

El derecho del acusado a contar con una revisión amplia de su condena

Gustavo Darío Farina

Abstract: el presente trabajo tiene como objetivo estudiar si las cuestiones de hecho, que a partir del precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia conocido como “Casal” deben ser materia de recurso, pueden ser analizadas por el Tribunal de Casación sin un registro oficial que refleje acabadamente lo ocurrido durante el debate. En primer lugar se sostiene que resulta ser una falacia recurrir al argumento de la inmediación y la par conditio en la instancia del recurso para insistir en la necesidad de producir prueba en ese momento procesal toda vez que los testimonios no pueden ser reiterados en iguales condiciones a como fueron presentados ante el tribunal de juicio. En segundo lugar se sugiere, con apoyo en distintas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la psicología, que el tribunal revisor se encuentra en mejor situación de tomar una decisión imparcial si no participa activamente en la producción de prueba. En tercer término se sostiene que un registro multimedia, correctamente reglamentado, resulta ser el medio efectivo para ingresar al análisis de todo cuanto haya ocurrido en el juicio.

Introducción

El 20 de septiembre del año 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó el conocido fallo “Casal”¹. La decisión venía a armonizar el derecho procesal interno con las normas supranacionales que en materia de derechos humanos y garantías procesales habían sido incorporadas a nuestra Constitución en la reforma del año 1994², más específicamente aquellas que consagraban el derecho del condenado a recurrir ante un tribunal superior el fallo condenatorio³. Para entonces la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica”⁴, había sostenido que debía otorgarse al acusado un recurso amplio que permitiera un análisis comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior⁵. Este examen integral debía comprender todas las cuestiones debatidas en el juicio, entre las que se encontraba la actividad probatoria desarrollada ante el tribunal inferior⁶.

A partir del precedente de la Corte I.D.H., la CSJN en “Casal” comenzó a definir, el alcance de lo revisable por el tribunal de Casación, concluyendo que el mismo debía agotar su esfuerzo en revisar

¹ Fallos 328:3399.

² Art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional.

³ Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ Corte I.D.H., sentencia del 2-7-2004. En esta misma línea argumental la Corte Interamericana se mantuvo al revolver los casos “Cesti Hurtado c. Peru” (29-9-99), “Caso del Tribunal Constitucional” (31-1-2001) y “Las Palmeras (6-12-2001) entre otros.

⁵ Corte I.D.H., caso “Herrera Ulloa c. Costa Rica” conf. cons. 165 y 167.-

⁶ Alberto Bovino, “El caso “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana y el Derecho al Recurso contra la sentencia penal condenatoria”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal- Casación 5, Ed. Ad. Hoc, pág. 21/54.

todo lo que fuera posible revisar, o sea, “agotar la revisión de lo revisable”⁷. Sólo quedaba fuera del control lo que proviniera directamente de la inmediación, lo que a entender de la CSJN no era demasiado toda vez que gran parte de la prueba, esencialmente la documental y la pericial, ya se hallaba registrada en la causa por escrito. El principal problema se suscitaba con los testigos, los que, en palabras de la Corte, eran controlables por las actas de lo que hubieran depuesto⁸. La Corte pretendía despejar así cualquier duda acerca del alcance de lo revisable y a partir de ahora los hechos también debían ser objeto de análisis en casación si lo solicitaba el impugnante.

A pesar que los citados fallos, sumado a otros precedentes relacionados con esta temática⁹ dejaban claro que el tribunal revisor tenía la obligación, ahora constitucional, de examinar los hechos aducidos y las pruebas recibidas entre otras cosas, los desacuerdos dogmáticos en torno al nuevo alcance que debía otorgársele al recurso de casación y la manera de llevar adelante la revisión fundamentalmente, de los testimonios rendidos durante el juicio, generaron un amplio debate. Diversos autores, haciendo prevalecer el principio de inmediación, publicidad e igualdad de condiciones ante el tribunal revisor se inclinaron por la necesidad de producir prueba durante la tramitación del recurso. Otros, en cambio optaron por un registro completo de lo ocurrido durante el juicio para ser utilizado en la instancia de revisión. La legislación procesal a la fecha no ha brindado ninguna solución al problema suscitado por lo que éste aún persiste.

Si bien la temática del presente trabajo parte, como se dijo, de una decisión de la CSJN con anclaje en un fallo de la CIDH, no tiene como objetivo realizar un análisis detallado de esa jurisprudencia, sino que procura demostrar de qué manera todas aquellas pruebas producidas durante el juicio pueden ser revisadas eficazmente en la instancia del recurso. En este sentido, es un trabajo menos centrado en los distintos precedentes relevantes sobre el tema en cuestión, que en las posibilidades técnicas, las dificultades y los aspectos prácticos, a menudo totalmente ignorados, de llevar este tipo de revisión a cabo. Esta es su contribución específica.

En las líneas que siguen se argumenta a favor de que un registro oficial de todo lo sucedido durante el juicio oral resulta ser el medio adecuado para garantizarle al acusado el acceso a un recurso amplio de la manera pretendida en la jurisprudencia mencionada. Para ello, en primer lugar, expondré cual es el alcance que debe otorgársele al recurso de casación en su nueva concepción y las distintas soluciones que han sido propuestas por la doctrina procesal penal respecto a la manera en que se debe realizar la revisión de la prueba de testigos en la instancia de revisión. En el segundo título se analizará como debe ser interpretado el concepto de inmediación y los motivos por los cuales resulta falaz sostener la igualdad de condiciones o *par conditio* entre Juez y Tribunal revisor en un sistema procesal que prevea la producción de prueba parcial o total en la tramitación del recurso de casación. En el tercer título se hará una breve reseña sobre distintos estudios llevados a cabo en el campo de la psicología que dan cuenta del gran impacto de los sesgos y prejuicios de los jueces y de los jurados populares en los procesos de toma de decisiones, los que difícilmente puedan ser controlados en la instancia de revisión

⁷ Conf. cons. 23.

⁸ Conf. Cons. 25.

⁹ Entre ellos Fallos: 318:514, Fallos: 321:494, “Bucciarelli, Ana (sentencia del 14-9-00), “Romero Cacharane”, R. 230 XXXIV (sentencia del 9-3-04), Informe nro. 30/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; caso nro. 10.987 “Carranza V. Argentina”.

careciendo de registros exactos de los procedimientos orales. Por último, luego de un breve repaso de los distintos métodos de registros utilizados en diferentes países y tribunales internacionales y del análisis de cada uno de ellos, intentaré demostrar cuál de ellos, a mi criterio, resulta ser el más efectivo para ser utilizado como registro oficial ante el tribunal de revisión.

I. QUE Y COMO REVISAR

Lo expuesto brevemente a modo de introducción da cuenta del derecho del acusado de contar con una revisión amplia del fallo de condena. Ahora bien, ¿cuál es el límite de ese “máximo de esfuerzo revisor” referido por la Corte en “Casal”?, ¿cuando se agota la revisión de lo que de hecho es posible revisar para cumplir con tal fin?

La respuesta a esta pregunta dependerá necesariamente del contenido de lo que se considere debe ser materia de revisión. Si ese máximo esfuerzo se ciñe a las reglas de razonamiento utilizadas por el juzgador para fundar la sentencia, sin posibilidad de ingresar al análisis de todo cuanto haya ocurrido en el debate, entonces el esfuerzo requerido no será tan grande. El tribunal revisor simplemente analizará la estructura lógica interna de la sentencia y la manera en la que el juez razonó para arribar a una decisión de condena, debiendo dar necesariamente por ciertas las premisas que utilizó como anclaje para justificar su resolución. Recordemos que, básicamente, un razonamiento “es un conjunto de proposiciones (dos o más) en el que una de ellas, llamada conclusión, se pretende que esté fundada en o se infiera de la(s), llamada (s) premisa (s)”¹⁰. Pero la validez de un razonamiento no depende del contenido del mismo sino de su forma y por consiguiente un razonamiento puede ser válido, pero contener premisas falsas¹¹. Entonces si lo que se pretende revisar es solo la decisión de condena en su expresión escrita que es la sentencia, el tribunal revisor deberá limitarse a verificar la validez del razonamiento empleado por el juez para arribar a su decisión, pero jamás podrá verificar la verdad o falsedad de las proposiciones o premisas por éste utilizadas. A excepción de los casos en los que puedan existir errores groseros en el razonamiento empleado que lo tornen inválido o contradicciones en las distintas proposiciones empleadas, quien revise la sentencia deberá dar por verdaderas las premisas que haya utilizado el juez o tribunal de juicio para motivar su resolución.

Este modelo de análisis no parece ser el tenido en cuenta en los fallos “Herrera Ulloa”, “Casal” y su progenie. La jurisprudencia mencionada tiene como aspiración alcanzar un sistema de revisión lo más amplio posible en el que todo lo que haya sido materia de conocimiento durante el juicio pueda ser nuevamente evaluado y contrastado con las conclusiones a las que el juez haya arribado, para verificar así si este incurrió en errores de apreciación o arbitrariedades al momento de seleccionar y valorar la prueba que le fue presentada durante el juicio oral.

A partir de este nuevo alcance del recurso de casación distintos autores comenzaron a discutir sobre la mejor manera de llevar a cabo la revisión de los hechos en la instancia de revisión. El problema fundamentalmente se suscitaba respecto de la revisión de la prueba testimonial producida en el juicio.

¹⁰ Gianella de Salama, *“Lógica Simbólica y elemento de metodología de la ciencia”*, Ed. El Ateneo undécima edición, p. 10.

¹¹ “Los razonamientos válidos pueden tener premisas verdaderas y conclusión verdadera, premisas falsas y conclusión verdadera, y premisas y conclusión falsas. Lo que no podrá ocurrir es que un razonamiento válido tenga premisas verdaderas y conclusión falsa”, *idem.*, p.17.

