmación revela con qué frecuencia la metáfora se filtra en el lenguaje para ayudar a entender mejor una idea.

Cuanto más abstractas sean incluso las nociones, o más difíciles de comprender o de asimilar, quizá por su novedad o por su conflicto con criterios ya asumidos desde hace tiempo, mayor uso se dará al empleo de esas comparaciones.

Claro que, cuando eso ocurre, lo que hace particular a cada elemento se diluye en el acento que se empeña al enfatizar los rasgos más característicos del concepto. Y así llega un tiempo en donde aquellas peculiaridades quedan olvidadas tras una generalización reiterada. Como cuando repetimos más de diez veces una misma palabra hasta que ya pierde su sentido, quedando sólo la melodía de su vocalización.

Entiendo que ese mismo efecto se reproduce en el caso del juicio por jurados. Recuerdo cuando, siendo tan sólo una estudiante en la facultad de derecho, los profesores insistían con la importancia que el constituyente de 1853 había concedido al juicio por jurados; tanta, que hasta en tres ocasiones lo había mencionado al redactar el texto de la Ley Fundamental del país².

Pese a la deuda que el legislador tenía con esa manda, se enfatizaba también que ese mismo jurado era el diagrama que debía respetar, al menos, el

¹ NIETZSCHE, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*

² Artículos 24, 75 inciso 12 y 118 de la CN.

juicio penal. Ante un jurado no puede concebirse otro escenario que no sea el de un debate oral, público y con intermediación de partes. Y, desde ya, ese juicio debe satisfacer una nota distintiva. Si el que decide es el jurado es inherente a su desarrollo una clara separación entre las facultades requisitorias y decisorias. En conclusión, al establecer el juicio por jurados se tomó una posición tajante: el proceso penal debe ser tributario de un sistema acusatorio³.

El tema fue que nuestra tradición judicial era muy diferente. La visceral incompatibilidad de ambos esquemas postergó la instauración del juicio por jurados. Los tímidos intentos por avanzar en esa línea escogieron transitar un camino de reconciliación. Se rescataron aquellas características más destacadas del instituto, y se injertaron en el sistema vigente en procura de acercarse a la satisfacción de la obligación constitucional. Teníamos entonces el nacimiento del juicio oral⁴.

En los últimos años el escenario cambió drásticamente. Hoy casi la mitad de las jurisdicciones del país vivió la implementación del juicio por jurados, venciendo la procrastinación legislativa que reinaba desde hacía tanto⁵. Pero claro que el cuento no iba a terminar allí. El idilio con el juicio por jurados mutó a preocupación cuando empezó la convivencia con el clásico sistema de juicios y con los baluartes conquistados. Una nueva idea de imparcialidad, la ausencia de motivación en las decisiones, la carencia de recursos, pronto se convirtieron en las nuevas inquietudes.

Estas diferencias fueron destacadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ponderó cada tópico del juicio según su sistema. Habló

³ En Fallos 328:3399, la CSJN sostuvo que “el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público”. A ello agregó que las demoras en la implementación legal “no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio”.

⁴ “En los denominados sistemas mixtos la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y del principio contradictorio, requerimientos que, por cierto, no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...)” (CS, Fallos 333:1687 “Sandoval”, 2010, del voto del Dr. Zaffaroni, considerando 16).

⁵ Córdoba, Buenos Aires, Neuquén, Entre Ríos, Mendoza, San Juan, Chaco, Río Negro, Chubut, Catamarca y Ciudad de Buenos Aires.

del tipo de recusaciones válidas para apartar a un juez o para asumir como miembro de un jurado; aclaró las distintas formas de producción de la prueba; y, entre otras cuestiones, distinguió el particular modo en que las decisiones son adoptadas bajo uno u otro esquema, así como la gravitación que cada una de ellas adquiere según el ámbito del que se trate⁶.

Pero ¿si la ponderación de ambos institutos no arroja una imagen semejante al Test de Rorschach, sino más próxima a esos memes que comparan expectativa versus realidad, no estamos forzando un grado de parentesco que, en verdad, no es tal?

Si a un perro le quito su hocico característico, su cola pendulante, sus patas almohadilladas y sus orejas inquietas, ¿puedo seguir sosteniendo que lo que tengo enfrente es todavía un perro?

Si las diferencias son tan numerosas y esenciales, pareciera que la respuesta es más que evidente. No puede insistirse con establecer una familiaridad entre el juicio fallado por el poder judicial, y aquel resuelto por un jurado popular.

Las características que cada sistema proyecta no son simples detalles estéticos propios de la adopción de uno u otro; son expresiones de una naturaleza diversa.

El juicio tramitado y concluido por un juez profesional, un tribunal o corte de justicia es un proceso que canaliza el poder coercitivo del Estado a través de sus propios agentes. Son sus leyes, sus atributos y su legitimidad construida los que se materializan en la decisión. Sin ese fundamento, la sentencia sería pura arbitrariedad y autoritarismo, incapaz de ser opuesta ante las partes y al resto de la sociedad.

El juicio desarrollado y decidido por un jurado es la canalización de la voluntad del pueblo. No se trata solamente aquí de regalarle un lugarcito en la administración del castigo, en recuperar la confianza de la gente y en acercarla a la impartición de justicia⁷. Pensar que en eso consiste la institución del jurado

⁶ Ver de la Corte IDH, "V.R.P., V.P.C. y otros contra Nicaragua" del 8/3/18.

⁷ Según fundamento destacado por la Corte IDH en el precedente citado, considerado 222.

es tergiversar las bases del sistema, subvirtiendo el orden de las cosas. No estoy en condiciones de responder a la pregunta de qué fue antes, si el huevo o la gallina, pero puedo asegurar que es esta última la que descende de los dinosaurios, y no al revés.

El jurado, al decidir, no toma prestada ninguna prerrogativa. El jurado ejerce una autoridad que nace de la soberanía popular⁸. He ahí su fuente primaria de legitimación y el ascendiente único y distinto que lo coloca en una cadena evolutiva que corre paralela a la actuación del poder judicial.

II. El binomio motivación-recurso

En el escenario descripto todas las diferencias entre ambos sistemas no sólo se comprenden, sino que se resuelven como piezas de un *tetris* que se precipitan y calzan a la perfección unas con otras. Sin ir más lejos, la exigencia misma de la motivación de lo decidido pierde su señorío. Su demanda obedece al imperativo de conocer las razones de una resolución, de por qué el magistrado decidió de tal o cual modo, de, en definitiva, poder asegurar que se sujetó a los mandatos de la ley y de la razón y no a sentimientos egoístas o interesados.

La necesidad de que los fallos estén motivación se instituyó en el único camino capaz de permitir el ejercicio de un control acerca del modo en que los magistrados se pronunciaban. ¿Pero se puede decir que ese control se implementó en favor de la ciudadanía? ¿Acaso su exigencia estaba orientada a asegurar que la labor del poder judicial honrara la forma republicana de gobierno? En el mejor de los casos esa podría ser una consecuencia colateral, bienvenida para darle un velo romántico al asunto. Pero si nos atenemos fríamente al curso de la historia, la realidad es un tanto más áspera.

La expresión de los argumentos que dan sustento a una decisión judicial no tiene más explicativo que su posterior control por el órgano delegante del

⁸ La Corte Suprema de Estados Unidos dijo, con cita de Alexis de Tocqueville, que "...la institución del jurado coloca al Pueblo mismo, o al menos a una clase de ciudadanos, en el sitio del juez. La institución del jurado inviste, pues, al Pueblo, o a dicha clase de ciudadanos, con la dirección de la sociedad" (del precedente "Powers vs. Ohio", 499 U.S. 400 en 407, citado en SIMMONS, Cindy, "El juicio por jurados es un derecho de la ciudadanía a participar en los juicios" en AA.VV., *El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 47 y s.

poder. Básicamente, no es más que habilitar, vía la interposición de un recurso, la intervención del tribunal superior para conocer y verificar el debido cumplimiento de las normas por parte del funcionario a quien se le confió la tarea. “[S]u origen es consustancial al procedimiento inquisitivo, en el cual ellos representaban, antes que una garantía de seguridad individual, un mecanismo de control burocrático para el superior jerárquico, que previamente había delegado su poder de juzgar en funcionarios inferiores (*justicia de gabinete* por su organización vertical); los recursos suponían una *devolución* del poder recibido de manos de aquel que lo portaba en origen”⁹.