Así, Julio Maier propuso alcanzar el doble conforme a través de un segundo juicio con un tribunal que examine el asunto y resuelva sobre la base de la información adquirida en un nuevo debate, dándose de esta manera una segunda primera instancia cuyo resultado dependa de su propio debate y no del reexamen del material probatorio del primero. Para arribar a este segundo juicio el imputado debía demostrar “tan solo argumentativamente, a través del recurso, que el sentido con el cual es utilizado un elemento de prueba en la sentencia para fundar la condena, no se corresponde con el sentido de la información, esto es, existe una falsa percepción acerca del conocimiento que incorpora, como, por ejemplo, cuando un documento no expresa aquello que para la sentencia informa, un perito o un testigo no dice aquello que la sentencia aprecia (por ejemplo, no reconoció al acusado y la sentencia parte de la afirmación opuesta)”¹².

Otros autores como Daniel Pastor¹³, partiendo de la búsqueda de la verdad material como meta fundamental del proceso penal, se inclinan por un sistema de producción de prueba parcial en dicha instancia para el caso de que el vicio denunciado dependa de la inmediación. Sostiene Pastor: “si el vicio denunciado depende de la inmediación el tribunal del recurso deberá producir la prueba necesaria para verificarlo o descartarlo (prueba parcial) pero no podrá dejar sin revisión al agravio del condenado”¹⁴. En igual sentido Hernán Gullco sostiene que “el carácter inmediato de la prueba a valorar por el tribunal revisor” no pueda ser un impedimento para dicho examen, adhiriendo a un sistema de producción de prueba en la instancia revisora en virtud de la “exigencia de “publicidad” del juicio oral”¹⁵.

Ahora bien, un sistema como el planteado por los autores citados, como primera observación provoca el interrogante de cómo hará el acusado para demostrar argumentativamente la necesidad de volver a interrogar a determinados testigos durante el recurso, ya que sólo contará con lo que el juez o tribunal dijo en su sentencia acerca de lo que estos refirieron, pero no podrá demostrar ex ante, la inexactitud de la información utilizada por este en la sentencia por carecer de registro alguno que se lo permita. Además, un sistema de estas características lleva a preguntarnos si una nueva condena basada en la prueba rendida en este nuevo juicio no debería darle al acusado la posibilidad de contar también con un recurso, toda vez que el doble conforme, como luego se verá, habría sido obtenido en base a un material probatorio distinto.

En sentido opuesto a estos autores, Perfecto Andrés Ibañez¹⁶ entre otros, planteaba la necesidad de contar con un registro completo del juicio oral para poder realizar una revisión amplia de la sentencia. Dicho registro debía ser exacto y preciso para que el tribunal revisor pudiera acceder a la misma información que le había sido presentada al juez durante el juicio.

¹² Julio B. J. Maier, “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?, artículo publicado en “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Editores del Puerto S.R.L., 1998, pag.405-427.

¹³ Pastor, Daniel, “Apostadillas al futuro de la casación penal”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal 5, Ed. Ac Hoc, pág. 15/19.

¹⁴ Idem., p.18.

¹⁵ Hernán Gullco, “El recurso de casación y el concepto de juicio público”, publicado en “La Cultura Penal (Homenaje a Edmundo Hendler)”, (Compiladores Gabriel Anitua e Ignacio Tedesco), Editores del Puerto, 2009.

¹⁶ Ibañez, Perfecto Andrés, “Prueba y convicción Judicial en el proceso penal”, Ed. Hammurabi, 2009, p. 67 nota 87.

II. LA INMEDIACION, LA VERDAD ADQUIRIDA Y LA PAR CONDITIO

En palabras de Julio Maier “el principio de intermediación, base del juicio público y oral, es en sí un método o, si se quiere, un modo de o para conseguir un enfrentamiento transparente, propio de las sociedades en principio democráticas- los rivales se ven la cara y quienes deciden el litigio dan la cara-, y, medianamente, de lograr posibilidades parejas para quienes contienden o compiten. Si su aplicación no oculta la verdad, mejor, pero hallarla no constituye su fin principal, sino uno meramente contingente y referido a la época moderna”¹⁷.

Un proceso con estas características se condice con un modelo adversarial o acusatorio de raíz angloamericana, en donde la verdad es descubierta luego del testeado de las diferentes versiones de los hechos ofrecidas por las partes. En este tipo de procesos cada parte busca su propio material probatorio y en el juicio se esfuerza en presentar los sucesos favorables a sus intereses de la mejor manera posible, desmereciendo la versión del oponente. El jurado o juez que interviene, analiza la evidencia que ha sido introducida por los litigantes el día del juicio y decide en base a ella, lo que genera el hallazgo de una verdad producida artificialmente por un conjunto de hechos eufemísticamente llamada “verdad procesal”¹⁸ que se considera de buena calidad ya que en su formación intervienen todas las partes del conflicto¹⁹. La verdad es entonces, un concepto procesal- una idea que se comporta bien con un arraigado escepticismo Angloamericano acerca de la capacidad o habilidad de los hombres de descubrir la verdad sustantiva. Es por eso que en el modelo acusatorio angloamericano la equidad de los procedimientos esta dado por la legitimidad de los veredictos, y cualquier resultado que ha sido hallado de conformidad con las reglas del procedimiento, se convierte en aceptable²⁰.

En este tipo de procesos las partes son las encargadas de determinar los hechos y entonces, al encontrarse los testigos asociados a quien los propuso, el juicio oral resulta imprescindible para que los

¹⁷ Julio B. Maier, “¿ Es la “intermediación” una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición” disponible en dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=839229&orden”.

¹⁸ Ver Thomas Weigend, “Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective”, 26 Harv. J. L. & Pub. Policy, 2003 pag. 160.

¹⁹ Esta resulta ser la única verdad posible que puede producir el proceso penal. Para aquellos que pregonan la búsqueda de una verdad real, como primer obstáculo al hallazgo de la misma se pueden mencionar los límites impuestos por valores extra epistémicos como son, entre otras cosas, los derechos y garantías de los acusados, que se encargan de poner vallas infranqueables a esa búsqueda. Asimismo, la verdad material parece difícil de alcanzar bajo un estándar de prueba esencialmente subjetivo como es el de las libres convicciones, en el cual, como bien señala Edgar R. Aguilera García, “el hecho de que el juez este convencido de “p” no es equivalente a “el juez tiene una prueba de p” (García, “Crítica a la convicción íntima como estándar de prueba en materia penal”, en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Larry Laudan, Ed. Hammurabi, 2011, pag.328), pudiéndose dar el caso de que la existencia de la prueba de su culpabilidad resulte ser, en realidad, parasitaria de la presencia previa en el juzgador de una creencia firme acerca de dicha culpabilidad. Por otro lado la incorporación al proceso penal de institutos como el juicio abreviado, importado del mundo anglosajón, implican la admisión de una verdad negociada en donde la versión de las partes determina la verdad procesal que prevalece y el juez no puede apartarse de lo pactado, salvo que ese apartamiento sea en beneficio del acusado. En síntesis, la incorporación de nuevos mecanismos de negociación, la adscripción expresa de varios códigos procesales internos a un modelo acusatorio con las características ya descritas y la propia jurisprudencia de nuestra Corte Suprema (“Tarifeño, Francisco” (sentencia del 29/12/89), “García, José A.” (sentencia del 22/12/94) y “Cattonar, Julio P. (sentencia del 13/6/95), entre otros fallos), que ha establecido que el tribunal oral no puede condenar ante un pedido de absolución fiscal al concluir el debate, permite sostener que en la actualidad el hallazgo de la verdad procesal o forense resulta ser la que prevalece en los procesos penales llevados adelante en los tribunales nacionales.

²⁰ Thomas Weigend, ob. cit. pag. 168.

litigantes tengan la posibilidad de examinarlos libremente. Ese es, precisamente, el lugar y el momento adecuado para requerirle al testigo todo tipo de explicación acerca de lo que sabe o dijo durante la etapa de investigación. Es por ello que la preocupación existente en los tribunales y en la literatura angloamericana por la distorsión o fabricación del testimonio se encuentra exacerbada y la credibilidad de los testigos es examinada agresivamente²¹ a través del contra-interrogatorio durante el debate. El juicio se convierte así en el único campo de batalla en el que las partes se enfrentan cara a cara y en donde despliegan todo tipo de estrategias para hacer prevalecer su posición y así ganar la contienda procesal, la que es íntegramente registrada con la finalidad que el tribunal de apelación pueda acceder, de ser necesario, a todo lo que allí haya ocurrido. Precisamente la preocupación por la fabricación o distorsión de los testimonios y la elaboración de registros fidedignos ha generado en el derecho angloamericano, como se verá, una gran producción de investigaciones sobre estas temáticas.

Recapitulando, la inmediación, entonces, debe ser entendida como un medio para adquirir conocimiento. Esa relación de proximidad temporo-espacial que tienen las partes con las fuentes de información durante el juicio, garantiza la captación de los mismos datos, los que deberán ser objeto de una valoración racional, al momento de dictar sentencia. Lo que no puede asegurar la inmediación, es la verdad o falsedad de la información adquirida, por ello no debe ser entendida como un método de conocimiento de la verdad, concebida como verdad-correspondencia.

Ahora bien, a pesar de que la inmediación con las fuentes de información no garantiza la verdad de la información obtenida, algunos autores, como correlato de la misma, sostienen la necesidad de producir prueba durante la instancia de revisión, fundamentalmente la testimonial, para garantizar la igualdad de condiciones entre el tribunal de juicio y el tribunal revisor. Detrás de este tipo de argumentación que recurre a la inmediación y la igualdad de condiciones para resolver problemas relacionados con la apreciación de esta clase de prueba en una instancia revisora subyace una vieja creencia irracional proveniente del sistema inquisitivo acerca de que los jueces, por ser personas instruidas en su oficio, son capaces de establecer con exactitud la mentira o la verdad a través del comportamiento de quien declara y que la proximidad con estas fuentes de información es necesaria, precisamente, para esa detección.