Con esa estirpe de servir como control interno de tribunales organizados jerárquicamente, el tribunal superior que delegó el poder retoma su jurisdicción. Sólo de ese modo puede apreciar si el depositario de su confianza supo honrar la autoridad conferida y desarrollar la función de modo adecuado, en cuyo caso la sentencia será confirmada, o bien de forma incorrecta, dando lugar a la revocatoria de la decisión. En este escenario, los recurrentes no constituyen más que piezas dispuestas en beneficio del funcionamiento de los mecanismos intrínsecos de la administración de justicia. En el recurso no se juega la pretensión de la parte de imponer su verdad, sino el saneamiento del sistema, respecto del cual actúa como indispensable motor¹⁰. De este modo, el binomio motivación-recurso adquiere significado como instancia de control dentro del esquema judicial.

Pero cuando es el jurado el que decide, ese maridaje no sólo pierde sentido sino, antes bien, se transforma en un cuerpo extraño al sistema; una suerte de virus con pretensiones de querer alterar su correcto funcionamiento.

En la medida en que la resolución es ya adoptada por el genuino titular de la facultad decisoria, por el soberano, no hay nada que controlar -ausencia de motivación-, y fundamentalmente nadie que lo controle -ausencia de recursos-.

⁹ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo III, Parte General, Actos Procesales, Del Puerto, 2011, p. 280. En igual sentido, ver PASTOR, Daniel, *La nueva imagen de la Casación Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 17 y s. y 26.

De ahí, pues, que su veredicto sea *siempre y en todos los casos* irrecurrible. No hay persona, institución o razón por encima de un pueblo que decidió¹¹.

Mas eso no significa que un juicio desarrollado ante un jurado pueda ingresar en el caos del azar, libre de toda atadura y exento de cualquier ceremonial pues “en el principio” fue la voluntad del Pueblo. En ninguna de las disposiciones que refieren al establecimiento del juicio por jurados, el constituyente atribuyó a su decisión tal señorío¹².

El veredicto es la palabra del pueblo, pero el proceso es el camino impuesto por la ley y aplicado por sus funcionarios. El primero no puede ser motivo alguno de revisión pues nadie podría colocarse por sobre la decisión popular¹³. El segundo, es algo muy distinto. Asegurar la regularidad de los mecanismos por los cuales se expresa aquella voz es lo que garantiza que la respuesta sea auténtica y legítima. Aquí es donde las formas son tan importantes como el fondo. La justicia del veredicto es el compromiso del jurado, la justicia del proceso es la responsabilidad del juez.

III. La importancia de las formas

En este camino previo a la formulación de la sentencia que se pronunciará acerca de la culpabilidad de una persona reside un fundamento distinto de la labor decisoria. Este espacio sí está regido por la razón de ley, por instituciones,

¹¹ Dice Maier que “El jurado, políticamente, no es otra cosa que la exigencia, para los funcionarios permanentes que tienen en sus manos la aplicación del poder penal del Estado, de lograr, para tornar posible la coerción estatal (la pena), máxima herramienta coactiva del Estado de Derecho, la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza, de la mejor manera posible -en nuestra sociedad de masas-, política y no estadísticamente, la opinión popular” (MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, I. Fundamentos, Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 787).

¹² De hecho, tan sólo en una ocasión la Constitución Nacional alude a la imposibilidad de deducir un recurso frente a una decisión adversa, y lo hace al regular el juicio político celebrado ante el *Jury* de Enjuiciamiento de magistrados: “...su fallo... será irrecurrible”, dice sin más explicación el artículo 115. Sin embargo, ese énfasis debe ser leído en su propia clave, sin trampas ni extrapolaciones. Como la Corte Suprema alertara desde sus primeras intervenciones en la materia, la irrecurribilidad de la decisión no veda la necesidad de garantizar el cumplimiento de las formas básicas del debido proceso (CSJN, “Brusa”. Fallos 326:4826). Y lo mismo sucede en el juicio por jurados.

¹³ Recientemente la Corte Suprema norteamericana sostuvo que “Una vez que ha habido una absolución, nuestros precedentes prohíben cualquier especulación sobre las razones del veredicto de un jurado -incluso cuando hay conclusiones específicas del jurado que proporcionan una base fáctica para tal especulación- ‘porque es imposible que un tribunal esté seguro sobre el fundamento para el veredicto sin ahondar indebidamente en las deliberaciones de los jurados’ Smith, 599 U.S., en 252-253... ‘Concluir lo contrario autorizaría inadmisiblemente a los jueces a usurpar del derecho del jurado’... id... en 252” (McElrath v. Georgia, 601 U.S. del 21/2/24 -traducción de Andrés Harfuch-).

por rituales. Es en su tránsito donde adquiere protagonismo la función del Estado, donde se juega su misión de “afianzar la justicia”. Y es allí también, en ese ámbito, donde las garantías fundamentales -por su naturaleza- son oponibles.

La validez de un acto depende de su contenido, pero con igual fuerza también de sus formas. No por nada los procesos, los procedimientos, los protocolos nos rigen en todos los ámbitos. Seguir los pasos indicados garantiza la confianza en el resultado. Se trata de imponer una serie de factores normalizados que, en la medida en que sean estrictamente observados, permitirá acceder a una conclusión adecuada y fiable. Como ocurre con el trabajo de laboratorio, se debe asegurar unas condiciones óptimas de actuación (valores de presión, temperatura, humedad), que permita el desarrollo de la prueba tratando de reducir a su mínima expresión toda posibilidad de error.

En todo proceso judicial, y más todavía en el penal, las formas son las que sientan las bases de un juicio justo. El debido proceso legal es un concepto difícil de precisar al tiempo de definirlo. Sin embargo, existe un consenso general cuando se trata de confirmar su importancia como prefacio de cualquier manifestación del poder coercitivo. De hecho, se ha dicho que se lo suele identificar “con cualquier cualidad del proceso que el intérprete estime constitucionalmente valiosa. El *fair trial*... operaría así como un derecho poco tangible a ‘todo lo bueno’ que pueda imaginarse en un tiempo y en un lugar determinados”¹⁴.

Si ese debido proceso se cumple, entonces se asiste a los factores propicios para que el juicio se desarrolle adecuadamente. El contenido que se le dé dependerá de cada legislación -tanto fundamental como reglamentaria-, pero que, seguramente, implicará contar al menos con un tribunal imparcial, con un ámbito de defensa, con un espacio de controversia y con una decisión razonada.

Como explica parte de la dogmática al polemizar con la tradicional concepción de la autoría y la participación, muchas veces la disposición del contexto es más trascendental para la exitosa comisión de un delito que la

¹⁴ NANZER, Alberto, *La regularidad como derecho individual. Fundamentos para una teoría normativa del proceso penal*, Marcial Pons, 2021, Buenos Aires, capítulo 5.

intervención al momento de la ejecución propiamente dicha¹⁵. Aquí también, la configuración del marco del juicio tiene un peso gravitacional tan poderoso como la misma sentencia que marca su culminación.

En la medida en que esas condiciones están aseguradas -que sean las óptimas- se puede tener buenas razones para que también su conclusión sea la correcta.

Este juicio justo, que el acostumbramiento nos hace pensar a la luz de la tradicional administración de justicia, adquiere un cariz especial cuando se trata de uno tramitado ante un tribunal de jurados; ni más importante ni más majestuoso, sino peculiar. Porque cuando la decisión la adopta un miembro del poder judicial existirá siempre una instancia posterior que permita no sólo revisar lo sucedido, sino también el cómo ese desarrollo impactó en el razonamiento de la sentencia. Pero cuando esa posibilidad no existe, porque no hay nada que controlar ni nadie capaz de hacerlo, la única forma de asegurar la confiabilidad del resultado es la observancia del procedimiento.

Es por ello por lo que no existe forma de controlar la adecuación de un veredicto. No porque no tenga una motivación. Ella existe, claro está, pues no se asume que sea producto del capricho, sino que no adquiere la canalización necesaria para poder acceder a su razón¹⁶. Se trata de que, incluso en el caso de exteriorizarse, no existe órgano superior que pueda revisar los fundamentos de una decisión asumida por voluntad popular.

Sin embargo, sí es y debe ser objeto de escrutinio el proceso cuyo desarrollo es confiado al juez técnico. Porque allí no es un fallo lo que se controla, sino el ajuste a las normas llamadas a afianzar una solución justa. Y porque no es la decisión del pueblo la que se somete a crítica, sino el adecuado cumplimiento de la función judicial. Una vez más, el tradicional motivo de control de los recursos: vigilar la labor del juez.

¹⁵ JAKOBS, Günther, "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos" en *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, Lima, Grijley, p. 165 y s.

¹⁶ Al respecto ver DÍAZ CANTÓN, Fernando, "La motivación de la sentencia condenatoria y del veredicto del jurado y sus posibilidades de revisión", ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal (2017).