Estudios que se comenzaron a llevar adelante alrededor de 1960 establecieron que tal creencia resulta ser falsa ya que el comportamiento no verbal de las personas resulta ser un indicador inútil para establecer con precisión si estas mienten o dicen la verdad, sobre todo si se carece de otras fuentes autónomas de información. Tales investigaciones concluyeron que la precisión que se puede extraer del comportamiento para determinar si alguien miente o dice la verdad no es más exacto que el obtenido de arrojar una moneda al aire. Aldert Vrij asegura que algunas de las señales que comúnmente se interpretan como indicadoras de mendacidad, como la mirada evasiva, aumento del parpadeo, movimientos del cuerpo, etc., son señales que no permiten diagnosticar con ningún grado de fidelidad la mendacidad de una declaración²², llegando incluso a sostener que los observadores que solamente pueden ver al declarante son más propensos a considerarlo mendaz que aquellos que

²¹ Ver Mirjan Damaska, *“De la prueba por referencia y sus análogos”*, en NDP 2004/B, pag. 439/442.

²² Aldert Vrij y otros, *“Suspects, Lies, and Videotape: An Analysis of Authentic High-Stake Liars”*, Law and Human Behavior, Vol 26, No. 3, June 2002, 367.

pueden verlo y oírlo o solamente oírlo²³. Vrij releva en su obra un estudio realizado en Noruega que sugiere que algunas decisiones judiciales se basan exclusivamente en comportamiento no verbal desestimando otras pruebas más fiables que van en otra dirección. Así “relata un juicio en el que, si bien las pruebas de cargo eran contundentes, el imputado fue absuelto porque su comportamiento no verbal denotaba una gran confianza, sin miradas evasivas de ningún tipo”²⁴. Las grandes diferencias en las actitudes de la gente, el contenido y las consecuencias de sus mentiras y la experiencia y capacidad para mentir hacen que el comportamiento no verbal sea un indicador vago e impreciso²⁵ al momento de ser utilizado para evaluar la credibilidad de las personas.

En igual sentido que Vrij, Max Minzner²⁶, sostiene que las distintas investigaciones desarrolladas respecto al comportamiento no verbal para detectar la mentira, determinaron que tal indicador no superaba la marca del 50% de precisión a la hora de establecer el engaño a través del comportamiento del testigo. Refiere que estudios más recientes demostraron que el comportamiento no resulta ser tan importante cuando se dispone de información extra acerca de eventos que el testigo no posee, y que en estos casos, la detección del engaño mejora notablemente ya que dicha información es complementada para evaluar la credibilidad. Estos mismos estudios establecieron que si se carece de información contextual extra, la detección de la mentira es aleatoria y los sesgos²⁷ de verdad o mentira juegan un papel importante ya que la probabilidad inicial del observador de creer que el testigo miente o dice la verdad determinará en gran medida la conclusión final a la que se arrije acerca de su credibilidad. Minzner indica que en casos en que la evidencia acerca de la manera en que ocurrieron los eventos proviene de una sola fuente de información, es decir de un testigo, la detección del engaño resulta ser más imprecisa que si dicha información proviene de múltiples e independientes fuentes. Concluye que si bien los primeros trabajos ya habían establecido que la detección del engaño a través del comportamiento no brindaba ninguna precisión, las nuevas investigaciones que incorporan el estudio de los sesgos y el contexto, no resultan ser más alentadoras, ya que cuando estos elementos son incorporados, la detección del engaño se convierte en algo altamente heterogéneo que varía sustancialmente en base a cada situación particular.

Un modelo que prevea la producción de prueba en la apelación trae aparejado como primer riesgo evidente que el tribunal revisor, guiado por una visión sesgada acerca de su capacidad para detectar el engaño o la verdad a través del comportamiento de las personas, al momento de resolver, se apoye únicamente en las fuentes de información con las que tuvo cercanía física, prescindiendo de todo otro tipo de prueba en cuya producción no haya intervenido.

Pero además, existen otros motivos de peso que indican la inconveniencia de producir nuevamente prueba en la instancia recursiva. Como un primer obstáculo se podría destacar, que este segundo acto estaría alcanzado “por el efecto gravemente condicionante que la primera experiencia procesal tendría

²³ Chehtman, “¿Es posible saber si un testigo dice la verdad?: a propósito de “Detecting lies and deceit. Pitfalls and opportunities”, de Aldert Vrij”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, octubre 2011, No.10, Ed. Abeledo Perrot, p. 1780.

²⁴ Idem., p. 1779.

²⁵ Vrij y otros, supra nota 21, p. 372.

²⁶ Max Minzner, “Detecting Lies Using Demeanor, Bias, And Context”, 29 Cardozo L. Rev. 2557, 2007-2008.

²⁷ Se lo ha definido como una inclinación, una predilección que interfiere con la imparcialidad.

en las representaciones y en las actitudes del imputado y de los testigos, e incluso, en las del mismo juzgador, que nunca lo sería ya de primera instancia”²⁸.

Prestar un testimonio en el contexto de un juicio oral, significa para el indagado, verbalizar el recuerdo que se tiene en ese momento sobre algo ocurrido en el pasado, que ha presenciado o conocido de alguna manera. Esto ya trae aparejado un grupo de problemas estudiados por la psicología del testimonio, como ser la implantación de recuerdos, los modelos normales de generación de percepción, la memorización, la mentira, la relación entre confianza del testigo y la fiabilidad de su saber, las estrategias para recordar, entre otros²⁹.

Además, la fiabilidad del testimonio en la percepción del juzgador está marcada por la forma en que se requiere la información. En esta operación no existe una relación de diálogo entre el testigo, que se convierte en un objeto de prueba y la parte que conduce el interrogatorio. La relación que se establece entre el testigo y las partes presentes en la sala de debate está marcada por el par “pregunta-respuesta” y los primeros no pueden salirse de las pautas que establecen las preguntas que se les dirigen. Esto crea, entre interrogador-interrogado, una asimetría absoluta³⁰. Además, los testimonios, entre otras cosas, presentan secuencias descriptivas y narrativas y las primeras se construyen, casi siempre, a través de un diálogo de complementación entre interrogado-interrogador en donde uno inicia una descripción que luego es continuada por el otro, o de impulso, donde una pregunta contiene a su vez una propuesta descriptiva. De esta manera se establece un control del testimonio, el que es comandado por el interrogador, donde este, a través de su participación, va direccionando el relato ofrecido, observándose habitualmente de su parte, gestos de resistencia ante versiones alternativas ofrecidas por el testigo que no apoyan su hipótesis.

Como ya se advierte, difícilmente un testimonio pueda ser reproducido en las mismas condiciones ambientales y emocionales desde el lugar de quien es convocado nuevamente a declarar. La información que brinden las personas que puedan ser nuevamente requeridas va a estar integrada, en esta segunda ocasión, por todo lo que haya sucedido en el primer juicio y el conocimiento de los sucesos, estará sesgado por el resultado del proceso anterior que se pretende rever.

Por otra parte, el interrogado nunca utilizara las mismas palabras para explicar el mismo evento y esta circunstancia tendrá también, un impacto directo en la persona que analice el testimonio, es decir el juzgador. Sobre este punto en particular resultan interesantes algunas investigaciones realizadas por Elizabeth Loftus³¹ quien ha demostrado que la variación de una simple palabra en lo que se le dice a un testigo acerca de un evento puede afectar dramáticamente el recuerdo que este tiene sobre el suceso. Esos efectos no son meramente pasajeros sino que la nueva información que le es expuesta al testigo pasa a formar parte en su memoria de la representación de ese evento y de ese modo provoca una alteración o sustitución del recuerdo. De la misma manera Loftus ha probado que una leve variación en una palabra puede tener un impacto significativo en la narración de un evento. Así en

²⁸ Perfecto Andrés Ibañez, “Sobre el valor de la inmediación – Una aproximación crítica”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nro.4, Ed. AD. Hoc., pag. 72.

²⁹ Retamal, Sofía, “El testimonio como discurso en el juicio oral”, Revista de Psicología, año/vol. XVI, número 001, Universidad de Chile, pp. 50/51

³⁰ Idem.

³¹ Elizabeth Loftus, “Language and Memories in the Judicial System, in Language use and the uses of language”, 257, 257-68 (Roger W. Shuy & Anna Shukul eds., 1976).

numerosos experimentos ha establecido lo significativo que puede ser para el discurso la utilización de diferentes artículos (él, la o las versus u o una), diferentes cuantificadores (algunos versus cualquiera), diferentes verbos (“chocó”, “tropezó” “contactó” o “golpeó” versus “hizo trizas”), como así también la presencia de proposiciones en las preguntas³².

Obsérvese que en un modelo en el cual, sobredimensionándose las virtudes de la intermediación y la par conditio, se prescindía de cualquier tipo de registro exacto del juicio oral, el único elemento que existirá para contrastar la segunda versión de los hechos brindada por un testigo ante el tribunal de revisión, será la sentencia de primera instancia, siendo prácticamente imposible afirmar, en caso de discrepancia entre lo que el juez haya manifestado respecto de lo que dijo el testigo en la primera ocasión y lo dicho por ese mismo testigo al ser nuevamente requerido, si existió error o arbitrariedad en la valoración del testimonio por parte del juzgador o se trató de un cambio sustancial en la narración brindada por la fuente de información al ser nuevamente convocado. Esta situación eventualmente puede llegar a provocar graves problemas relacionados con la justicia y equidad de los fallos que se pudieran producir, toda vez que la prueba testimonial, resultaría, en función de todo lo expuesto, fácilmente maleable en la instancia de revisión. Es por ello que un modelo que prevea la producción de prueba en la instancia de revisión, de considerarse el mejor modelo, necesariamente también debería ir acompañado de un completo registro de lo sucedido durante el juicio³³.

Ahora bien, si la intermediación no garantiza la verdad de la información adquirida, entonces desde el punto de vista epistemológico, no existe obstáculo alguno para que en la instancia de revisión la información introducida en el juicio sea recreada a través de un registro exacto que contenga todo lo allí sucedido. Este registro es el que le permitirá al tribunal revisor acceder al mismo material probatorio que fue propuesto y evaluado por las partes para apoyar sus pretensiones, encontrándose así en condiciones de verificar si la sentencia capta de manera objetiva la información conocida durante la contienda oral. De esta manera, la invocación de la intermediación jamás podrá servir para limitar la revisión, ya que la prueba producida por las partes y que ha delimitado el conflicto, podrá ser recreada en esta instancia a través de este registro completo y exacto.

Para finalizar resta decir que la circunstancia de no encontrarse el órgano revisor en igualdad de condiciones con el juez o el tribunal en caso de solamente valerse de registros del juicio no implica la

³² Idem.

³³ Como observación a un sistema amplio de producción de prueba en casación, los autores destacan como argumento principal, la degradación o demérito que sufriría la primera instancia ya que un nuevo juicio sería llevado a cabo por el tribunal revisor, convirtiéndose este en “el juicio” que resultará trascendente a los intereses del imputado.

Desde lo empírico también se abren los siguientes interrogantes:

- Ante la falta de registro, ¿Cómo podría incorporarse en el segundo juicio el testimonio, de quien, durante el transcurso de un juicio y otro, hubiera fallecido o se encontrare impedido de volver a prestar declaración?
- Sin registros ¿como se podría establecer un cambio en la narración de los hechos por parte de un testigo durante el transcurso de los distintos juicios?. En este sentido la ausencia de contradicciones en las diferentes declaraciones que pudiera haber prestado es un criterio empírico a tener en cuenta para establecer la fiabilidad de sus dichos (Arce y otros, “Testimony validity: a comparative study of legal and empirical criteria”, University of Santiago de Compostela, revista *Psychology in Spain*” vol. 14, Nro. 1 pag. 74-80).-
- Sin registros y ante un cambio en la representación de la defensa del acusado ¿cómo haría el nuevo defensor para acceder a lo sucedido en el juicio y así poder atacar eficientemente la decisión de condena a la que se hubiera arribado?.

producción de una resolución de mala o baja calidad. Precisamente la falta de contacto directo con los medios de prueba es una manera de garantizar que la decisión a la que arribe sea, debido a ese distanciamiento, objetiva. La gente puede identificar con más facilidad errores en el procesamiento de la información si son cometidos por otros que cuando son cometidos por ellos mismos. Esta distinción es consistente con la observación que los psicólogos han hecho entre la perspectiva de participar en la toma de una decisión (insider) en contraposición con una mirada ajena a esa toma de decisión (outsider)³⁴. Una perspectiva o visión externa acerca de cómo se tomó una determinada decisión reduce la influencia de las ilusiones cognitivas³⁵, las que brevemente serán analizadas a continuación. De esta manera es plausible sostener que desde esta perspectiva externa el tribunal revisor se encuentra mejor posicionado para detectar errores cometidos por los jueces si puede acceder, a través de un registro exacto, a todo lo ocurrido en el juicio.

III. SEGOS y PREJUICIOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Un tema que ha cobrado cada vez más tratamiento a raíz de los estudios empíricos realizados en el campo de la psicología y que colateralmente brinda apoyo externo a la hipótesis planteada en este trabajo, es el relacionado al impacto de los sesgos y prejuicios de los jueces en los procesos de toma de decisiones. Si bien todas las partes de un proceso penal están expuestas a incurrir en errores cognitivos al procesar la información, resulta de interés en este acápite estudiar, aunque sea brevemente, aquellos errores de los que son presa los jueces y jurados al momento de tomar decisiones.

A partir de la década de los setenta³⁶ comenzaron a producirse estudios en el campo de la psicología que hallaron, con fuerte apoyo empírico, que el hombre no puede procesar toda la información que recibe y que por ello ha desarrollado atajos cognitivos que se ponen en funcionamiento de manera inconsciente, cuando se resuelven problemas, se emiten juicios o se toman decisiones³⁷. A partir de estos estudios pioneros, otros más específicos enfocados en las decisiones judiciales, comprobaron que los jueces, si bien creen que cuando resuelven los conflictos en los que intervienen lo hacen en función de los hechos y los criterios legales vigentes, esa fe ciega en su imparcialidad les provoca precisamente una falsa sensación de confianza en las resoluciones que emiten, incurriendo de esta manera en una gran cantidad de errores al procesar la información que reciben. Es en la determinación de los hechos –plano fáctico– donde los defectos cognitivos se filtran con mayor intensidad pero también se verifican, aunque en menor medida, en la elección de las normas jurídicas aplicables al caso.

Algunas influencias que afectan el procesamiento de la información son internas o personales tales como la edad, la generación, la religión, los valores, la educación, la condición física, el

³⁴ Daniel Kahneman & Dan Lovallo, “*Timid Choices and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking*”, 39 *Mgmt. Sci.* 17, 24-27 (1993).

³⁵ Idem.

³⁶ Fundamentalmente Amos Tversky y Daniel Kahneman, “*Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases*”, *Science*, Vol. 185, núm. 1, 26-62, (1974).

³⁷ Vazquez, Carmelo, “*Limitaciones, errores y sesgos en el procesamiento de la información: la ficción de la teoría del hombre científico*”, en M.D. Avia y M.L. Sánchez-Bernardos, (Eds.), *Personalidad: Aspectos cognitivos y sociales* (pp. 185-225). Madrid: Pirámide.

temperamento y otras son externas, como la cultura, las normas de la comunidad en la que desarrollan sus vidas, el grado de información al que se ven sometidos, las limitaciones de tiempo y acceso a la información, las normas que regulan la forma en que puedan cumplir con sus deberes judiciales, etc.³⁸ Al ser la percepción subjetiva, los sesgos y los prejuicios³⁹ juegan un papel importante ya que los mismos actúan a modo de filtros al momento de incorporar, procesar y utilizar la información disponible. Esto se debe a que el cerebro humano utiliza, estrategias de simplificación que reducen la cantidad y complejidad de la información que se integra y se utiliza para decidir. Los científicos del comportamiento llaman a esto “esquemas” o también reglas heurísticas o simplemente heurísticos, que son una de las principales armas de la mente para hacer frente a la sobrecarga de información⁴⁰. El empleo de estos esquemas o reglas permite a nuestro cerebro centrarse únicamente en la información que en el momento de emitir un juicio, resolver un problema o tomar una decisión, se entiende como más relevante. Estas estrategias cognitivas, si bien favorecen una decisión rápida, “no son óptimas para efectuar un análisis correcto de la realidad”⁴¹. A través de estos esquemas se tiende a clasificar objetos, personas, grupos de sucesos, etc., de modo que se puedan tratar estímulos diferentes como si fueran equivalente⁴². Por ejemplo, cuando se evalúa un caso de drogas, la referencia a “delito vinculado con drogas” nos remite a un esquema que probablemente contenga información (suposiciones) sobre la personalidad del delincuente, el tipo de delitos que probablemente tenga entre sus antecedentes, los motivos por los cuales cometió este tipo de hecho, las razones por las cuales se involucró en las drogas, el pronóstico para su tratamiento, su historia social, etc.⁴³ Estos esquemas le permiten a los jueces hablar de “casos como estos” o “casos de este tipo” llevándolos, en algunos casos, a conocer más de los hechos por los efectos inconscientes de estos esquemas que por los hechos reales.

Los esquemas tienen impacto en tres fases del proceso de percepción denominados atención, adaptación y organización. Atención se refiere a qué información sensorial vamos a hacerle caso, adaptación a qué tipo de información sensorial vamos a cifrar o codificar y organización a cómo vamos a interpretar y dar sentido a la información sensorial. “Debido a la sobrecarga de información, nos damos cuenta sólo de una pequeña parte del mundo con el que confrontamos, codificamos solo una pequeña parte de lo que observamos y recuperamos sólo una pequeña parte de lo que esta previamente almacenado en nuestra memoria”⁴⁴. Un breve repaso sobre las tres fases mencionadas nos permitirá apreciar cómo funciona e influye este proceso de selección en las decisiones judiciales.

Estudios relacionados con la primer fase, atención, han encontrado que la información relevante para el ser humano es precisamente la que confirma sus expectativas y en este sentido, se ha demostrado que la atención de las personas se mueve en la dirección de lo que ellas esperan observar⁴⁵

³⁸ Donald C. Nugent, “*Judicial Bias*”, 42, Clev. St.ñ L. Rev. 6, 1994.

³⁹ Se lo ha definido como un juicio u opinión formada antes de que los hechos sean conocidos, un juicio o una opinión mantenida haciendo caso omiso a los hechos que la contradicen.

⁴⁰ Nugent, supra nota. 37, pp. 11-12.

⁴¹ Carmelo Vazquez, “*Limitaciones y sesgos en el procesamiento de la información: más allá de la teoría del hombre como científico*”, Estudios de psicología nro. 23/24, p.111, 1985.

⁴² Nugent, supra nota 37, p. 10.

⁴³ Idem., p. 10-11.

⁴⁴ Idem., p. 12, (traducción propia).

⁴⁵ Idem., p. 12.

. De acuerdo con algunas investigaciones se ha comprobado que cuando la información recibida varía mucho con las expectativas de los jueces, si bien le prestan atención a la misma, en un esfuerzo por mantener sus creencias, a menudo descartan, redefinen o distorsionan la información disponible con el fin de poder explicar o adecuar dicha información, para ellos inconsistente, con sus expectativas preexistentes⁴⁶. Por ejemplo, algunas investigaciones revelaron que las personas suelen prestarle más atención a los individuos físicamente atractivos, a los que se los considera más inteligentes, simpáticos y menos agresivos que los sujetos poco atractivos. En función de ello un estudio realizado sobre personas condenadas en los tribunales de Pensilvania reveló que el atractivo físico había tenido incidencia en el tipo de penas y la duración de las mismas, las que en general eran más leves en las personas físicamente atractivas comparadas con las que habían recibidos por el mismo tipo de hechos personas que no eran atractivas⁴⁷.

En relación a la segunda fase, el esquema ejerce una fuerte influencia en como los seres humanos se adaptan a la información que ingresa en su cerebro. Algunos trabajos sugieren que cuando menos “real” suponen los jueces que es la información que poseen para evaluar un caso y menos tiempo tienen para pensar acerca en dicha información, es más probable que ellos confíen en sus expectativas y así adapten la información disponible a dichas expectativas⁴⁸. Algunas investigaciones sugieren que los acusados por crímenes violentos y delitos contra la propiedad tienen más probabilidad de ser tratados en forma rutinaria si pertenecen a clases sociales bajas y forman parte de estereotipos de grupos sociales minoritarios popularmente asociados con tales delitos. El mismo tipo de crímenes cometidos por personas de una posición social alta son más difíciles de explicar para los jueces ya que no es la clase de ofensa que ellos esperan que cometan tales ciudadanos. En estos últimos casos los jueces intentan reconciliar estos hechos excepcionales con sus esquemas preexistentes para tales delitos y una forma de hacerlo es a través de la búsqueda de posibles factores atenuantes que justifiquen la conducta desviada⁴⁹.