De ahí que los recursos que son admitidos conduzcan a indagar particularmente en tres momentos cruciales del procedimiento cuyo orden expositivo no es más que el reflejo de su propia cronología¹⁷.

En primer lugar, la constitución del jurado como instancia de extrema cautela en la medida en que debe garantizar la máxima imparcialidad que sea posible. De la satisfacción de este presupuesto, metagarantía del proceso, depende el triunfo de cualquier otro derecho.

En segundo lugar, la etapa de admisibilidad de la prueba. Así como la acusación delimita la arena donde se desplegará el debate, la prueba admitida o denegada dominará los alcances de esa lucha que solo podrá integrarse exclusivamente con los elementos aceptados por el juez.

Por último, el tercer lugar, las instrucciones finales. Son la indicación al jurado de las pautas que deben marcar el rumbo de su decisión, explicando qué dice el derecho acerca de la historia que quedara reconstruida a lo largo del juicio y de la labor que ellos deben asumir.

La misma ausencia de motivación del veredicto, históricamente transportó a estos órdenes las discusiones propuestas en el marco de los recursos deducidos contra los juicios tramitados ante jurados.

Más allá de alguna controversia acerca de si lo que se discutía es el veredicto o la sentencia que le sigue¹⁸, esta arista del tema no registró mayor trascendencia práctica. Mientras que los debates académicos recorrieron el camino signado por la crítica a que una decisión carezca de una expresión de motivos que le dan sustento; el mundo forense no tuvo más alternativa que acomodarse a la realidad. Los primeros podían alzar sus cuestionamientos y formular escenarios ideales. Los otros debían limitarse a la necesidad de tener que impugnar un temperamento adverso que carecía de un respaldo escrito. De

¹⁷ Ver, al respecto, SABELLI, Martín, "El sistema de jurados y la protección de los derechos fundamentales del acusado" en AA.VV., *El juicio por jurados...*, p. 327 y s.

¹⁸ Ver ELOSÚ LARUMBE, Alfredo, "Algunas consideraciones básicas del recurso en los juicios por jurados", Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, consultado en <http://200.70.33.130/index.php/component/content/article/35-princ/3625-algunas-consideraciones-basicas-del-recurso-en-los-juicios-por-jurados>

ahí que el camino haya sido retrospectivo, o sea, reparando en los hitos que le fueron precediendo en el proceso hasta llegar a ese resultado.

Por eso la polémica se instaló en otro lugar.

IV. El quién

Luego de conocerse y admitirse los límites del recurso dentro de un juicio por jurados, no se iba a preguntar ya por su objeto, sino por la persona habilitada a su invocación.

Y aquí, más enfáticas unas, más precavidas otras, fueron las diferentes legislaciones las que tomaron la decisión, cercenando el recurso del fiscal contra la absolución derivada del veredicto de no culpabilidad del jurado.

Tanto la Cámara de Casación de la provincia de Buenos Aires como su Suprema Corte fueron convocadas al análisis específico de las normas procesales que impiden a la acusación atacar una decisión de esa naturaleza. En algunos casos el primero, y en todas las ocasiones el Alto Tribunal bonaerense sentenciaron la adecuación constitucional del límite normativo impuesto a esa parte.

Por un lado, se invocó el fundamento del veredicto. Así se entendió, con cita de doctrina, que “por provenir de manera directa de una representación del Pueblo -único titular del poder político en una democracia-, el veredicto del jurado goza de un estatus muy particular, reconocido constitucionalmente. Esta es una de las razones por la cual, en prácticamente todas las latitudes, el veredicto del jurado es irrecurrible”¹⁹. Como vimos, esta razón es indiscutible y severa. Tanto, que su fuerza se opone a que cualquier órgano ose presumir siquiera la atribución de poder avasallar el dominio de esa resolución. Y siendo ello así, tampoco a ningún sujeto se le podría conceder la facultad de promover ese espacio de crítica del veredicto. A ninguno, ni siquiera al condenado.

¹⁹ Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Sala I, causa 75466, “Antonacci Kevin s/ recurso de queja” del 21/6/16, con cita de HARFUCH, Andrés, *El juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, p. 295 y s.

Sin embargo, aquí ingresa el segundo orden argumentativo. Se entiende que al sentenciado sí debe permitírsele la posibilidad de revisión de una respuesta adversa.