Otros estudios evidencian por su parte que la información inconsistente con las creencias personales de los jueces pueden ser consideradas como pruebas dudosas a las que no se les brinda demasiado peso al momento de decidir o se lo hace descuidadamente. Estudios realizados con jurados simulados mostraron que cuando ciertos estereotipos, como ser “hispano”, habían sido presentados antes de ser desarrollada la prueba del caso, el mismo había tenido una notable influencia en la decisión final a la que se había arribado, afectando dicha referencia el procesamiento de toda la evidencia. En cambio cuando el mismo estereotipo había sido presentado después de haber sido considerada la evidencia disponible, tales efectos desaparecieron⁵⁰.

La tercera y última fase llamada organización, como ya se dijo, tiene que ver con la relevancia o significado que la persona le asigna a la información sensorial, es decir como la interpreta y evalúa. En el caso de los jueces, sus creencias y posturas formadas por experiencias anteriores (dentro y fuera de

⁴⁶ Ronald A. Farrel & Malcolm D. Holmes, “*The Social and Cognitive Structure of Legal Decision Making*”, 32, Soc. Q. 534, 1991.

⁴⁷ Jeffrey R. Boyll, “*Factors in Jury Verdicts*”, 15 L & Psychol. Rev. 163,181 (1991).-

⁴⁸ Farrell & Holmes, supra nota 45, p.537.

⁴⁹ Idem., pp. 533-534.

⁵⁰ Galen V. Bodenhausen & Meryl Lichtenstein, “*Social Stereotypes and Information Processing Strategies: The Impact of Task Complexity*”, 52 J. Personality & Soc. Psychol, 1987.

su profesión), filtran todo lo que es oído y visto. En este contexto existe evidencia de que las decisiones a las que arriban están influenciadas en gran medida, por los valores morales personales de los jueces acerca de lo que está bien y lo que está mal. Veamos ahora y solo a modo de ejemplo, algunas de las reglas heurísticas o heurísticos que la literatura especializada ha estudiado en las decisiones judiciales.

Uno de los heurísticos que tiene gran impacto en las decisiones judiciales resulta ser el de representatividad y se refiere a la confianza en el grado de aparente similitud entre las características de un evento y las características de una categoría de eventos, a la hora de juzgar si ese evento es miembro de esa categoría en particular. El exceso de confianza en este tipo de heurístico puede llevar a los jueces, entre otras cosas, a malinterpretar las implicancias de la evidencia forense. Por ejemplo el hallazgo de cierto tipo de fibras de una alfombra en la escena del crimen que coincidan con las encontradas en el domicilio del imputado puede ser vista como una irrefutable evidencia de culpabilidad sino se indaga previamente acerca de la preponderancia de este tipo de fibras en todas las alfombras que se fabrican y se encuentran en las viviendas particulares, ya que si esas fibras resultan ser comunes dicha evidencia tendría poco valor. Este tipo de heurístico se observa también cuando las personas hacen juicios categóricos como evaluar la probabilidad de que un acusado sea culpable o inocente a través del comportamiento demostrado por este durante el juicio. Así si el acusado se mostró nervioso durante el debate se lo tiende a categorizar como culpable en cambio cuando se mostró tranquilo se tiende a considerar que no forma parte de esa categoría.

Un sesgo investigado por la literatura y que se encuentra asociado al empleo de este tipo de heurístico es el sesgo racial y étnico. Así un estudio llevado a cabo en el año 1989 en EEUU demostró que existían 247.930 ciudadanos blancos en prisiones federales contra 212.252 ciudadanos negros. Este número resulta perturbador si se tiene en cuenta que la población negra de ese país para la misma época representaba el 20% del total. Dicho estudios arrojó también como resultado que el número de ciudadanos blancos en libertad condicional era de 806.578 y el de ciudadanos negros era de 397.438⁵¹. Otros estudios han reportado también que las minorías raciales reciben, en EEUU, sentencias penales más duras y de más larga duración. Estos datos son concordantes con los que indican que en Europa, los extranjeros, inmigrantes no occidentales y las personas de color están masivamente sobre representadas dentro de la población carcelaria⁵².

También se ha comprobado que muchos de nuestros juicios están atrapados por un punto de partido desviado o falso. Normalmente la gente necesita ajustarse a algún punto de partida inicial, que pueden ser datos, expectativas previas, etc., para arribar a una conclusión. A esto la psicología lo ha denominado “heurístico de anclaje”. Se ha demostrado, a través del relevamiento de varias sentencias de distintas instancias⁵³, que el heurístico de anclaje impacta de diversas formas en las decisiones judiciales. Estas investigaciones determinaron que el 63,6% de las sentencias analizadas estaban ancladas en la petición de la fiscalía y en los casos de apelaciones, el anclaje residía en la decisión de primera instancia.

⁵¹ Nugent, supra nota 37, p. 46.

⁵² Loic Wacquant, “*Las Cárceles de la Miseria*”, Ed. Manantial, 1999.

⁵³ Fariña, Arce y Novo, “*Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*”, revista *Psicothema*, vo. 14 nro. 1, 2002, pp.39-46.

A modo de síntesis se puede decir que en las decisiones judiciales, esta clase de heurístico impacta de las siguientes maneras:

- a) Incide en el fallo relacionándose con la culpabilidad. En esa vinculación contraria al imputado, se demostró también que el anclaje daba cabida a la desestimación de los atenuantes de pena propuestos por la defensa.
- b) Es un instrumento facilitador de ahorro cognitivo ya que en las decisiones ancladas en la hipótesis acusatoria o en la decisión judicial de primera instancia, no se recrean los eventos narrativos de los hechos que se juzgan o, si se recrean, se lo hace precariamente.
- c) Afecta la actividad cognitiva específica desplegada: se comprobó que los jueces, cuando deciden guiados por un anclaje decisional vinculado a la culpabilidad, habitualmente excluyen información que se presenta a favor del acusado.
- d) El anclaje se desliga de los hechos. Las decisiones ancladas se rigen por un proceso de exclusión de la evidencia, lo que repercute directamente con la motivación de las mismas.
- e) Las decisiones ancladas evitan la justificación causal, de tipo temporal o físico.
- f) El anclaje lleva aparejado un debilitamiento de la justificación legal.-
- g) Así también se comprobó que en las decisiones no ancladas y que eran pro acusado, los jueces se referían con frecuencia al estado mental del denunciante, sin contar con informes de profesionales, recurriendo de esta manera a evidencia extralegal, asumiendo infundadamente un desorden mental de la víctima.

Estos últimos estudios concluyeron que si al heurístico de anclaje se le sumaban otra clase de sesgos, “más del 80% de las decisiones analizadas estarían fundadas en sesgos de juicio”⁵⁴.

Por otro lado los sistemas procesales que contemplan en su diagrama la existencia de jurados populares para arribar a un veredicto, no se encuentran en mejor situación respecto de los jueces o tribunales. Si bien algunos estudios han puesto de manifiesto que cuando los jurados tienen posibilidad de discutir el caso grupalmente, los factores o fuentes de sesgos individuales son contrarrestados durante el proceso de deliberación⁵⁵, otras investigaciones han constatado que los sesgos individuales pueden mantenerse o incluso generalizarse y aumentarse después de la deliberación provocando decisiones grupales más extremas y favoreciendo la aparición del fenómeno de polarización grupal⁵⁶. La influencia de los sesgos de los jurados, además de influir en el veredicto propiamente dicho, se ponen de manifiesto también sobre aspectos tales como la determinación de atenuantes, la interpretación de las pruebas periciales, el criterio individual de duda razonable, etc., componentes indirectos del veredicto final⁵⁷.

También se demostró que jurados homogéneos pro acusación y pro defensa emiten veredictos significativamente diferentes en caso de evidencia ambigua o dudosa, arrojando dichos estudios, que el 89 % de los jurados pro acusación evaluados, dieron un veredicto de culpabilidad frente a un 25 % de los jurados homogéneos pro defensa y que asimismo, los jurados pro acusación tuvieron

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Izzet y Leginski, 1974; Kevin y Shaffer, 1994.

⁵⁶ Bray y Noble, 1978; Cowan, Thompson y Ellsworth, 1984; De la Fuente, 2001.

⁵⁷ Leticia de la Fuente Sanchez y otros, “Validez de la escala de sesgo del jurado en relación con las decisiones grupales de jurados simulados”, *Psicothema* 2003, vol.15, n° 1, pag.149.

deliberaciones más breves que los jurados pro defensa, los cuales habían empleado más tiempo para discutir el caso⁵⁸.

Los resultados arrojados en relación a veredictos brindados por jurados pro acusación y pro defensa frente a casos con pruebas ambiguas o dudosas, se tornan relevantes si se toma en cuenta que en varios países donde rige el sistema de Jurados, la “mayor parte de los casos que son juzgados mediante un tribunal de jurados son aquellos en los cuales no existen evidencias claras a favor de una parte, ya que en caso contrario, las partes suelen buscar un acuerdo y el juicio con Jurado no llega a celebrarse”⁵⁹.

La presencia de sesgos, prejuicios en los procesos de toma de decisiones, impacta directamente en la imparcialidad del juzgador. Al ser el principio de inmediación de gran importancia en los procedimientos penales, es fácil advertir la importancia que las representaciones erróneas de los hechos por parte del Tribunal o el jurado puede tener en el resultado del juicio⁶⁰. La sentencia es una decisión que hace a la determinación forense de los hechos en función de los cuales se establecen las normas jurídicas que los subsumen, es por ello que si este tipo de decisión tan trascendente no va acompañada de un registro exacto de todo lo ocurrido durante el juicio, inhabilita al tribunal revisor la posibilidad de verificar empíricamente si los hechos tenidos por probados han sido los que surgieron del contradictorio o por el contrario parten de una convicción interna de culpabilidad producto de un defecto inconsciente en el procesamiento de la información disponible. De esta manera la argumentación empleada en la sentencia para establecer los hechos en la sola voz del juez, se convierte en una premisa única incontrastable. Es por ello que en sistemas procesales en los cuales se privilegia la inmediación, a contrario de lo que comúnmente se argumenta, se torna necesario la registración exacta de todo lo ocurrido durante el contradictorio, siendo este el registro oficial que el acusado utilizará para demostrar la injusticia del fallo ante el tribunal de apelación. Como se verá a continuación los sistemas procesales angloamericanos concientes de todos los problemas expuestos hasta aquí, han mostrado desde hace mucho tiempo su preocupación por obtener registros oficiales fidedignos de los procesos orales, con el fin de permitirle al acusado discutir los hechos ante los tribunales de apelación.