El empleo de recursos judiciales como sinónimo de mecanismos de protección asiste a todos por igual (art. 8 y 25 CADH). Mas el derecho al recurso, como herramienta específica para activar la revisión de una sentencia, sólo es reconocida a una persona humana y en la medida en que resulte condenada. Sin embargo, lo que omite precisar esa definición es que su lectura lisa y llana colisiona con el anterior fundamento. Máxime si se recuerda que el texto del artículo 8.2.h de la CADH habla del derecho de toda persona inculpada de un delito de “recurrir del fallo ante juez o tribunal *superior*”²⁰, instancia que, en el caso del jurado, constituye un imposible. De modo que, siendo el pueblo el fundamento último de la decisión, tampoco el condenado podría estar en condiciones de desafiar su fortaleza.

Es por eso por lo que, para adquirir significado, la disposición deba ser leída en su adecuado contexto, esto es, que la única actividad que puede ser objeto de recurso es aquella que depende del correcto desarrollo de la función judicial asignada al Estado, ergo, la del juez.

Y siendo ello así, si en definitiva todas las críticas conducen siempre a la actuación estatal, no debería existir motivo alguno para discriminar esa posibilidad según cuál sea la parte que impulsa la revisión.

Así se llega a la última razón.

V. *Fair trial & ne bis in idem*

Se afirma que el fiscal no puede impugnar la decisión pues franquear la bilateralidad recursiva supone admitir que una persona se vea sometida a un renovado riesgo de ser condenada por un mismo hecho, o sea, sin más

²⁰ De hecho, la CorteIDH fue enfática al señalar que “...el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal *distinto y de superior jerarquía orgánica*” (CorteIDH, “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, del 2/4/04, párrafo 158, destacado agregado). Lo cual demuestra, en función del fundamento último del veredicto del jurado, que no es posible que ese pronunciamiento se someta a revisión, pues no existe nadie con superior jerarquía. De modo que el camino a la solución, debe encontrarse en otras latitudes.

preámbulo, a tolerar una violación al *ne bis in idem*. Se dice que la búsqueda de la revisión de lo decidido en procura de una sentencia contraria al imputado absuelto o, peor aún, el tránsito de un segundo proceso por defectos técnicos del primero rehabilitando instancias -y riesgos- que se tenían por superados, implicaría una afrenta a esa garantía básica, reconocida expresamente por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Es peculiar que esta garantía se evidencie tan comprometida ante casos decididos por jurados populares y que no proyecte, al menos con la misma fuerza, esa precaución frente a los procesos tradicionales resueltos por magistrados profesionales²¹. Pero suponiendo que tantos unos como otros deban vedar por igual el paralelismo recursivo, la pregunta es ¿siempre y en todos los casos ese *renovado* juicio realmente importa la *renovación* de un riesgo?

Si nos atenemos a esa jurisprudencia del Máximo Tribunal que un tiempo atrás cerró el acceso del fiscal a la revisión de decisiones absolutorias, hemos de observar que lo hizo siempre atendiendo a una condición fundamental: la existencia de un juicio debidamente tramitado²².

He ahí justamente los casos que muchas de las legislaciones provinciales tuvieron en consideración al permitir, en un margen muy acotado, los recursos fiscales contra absoluciones decididas por jurados populares²³. En ellos se reitera la figura del soborno, o de otros casos de similar tenor como las coacciones e intimidaciones sobre los jurados, como motivo que habilitaría al acusador a acudir

²¹ Ver al respecto HARFUCH, Andrés, DEANE, Matías, CASCIO, Alejandro y PENNA, Cristian, “La garantía del *ne bis in idem* y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria” en *La Ley, Suplemento Penal y Procesal Penal*, agosto 2020, N° 05.

²² Al formular su disidencia en “Alvarado” (1998), los jueces Petracchi y Bossert expresaron que “una sentencia absolutoria dictada luego de un *juicio válidamente cumplido* precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una impugnación acusatoria”. Esa misma lógica fue la que se trasladó luego al precedente “Sandoval” (2010) y, de ahí, a “Kang” (2011).