IV. DISTINTOS METODOS DE REGISTROS DE PROCEDIMIENTOS ORALES: BREVE RESEÑA SOBRE SU USO EN ALGUNOS PAISES Y TRIBUNALES INTERNACIONALES. CARACTERISTICAS.

La utilización de un registro exacto de lo ocurrido en el juicio para ser empleado en el recurso de apelación, no es algo novedoso en los sistemas judiciales. Desde fines del Siglo XIX en EEUU todos los procesos orales comenzaron a ser registrados. La jurisprudencia de este país reiteradamente ha sostenido que contar con un completo y preciso registro de lo sucedido en el juicio preserva los

⁵⁸ Idem., pp.151 y 153.

⁵⁹ Idem., p.152.

⁶⁰ Ver Chris Gutrie y otros, “*Inside the judicial mind*”; Cornell Law review, Vol.86, núm.4, pp.777-830, (2001).

derechos del litigante de acceder a una audiencia de apelación⁶¹. Así, la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia ha entendido “que no puede haber duda de que la ausencia de una precisa y completa transcripción perjudica la capacidad del abogado apelante de proteger los derechos básicos de su cliente”⁶². Pronunciamientos de tribunales de otros distritos han señalado que la transcripción certificada por un reportero se considerará “prima facie” una declaración correcta del testimonio tomado en el procedimiento oral⁶³ y que un registro textual es de crucial importancia para las partes y para que el tribunal de apelación pueda realizar una significativa revisión del procedimiento⁶⁴. También la Corte Suprema estadounidense se ha expedido al respecto y en ese sentido ha sostenido que un acusado indigente tiene derecho, con base en las garantías constitucionales del debido proceso y la igualdad ante la ley, a obtener gratuitamente una copia de la transcripción taquigráfica de su juicio, o algún medio igualmente adecuado, a los fines de preparar su recurso de apelación contra una sentencia condenatoria. En esos casos, si bien el tribunal señaló que una versión taquigráfica del juicio no era constitucionalmente obligatoria en todos los supuestos, sí lo era la existencia de un registro del juicio oral lo suficientemente amplio como para fundar adecuadamente un recurso de apelación contra el pronunciamiento de primera instancia, el cual debe incluir la posibilidad de sostener que la prueba reunida en el juicio no era suficiente para fundar una condena⁶⁵.

En un artículo publicado en el año 1953, ya se ponía de manifiesto la importancia de un registro textual para el proceso de apelación “con el fin de mantener una versión imparcial de lo sucedido en el juicio y de esta manera hacer factible y teóricamente posible una exhaustiva y amplia revisión en la apelación”⁶⁶. Otros autores también han comprendido que un registro exacto es especialmente crucial en la apelación cuando el tipo de apelación no está limitado a cuestiones de derecho sino que la corte de apelación debe considerar si el tribunal de primera instancia adoptó una decisión razonable basada en la evidencia⁶⁷. Si bien EEUU tiene instaurado el juicio por jurados en material criminal, y es el jurado popular quien dictamina el veredicto de culpabilidad, el acusado puede solicitar a la corte de apelaciones que revise la sentencia si considera que la misma es manifiestamente injusta, en dos supuestos, los que se conocen como suficiencia legal y suficiencia fáctica⁶⁸, procediéndose, en este

⁶¹ Anne Graffam Walker, “*Language at Work in the Law: The Customs, Conventions, and Appellate Consequences of Court Reporting*”, in *Language in the Judicial Process*, 203, 205 (Judith N. Levi & Anne Graffam Walker eds., 1990).

⁶² “United States v. Perkins”, 498 F.2d 1054, 1057 (D.C.Cir. 1974); “United States v. Workcuff”, 422 F.2d 700, 702 (D.C.Cir. 1970).

⁶³ “United States v. Lumumba”, 794 F.2d 806, 815 (2d Cir. 1986); “United States v. Ochs”, 548 F. Supp. 502, 528 n.97 (S.D.N.Y. 1982), 742 F.2d 1444 (2d Cir. 1983).

⁶⁴ “United States v. Upshaw”, 448 F.2d 1218, 1223 (5th Cir. 1971).

⁶⁵ “Mayer v. City of Chicago”, 404 U.S. 189-1971, Allí se citan numerosos precedentes del tribunal sobre la cuestión.

⁶⁶ David W. Louisell & Maynard E. Pirsig, “*The Significance of Verbatim Recordings*”, 38 Min. L. Rev. 29, 41 (1953).

⁶⁷ Anne Graffam Walker, “*Context, Transcripts and Appellate Readers*”, 3 Jus. Q. 409, 417 (1986).-

⁶⁸ W. Wendell Hall y otro, “*The Texas Hold our: trends in the review of civil and criminal jury verdicts*”, 49 S. Tex. L. Rev. 539 2007-2008. La propia Corte Suprema de EEUU, aplicando una doctrina similar a la de la arbitrariedad utilizada por nuestra Corte, revocó condenas penales impuestas por tribunales locales por entender que, en función de un “examen independiente del registro del juicio”, no existía “prueba suficiente” para fundar una condena (ver “Thompson v. Louisville”, 362 U.S. 199; “Garner v. Louisiana”. 368 U.S. 157 y “Vachon v. New Hampshire”, 414 U.S. 478).

último supuesto, a la revisión de los hechos. La utilización de registros también resulta indispensable para revisar sentencias dictadas en juicios llevados a cabo sin jurados⁶⁹.

Desde mucho antes de la era digital, los tribunales de EEUU ya empleaban personas especializadas en la técnica de la taquigrafía para realizar los registros oficiales de los procedimientos de este tipo. Esta práctica, se remonta a mediados del siglo XIX cuando los estenógrafos adoptaron la taquigrafía como manera de registrar los procedimientos orales. Los estenógrafos aparecieron como empleados asalariados en las cortes de New York en el mes de abril del año 1860⁷⁰.

Los avances tecnológicos produjeron el primer cambio en la forma de producir registros en los tribunales a mediados del siglo XX cuando se comenzó a experimentar con la grabación de sonido. Un tiempo después los estenógrafos oficiales comenzaron a utilizar el “Stenotype”⁷¹, que es una máquina que posee 21 teclas con símbolos taquigráficos, en conjunción con el sistema de Transcripción Asistida por Computadora (CAT –Computer Assisted Transcription), el taquígrafo introduce las palabras abreviadas en su máquina que se encuentra conectada a un ordenador y la tecnología CAT entrega un borrador legible para leer y examinar.

Artículos publicados en EEUU en los años setenta⁷² ya contemplaban la utilización del video-tape en el proceso judicial para mostrar evidencia al jurado⁷³, presentar en el juicio declaraciones de testigos grabadas bajo determinadas reglas⁷⁴ y grabar los procesos orales con la finalidad de utilizarlo como registro oficial en el recurso de apelación. Las Cortes de Illinois fueron las primeras que suplantaron al taquígrafo por la video grabación en el año 1968 y donde se hicieron los primeros intentos de utilizar las cintas grabadas de los juicios para los recursos de apelaciones⁷⁵. Estos tempranos esfuerzos no fueron exitosos debido a lo costoso, en esa época, de la tecnología necesaria, el tipo de iluminación que se requería y la falta de operadores especializados.

El estado de Kentucky⁷⁶ revivió estos experimentos con las cintas de video en los años ochenta, comenzando el uso expansivo de los registros en video sin transcripción escrita, para ser utilizados en la apelación⁷⁷. Para el año 1992, 46 salas del circuito de los tribunales de Kentucky sobre un total de 91 contaban con este sistema de registro de imagen y sonido⁷⁸.

⁶⁹ Lederer, Fredric, “*The effect of courtroom technologies on and in appellate proceedings and courtrooms*”, The Journal of Appellate Practice and Process, Vol, 2, No. 2 (Summer 2000).

⁷⁰ Briana E. Chua, “*Arizona’s Digital Record and Its use on appeal*”, 35, Ariz. St. L.J. 2003, p.607.

⁷¹ El “Stenotype” fue inventado en Irlanda en el año 1910 por Ward Stone. Dicho aparato se convirtió luego de su invención, en una herramienta indispensable de los taquígrafos oficiales de los tribunales.

⁷² James L. Mc. Crystal, “*Video Trials: Relief for our Congested Courts*”, 49 Denver Law Review (1972-1973), pág. 464.

⁷³ “*State v. Lusk*”, 452 SW.2d 219 (Mo.1970); “*Paramore v. State*”, 229 So. 2d 855 (Fla.1969), vistos en Stewart, “*Videotape: Use in Demonstrative Evidence*”, 21 DEF. L.J. 253, 256 (1972).-

⁷⁴ Según McCrystal, supra nota 71, p. 467-469 “*McCall v. Clemens*” (C. P. Erie County, Ohio, Nov. 18, 1971) es el primer caso en los anales legales de EEUU probado casi en su totalidad por medio de declaraciones grabadas en video tape que fueron presentadas, en ese formato, al jurado.

⁷⁵ Madden, “*Illinois Pioneers Videotaping of Trials*”, 55 A.B.A.J. 457 (1969); Sullivan, *Court record by Video-Tape Experiment- A Success*, 50 CHI. B. Rec. 336 (1969), in 41 N.Y.S.B.J. 696 (1969).-

⁷⁶ Según Frederick K. Grittner, “*The Recording on Appeal: Minnesota’s Experiencie with Videotaped Proceedings*”, 19 Vm. Mitchell L. Rev. 595 (1993), el primer sistema de grabación en video sin operador fue instalado en Louisville, Kentucky, 1984.