²³ El Máximo Tribunal norteamericano entiende que la única manera de invalidar los cargos y admitir un nuevo juicio es hasta antes de que el jurado emita un veredicto. Hasta ese momento es posible corregir los errores del proceso, luego se ingresa en un terreno vedado por la prohibición del *double jeopardy*. A partir de ahí, sólo se admite su revocación ante una decisión adoptada a causa de una injerencia indebida en el tribunal (soborno, intimidación, connivencia) pues se entiende que el acusado no transitó antes un peligro real de condena. En nuestro país, esas situaciones fueron expresamente previstas en las legislaciones de las provincias de Neuquén, Chaco, Mendoza y Río Negro (Ver RODHE, Jorge, “El recurso contra las absoluciones erróneas o contaminadas en el procedimiento por jurados. A propósito del fallo ‘J. Y V. S/ recurso de queja (art. 433, CPP) interpuesto por el particular damnificado’ que declara la nulidad de la absolución dictada a favor de los acusados” en *Erreius on line*, septiembre 2023).

a la intervención de otro tribunal. Incluso, la Suprema Corte de Buenos Aires entendió que, pese a que la legislación no lo haya previsto, "...de presentarse una incidencia que involucre conductas delictivas en la formación de la decisión exculpatoria del jurado (v.gr. cohecho o coacción, intimidación), la doctrina de la cosa juzgada írrita o fraudulenta podría llenar ese vacío legal"²⁴.

Si bien un soborno es el supuesto más palmario de la infracción de un juicio que no fue debidamente tramitado, no es el único; sólo es, como se dijo, el más flagrante. Tampoco existe un juicio justo cuando las formas esenciales del proceso son olvidadas, tergiversadas o subvertidas. Fue también la Corte Suprema la que sostuvo que "el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales, y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena y por ello, cada una de estas fases constituye el presupuesto necesario de la que se subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que le suceden. Dentro de este itinerario, el respeto a la garantía del debido proceso, invocable tanto por la persona que se encuentra sometida a juicio *como por los demás actores del proceso* (Fallos 306:2101, considerando 15) consiste en la correcta observancia de estas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia"²⁵.

En un proceso agonal como lo es el penal, las formas son elementales. El *fair trial* demanda que las reglas sean igual para ambos contendientes y que sean fielmente observadas al tiempo de la confrontación²⁶. Si la disputa debe desarrollarse ante un tribunal parcial, sin igualdad en la incorporación de la prueba, ni lealtad en la elaboración y comunicación de las instrucciones al jurado,

²⁴ Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires, causa "Pitman, Lucas Leonel" del 21/3/24.

²⁵ CSJN, Fallos 326:1149 (destacado agregado).

²⁶ Al definir la dimensión competitiva o agonal del proceso, esto es, el *fairness* como lealtad, Nanzer traza un paralelo con las prácticas deportivas señalando que "...un genuino deportista solo acepta participar en contiendas ejemplares, esto es, disputas óptimas que le permitan testear o demostrar el nivel de su destreza y rendimiento. Su interés radica en jugar el mejor de los juegos posibles, y superar a un rival que también haya podido jugar al máximo. Esto explica por qué es deportivamente menos gratificante derrotar a un rival disminuido, o a uno que en verdad debería haber sido rankeado en una categoría inferior". Para concluir, sostiene que "...la *justicia procesal pura* se caracteriza porque el desarrollo impecable del proceso basta ya para confiar en un desenlace materialmente justo... la única vía hacia la justicia del desenlace es la precisa ejecución de la práctica" (NANZER, *op. cit.*).

entonces no es posible hablar de un juicio justo. No hay un primer proceso que pueda gozar del atributo de haber sido debidamente cumplido.

En estos casos, ese primer riesgo de condena que clausura cualquier intento de persecución ulterior nunca existió. Sus modos pudieron no adquirir la seriedad de un delito -como el soborno- pero sus consecuencias son las mismas²⁷.

Tal como ocurre con la explicación dogmática de la imputación objetiva, cuando una conducta crea un riesgo jurídicamente desaprobado -y por ello es alcanzada por la descripción de un tipo penal-, se crean las condiciones necesarias para la generación de un daño -que es el motivo de la previsión legal-. En ese marco, la sola exteriorización del acto ya describe en sí misma toda la cuota de ilegalidad adjudicada por ley; de ahí en más el resultado, en caso de ocurrir, no es sino la mayor objetivación de la infracción: el punto cúlmine que demuestra el acierto de una previsión normativa que vincula acto con lesión y por ello su represión²⁸.