⁷⁷ Lederer, supra nota 68.

⁷⁸ Grittner, supra nota 75.

A este estado le siguió, en el año 1987, Michigan, que a diferencia de Kentucky, requería también una transcripción de la grabación en videotape como registro oficial para la apelación.

Una publicación del “National Center for State Courts” del año 1998 señalaba que los únicos estados que expresamente permitían el uso de la grabación en cinta de video como registro oficial del testimonio oral para las apelaciones eran Alabama, Kentucky, Ohio, Tennessee y Vermont. Dicho informe también incluía, dentro del listado de Cortes que permitían el uso de registros electrónicos (sonido o sonido e imagen) para las apelaciones a la “United States Air Force Court of Criminal Appeals”, “United States Army Court of Criminal Appeals” y la “United States Court of Veterans Appeals”. La publicación del “National Center for State Courts” en general concluyó que las grabaciones electrónicas y los reportes taquigráficos eran equivalentes en eficiencia, pero que los primeros eran menos costosos que los segundos a pesar del costo inicial del equipamiento⁷⁹.

En la actualidad los tres métodos reseñados continúan siendo utilizados en EEUU dependiendo de las reglas procesales adoptadas por cada Estado.

Por su parte los tribunales criminales de Italia, para el año 2004, ya contaban con tres sistemas de registros, los que a la fecha continúan siendo utilizados simultáneamente: el primero de ellos consiste en dos grabadoras de video, micrófonos para todas las partes y una computadora que administra siete cámaras. El segundo es un sistema de audio especialmente creado para facilitar la reproducción de algún pasaje, mientras que el tercero, que a su vez está conectado al primero, sirve para transcribir electrónicamente los testimonios⁸⁰. Para la misma época, los tribunales del Reino Unido⁸¹ disponían de un software denominado LiveNote que permitía obtener una transcripción en tiempo real de las audiencias orales, siendo que la versión oficial final de la transcripción era publicada en el sitio Web en formato PDF dentro de las dos horas posteriores de concluidas las audiencias.

Canadá⁸² adoptó el sistema de grabación de audio digital como registro oficial de los procesos orales en los tribunales criminales para ser utilizados en el recurso de apelación.

Los tribunales penales internacionales no han sido ajenos al empleo de la tecnología en sus salas de juicio. Así las Reglas de Procedimiento y Evidencia del Tribunal Internacional para la Persecución de Personas Responsables por Serias Violaciones a la Ley Internacional Humanitaria cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia (TPIY), establece en la Regla 81, adoptada en febrero del año 1994, que el Secretario es el encargado de realizar y mantener un registro completo y preciso de todos los procedimientos, que incluye grabaciones de audio, transcripciones y asimismo, cuando la Cámara de Juicio (Trial Chamber), lo considere necesario, grabaciones en formato de video.

Las salas de juicio del TPIY incorporaron como herramienta indispensable para las transcripciones en tiempo real el ya mencionado software LiveNote, que es un programa comercial que permite a cada participante de la sala, ver durante el desarrollo de la audiencia y en tiempo real la transcripción de lo que cada testigo declara. En el año 2004 el TPIY incorporó también un producto llamado Ringtail, que es un nuevo software que ya venía siendo utilizado con éxito en los tribunales de

⁷⁹ Chua, *supra* nota 69, p. 611.

⁸⁰ Iria Giuffrida, Esq. Legal, “*Practical and Ethical implications of the use of technology in European Courtrooms*”, 12 Wm & Mary Bill Rts. J., 745, 2003-2004.

⁸¹ Jeremy Barnett, “*The United Kingdom*”, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J. 693, 2003-2004; Henry Brooke, “*The legal and Policy implications of courtroom technology: the emerging English experience*”, 12 Wm. & Mary Bill. Rts. J. 699, 2003-2004.

⁸² Julian Borkowski, “*Court Technology in Canada*”, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J. 685, 2003-2004;

Australia⁸³ y que se trata de un sistema que gestiona, controla y administra la exhibición de documentos y la transcripción en tiempo real de lo que se escucha en la Sala⁸⁴.

Si bien la transcripción brindada por LiveNote en tiempo real no resulta ser la versión oficial, este sistema permite a las partes contar al final de cada jornada con un borrador de los dichos de cada uno de los testigos que desfilaron por la Sala de Juicio.

Así también la Corte Penal Internacional ha optado por la registración audio visual de sus procedimientos. El Reglamento de la Secretaría ICC-BD/ 03-01-06, detalla la utilización de grabaciones de imagen y sonido como manera de documentar las audiencias y las Reglas del Procedimiento y la Evidencia de la Corte Penal internacional, prevén que estos registros, pueden ser utilizadas para los recursos de apelación como elementos de prueba.

Todos los tribunales penales internacionales han adoptado prácticamente los mismos sistemas y normativa legal en cuanto a los registros de las audiencias y su posterior utilización, destacándose entre ellos el Tribunal Criminal Internacional para Rwanda, las Cortes de Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia y Montenegro.

Como se dijo, básicamente tres son los métodos de registro utilizados en los tribunales criminales extranjeros: el más antiguo y que a la fecha continúa empleándose, es el escrito. Este sistema a su vez puede dividirse en otros dos, conocidos como: a) estenografía y b) stenomask o escritura de voz.

a) la estenografía, en su versión más simple, consistía en la escritura a “pluma” de símbolos que abreviaban palabras. Posteriormente la escritura a pluma fue reemplazada por el “Stenotype”, que, como ya se mencionó, es una máquina que contenía 21 teclas con símbolos. Las versiones modernas de este tipo de registro fueron, primero, la Transcripción Asistida por Computadora (CAT)⁸⁵ y posteriormente la Transcripción Asistida por Computadora en Tiempo Real o CART (real-time computer-aided) que permite obtener una transcripción en tiempo real de las notas taquigráficas que el reportero del Tribunal toma durante el juicio. El software disponible en la actualidad, si bien esta bastante avanzado, no puede convertir en texto legible todos los símbolos que son introducidos por el taquígrafo por lo que la precisión del registro depende de la destreza del mismo, no sólo en capturar lo que se dice en la sala de juicio sino también en capturar las palabras de manera tal que las computadora las entienda⁸⁶.

b) La escritura de voz (voice witting) es un sistema que consiste en una persona, el reportero oficial del tribunal, que en la sala de juicio repite dentro de una máscara, la que impide que su voz sea escuchada, todo lo que se va diciendo en el recinto. Así la voz del reportero es grabada en audio y esta grabación es utilizada luego para realizar el registro oficial del debate. En la actualidad este sistema es empleado con un software que permite que la voz sea convertida en un archivo de texto pudiéndose obtener de esta manera una transcripción en tiempo real que es utilizada como borrador en crudo que luego es editado correctamente⁸⁷.

⁸³ Ros Macdonald & Anne Wallace, “*Review of the extent of courtroom technology in Australia*”, 12 Wm. & Mary Bill Rts., J 649, 2003-2004.

⁸⁴ David Pimentel, “*Technology in a war crimes tribunal: recent experience at the ICTY*”, 12 Wm. & Mary Bill Rts. J., 715, 2003-2004.

⁸⁵ Keith Gorgos, “*Lost in Transcription: Why the Video Record Is Actually Verbatim*”, 57 Buff. L. Rev. 1069, 2009.

⁸⁶ Idem., p.1070.

⁸⁷ Idem., p.1067.

El segundo de los métodos utilizados consiste en la grabación en formato de audio, ya sea analógico o digital, del procedimiento oral en tanto que el tercer sistema empleado consiste en la grabación de imagen y sonido, en soportes de video VHS o digitales.

Desde los albores de la utilización de la taquígrafía en los tribunales anglosajones los críticos comenzaron a ocuparse de las falencias más sobresalientes de este tipo de registro. Así se objetó que la transcripción escrita priva al lector de importante información que ha sido presentada en el juicio ya que las entonaciones y acentuaciones con las que son emitidas las palabras no están reflejadas en el papel. Además, el lenguaje no verbal se encuentra ausente en la transcripción y el lenguaje verbal resulta ser muy difícil de transmitir a través de un texto. En la versión escrita todas las voces suenan igual.

Además, el taquígrafo es un ser humano y como tal está condenado a cometer errores. Estos errores se dan básicamente debido a que el taquígrafo muchas veces debe interpretar lo que se dice y por ende la transcripción no resulta ser literal y exacta. Algunas investigaciones sobre el tema han detectado dos clases de errores, los errores de forma y los errores de contenido. Los errores de contenido se dan cuando faltan palabras, frases, se cambia una palabra por otra o se altera el sentido de una expresión. Los errores de forma están asociados a la edición del texto y fundamentalmente se dan cuando el reportero coloca signos de puntuación o expresión de manera aleatoria y sin seguir reglas precisas al respecto. El taquígrafo o reportero del tribunal tiende a hacer tipos de ediciones al momento de realizar las transcripciones, que permanecen ocultas al lector, como ser correcciones, eliminaciones, reacomodamientos y restauraciones del lenguaje hablado, fundamentalmente cuando los hablantes son jueces, abogados o testigos expertos (peritos, profesionales, etc.) y esto se debe al sesgo de que “el orador bien educado” debe ser “bien hablado” y también a la idea de que el lenguaje que se registra por escrito debe necesariamente ser gramaticalmente correcto en su estructura y contenido.

Los rasgos o características de los dialectos, que son palabras o estructuras gramaticales que indican la región o cultura a la que pertenece el hablante, generalmente tampoco son incluidos en la transcripción, lo que reduce la información acerca del orador. El registro escrito, es incapaz de exhibir las distintas superposiciones de voces que se dan en el contexto de un juicio oral, por ejemplo no muestra si un testigo está siendo acosado por un abogado o por el juez o si se adelanta con su respuesta a la pregunta de una de las partes, pormenores todos que pueden tener importancia significativa al momento de evaluar el testimonio.