En esta dirección, cuando un proceso fue irregular, contaminado, cuando las formas se acomodaron al gusto de una de las partes -tanto la acusación como el imputado-, el resultado va a estar de igual modo condicionado. Si esas deficiencias -severas y esenciales para el debido proceso- se inclinaron en beneficio de la defensa, nunca existió riesgo alguno de condena y es allí donde -

²⁷ Al trabajar con casos del derecho comparado, explica Rodhe que en algunas legislaciones norteamericanas "...se entiende inaplicable la cláusula constitucional contra la doble incriminación desde el momento en que el acusado no transitó, en el primer juicio, un peligro real de condena. Por tal razón, aun cuando el sistema judicial tolere una absolución errónea -con el costo que ello conlleva-, una absolución contaminada habrá de ser irremediablemente revocada, precisamente porque el acusado no fue sometido a juicio (real) alguno y -por ende- jamás estuvo en peligro 'su vida o integridad física'". También en Sudáfrica y en Australia se admite la revocación de pronunciamientos absolutorios por la necesidad de reforzar la confianza pública en la administración de justicia. Por ello, el autor sugiere un debate al interrogarse acerca de si la facultad de recurrir una absolución contaminada o errónea controvierte en verdad el alcance del *ne bis in idem* o si, por el contrario, no refuerza la integridad y transparencia procesal, asegurando un juicio respetuoso del debido proceso (RODHE, op. cit.).

²⁸ Explica Jakobs que "...cuando la consumación está conectada a una lesión de un bien jurídico, o al menos a un suceso relevante para el quebrantamiento de la norma, entonces el hecho consumado tiene forzosamente más significación" (JAKOBS. Günther, *Derecho Penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 203). En otra parte de su obra, explica que "También el movimiento corporal sin resultado delictivo externo es una objetivación... Desde esta perspectiva, el resultado externo del delito es una ulterior objetivación que incrementa cuantitativamente el movimiento corporal". Y concluye la idea con un claro ejemplo "...el hecho de levantar bruscamente un arma por sí mismo ya es la causación de un resultado. ¿Y los demás resultados que derivan de manera evitable del movimiento corporal? Incrementan cuantitativamente la objetivación" (JAKOBS. Günther, "El concepto jurídico penal de acción" en *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones y Civitas, Madrid, 1997, p. 117 y s.).

tratándose de un juicio por jurados-, el veredicto absolutorio no es sino la mayor objetivación de ese proceso defectuoso. Es, ni más ni menos, lo que termina por demostrar que los derechos de esa persona jamás estuvieron sometidos a la posibilidad seria y cierta de verse afectados.

VI. Todos iguales

Es cierto que el veredicto no puede ser conmovido. Un resultado es solo una conclusión que, más allá de una cierta cuota de azar, viene determinado por una previa actividad u operación. Son estas, y no aquel, el objeto de cualquier revisión. Es la conducta para un caso, o el proceso para lo que aquí nos interesa, lo que debe ser escrutado, sancionado y corregido, incluso obligando al tránsito de un nuevo juicio que sí implique la generación de un riesgo de condena que nunca existió en primer lugar²⁹.

En suma, la voluntad popular que se expresa en el veredicto es inexpugnable. Aquí no hay parte legitimada que pueda atacarla ni órgano capaz de vencerla. Pero si esa voluntad tuvo un nacimiento viciado, sea por la comisión de un delito, sea por la grosera tramitación deficiente del proceso, nada puede blindar el proceso que la precedió. Allí, es la actividad judicial -y no la resolución del pueblo- la que se impugnará en aras de garantizar el imperio de la ley. En un terreno que olvidó la observancia de las formas que canalizan y aseguran la vía adecuada hacia la mejor decisión, nada sólido puede cimentarse.

En ese espacio, tanto la defensa como la acusación están habilitadas -y en cierta medida obligadas- a transitar la senda recursiva para asegurar el cumplimiento del debido proceso como presupuesto fundamental de todo juicio digno de ser llamado constitucional. Pues, al fin y al cabo, las formas no son sino la vía de realización creativa de las metáforas³⁰.

²⁹ Con el ingrediente de tratarse de una categoría especial de delitos, la Corte IDH también se refirió a esos supuestos como casos que merecen transitar un juicio tramitado en debida forma. Así afirmó que si "...ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia" se asiste a un escenario donde la sentencia pronunciada "...produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta' (Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" del 26/9/06, párrafo 154).

³⁰ "...Sólo partiendo de la firme persistencia de estas formas primordiales se explica la posibilidad de cómo, posteriormente debió construirse de nuevo, desde las metáforas mismas, el edificio de los conceptos" (Nietzsche, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*).