También se objeta que la comunicación humana es una compleja y sutil combinación de lenguaje y mensajes extra lingüísticos que se transmiten y reciben por todo el aparato sensorial. Estos rasgos extra lingüísticos que se transmiten incluyen los rasgos paralingüísticos⁸⁸ no verbales y los rasgos kinésicos⁸⁹

⁸⁸ La paralingüística es la parte del estudio de la comunicación humana que se interesa por los elementos que acompañan a las emisiones propiamente lingüísticas que constituyen señales e indicios, normalmente no verbales, que contextualizan y sugieren interpretaciones particulares de la información propiamente lingüística. Rasgos tales como la calidad de la voz (aguda, estridente, suave, temblorosa, grave, risueña) las variaciones en su entonación, énfasis, volumen, extensión (cuan corto o abreviado o extenso es lo que se dice), hesitaciones o silencios, los rellenos utilizados en el discurso (“um/uhm”, “hmm”, “eh”, “ah”, etc.), la velocidad que se le imprime al discurso y los silbidos, aullidos e imitaciones de sonidos utilizados.

⁸⁹ La kinésica o quinésica estudia el significado expresivo, apelativo o comunicativo de los movimientos corporales y de los gestos aprendidos o somatogénicos, no orales, de percepción visual, auditiva o táctil, solos o en relación con la estructura lingüística o paralingüística y con la situación comunicativa. También es conocido con el nombre de *lenguaje corporal*.

no verbales. Por más esfuerzo que pueda realizar el taquígrafo, estas características del lenguaje difícilmente puedan ser transmitidas al texto, privando al lector de ciertos rasgos del comportamiento del juez, el abogado y los testigos durante el juicio, tales como los gestos, el énfasis, el enfado, nerviosismo, evasivas, sonrisas o movimientos corporales que acompañaron a las palabras. Sostienen todas estas investigaciones que la semántica del lenguaje y los procesos cognitivos de un orador pueden ser comprendidos enteramente cuando el evento comunicativo es observado en su totalidad debido a la integración del lenguaje, el paralenguaje y la kinésica. También se sostiene que quien realiza el registro estenográfico del juicio, generalmente no resulta ser la misma persona que luego efectúa la transcripción final a la que tienen acceso las partes. En este sentido, por más experto y preparado que pueda ser quien prepara la versión final, el mismo no ha estado presente en el juicio y por tal motivo se ha visto necesariamente privado de ver al testigo a los ojos, de observar su lenguaje corporal, sus gestos, sus expresiones, la sala de debate y la distribución de las distintas personas allí presentes, situaciones que indican finalmente en la versión escrita final que entregue. También se dice que el taquígrafo puede omitir deliberadamente una parte de la declaración y pasar desapercibido, lo que es más difícil que suceda con otro tipo de registros como la grabación de sonido o imagen y sonido.

En síntesis se sostiene que la versión escrita es imprecisa e incapaz de reflejar de manera completa y acabada todo lo sucedido en la sala de juicio. Las falencias en cuanto a la exactitud y precisión del registro escrito no resultan ser inocuas. Keith Gorgos⁹⁰, siguiendo las implicancias de los estudios de Loftus⁹¹, ha señalado que la alteración en el texto del lenguaje hablado, aunque sea leve, puede impactar significativamente en el lector, el que puede formarse una idea errónea acerca de lo que realmente se dijo.

Como ya se habrá dado cuenta el lector a esta altura del ensayo, nuestro juez se encuentra en peores condiciones que un taquígrafo profesional toda vez que carece de la preparación necesaria para tomar notas precisas de todo cuanto sucede en la sala de juicio por lo que a la hora de redactar la sentencia deberá apoyarse en los resúmenes que haya recabado. Este procedimiento es problemático en dos sentidos: en primer lugar siempre existe una importante diferencia entre lo que el testigo realmente dijo y lo que el juez resume acerca de lo que dijo y en segundo lugar porque cualquier litigante, a la hora de preparar un recurso contra la sentencia de primera instancia, sabe el valor inestimable que tienen las palabras exactas empleadas por un testigo para contar un suceso⁹².

Los defensores de un sistema que incluya imagen y sonido, sostienen que este recrea lo ocurrido en el juicio y elimina, en muchos casos posteriores, debates acerca de lo que realmente sucedió en el

También puede definirse como la comunicación en la que intervienen movimientos corporales y gestos, en vez de (o además de) los sonidos, el lenguaje verbal u otras formas de comunicación. Los movimientos corporales que aportan significados especiales a la palabra oral durante un evento comunicativo, a veces pueden tener una intención y otras veces no tenerla. A veces usamos un gesto en lugar de una palabra o de un enunciado o dibujamos algo con las manos para complementar lo que decimos oralmente.

⁹⁰ Gorgos, supra nota 84, p. 1086.

⁹¹ Idem.

⁹² En igual sentido Gerald Walpin en “*American’s Adversarial and Jury systems: more likely to do justice*”, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 2003 pág. 181. El autor en dicho trabajo hace una crítica al sistema procesal alemán de corte inquisitivo y destaca entre sus fallas la carencia de registros exactos de los procesos orales.

recinto. En tal sentido diversos autores argumentan que la grabación electrónica de imagen y sonido serviría para comunicar el contenido de un juicio oral en vivo de manera asincrónica ante el tribunal de apelación, replicando “el espíritu del procedimiento”⁹³, brindando la más exacta recreación de lo que ha sucedido en el tribunal.

Este tipo de registro se puede lograr usando una cámara fija que capte una sola imagen o una imagen con múltiples cuadros que incluya cuatro o más imágenes de la cámara por separado. En este último caso las distintas cámaras son activadas por la voz de quien utiliza determinado micrófono de la sala y en conjunción con los avances tecnológicos de reconocimiento y grabación de voz, permite también obtener una transcripción integrada multimedia. Este último registro consiste en una transcripción de texto electrónico sincronizada con el audio y video captado durante el juicio y que aparece cuando el texto electrónico es seleccionado con el botón del mouse de la computadora, precisamente para recrear ese momento de la declaración. Así el texto puede ser buscado, y el sonido y la imagen sólo aparecen cuando sea necesario recurrir a ellos⁹⁴.

Si bien es difícil establecer si la tecnología de la que estamos hablando resulta ser un sustituto adecuado que permita replicar ante el tribunal de apelación lo que el juez de primera instancia observó, un registro de imagen y sonido, sostienen sus adeptos, es muy probable que refleje con precisión lo que este oyó y vio. Está claro que con la tecnología existente a la fecha es imposible captar lo que se pueda haber percibido a través del tacto o del olfato, pero este tipo de percepciones rara vez figuran en la sentencias. De esta manera la mayoría de los problemas que se suscitan en el recurso y que hacen a los testimonios brindados en el juicio, se pueden resolver después de escuchar la información que una fuente de prueba pueda haber aportado en el debate o de ver sólo una parte pequeña del juicio, de ser indispensable contar con la imagen de lo ocurrido.

Se destaca que el mayor beneficio de la video filmación es que los factores interpersonales no pueden afectar su performance ya que la cámara carece de inteligencia y es incapaz de interactuar con los jueces y abogados y por consiguiente, no es susceptible de ser alcanzada por algún tipo de sesgo al momento de captar las imágenes como así tampoco es pasible de verse afectada por cuestionamientos a su reputación. La video grabación o grabación digital de sonido e imagen, provee un completo y preciso registro del lenguaje hablado y de los rasgos y otros actos no verbales que ocurren durante el juicio y que son generados por los testigos, abogados y jueces. A modo de ejemplo, estudios realizados sobre el lenguaje no verbal han revelado que cuando los jueces exhiben significativo comportamiento no verbal, que puede ser voluntario o involuntario, el mismo puede filtrarse en las creencias subyacentes de los jurados. Esto sucede por ejemplo, cuando el juez se agarra la cabeza ante la respuesta de un testigo, gira 360 grados en su silla, hace gestos con sus manos, muestra fastidio o desagrado ante la presencia del imputado, da instrucciones a los jurados con determinada entonación de voz. Así estas investigaciones han establecido que el comportamiento no verbal del juez del juicio

⁹³ William Weber, “*Real-Time Technology Saves Time, Eases Research*”, Nat'l L.J., Aug. 13, 2001, at B15.

⁹⁴ Según reporta Lederer, supra nota 68, p. 251, en el año 2000 el Proyecto de Sala de audiencia de McGlothlin, “The Courtroom 21 Project”, contaba ya con capacidad tecnológica para producir registros multimedia de juicios. “The Courtroom 21 Project” es un proyecto educativo patrocinado por William & Mary School of Law y el Centro Nacional para Tribunales Estatales. Este proyecto, entre otras cosas, busca determinar cómo usar la tecnología apropiada para mejorar la administración de justicia en sistemas jurídicos del mundo. La Sala de juicio McGlothlin de la William & Mary Law School, es la sala de juicio y apelaciones tecnológicamente más avanzada más del mundo.

puede tener relación entre la comunicación no verbal transmitida por él y el veredicto al que pueda arribar el jurado⁹⁵.

El registro en video puede solucionar instantáneamente cualquier disputa acerca de lo que un testigo dijo y como lo dijo. También preserva los eventuales comportamientos perjudiciales y hostiles de los jueces hacia los imputados, abogados o testigos, información esta que estará disponible para el tribunal de apelación ante una posible revisión de lo ocurrido en el juicio, llegándose incluso a sugerir que el uso de la video grabación en las salas de juicio mejora la conducta de los magistrados y los litigantes por la mera presencia de las cámaras en el recinto⁹⁶. Por su parte estudios sobre los costos de este tipo de equipamiento en los tribunales, indican que si bien la inversión inicial puede ser elevada, su posterior empleo la amortiza ya que su mantenimiento y uso resulta ser menos costoso que tener taquígrafos profesionales en los tribunales como empleados asalariados⁹⁷.

En contra del registro audiovisual se argumenta, entre otras cosas, que el mismo difícilmente pueda recrear lo ocurrido en la sala de juicio toda vez que la cámara solamente capta un área limitada del recinto quedando fuera de su alcance eventos importantes que pueden haber ocurrido en la sala y que sí han sido presenciados por quienes han estado en el juicio. Si bien se sostiene que ésta falencia ha mejorado notablemente con la utilización de múltiples cámaras que captan diferentes áreas del recinto, estos problemas aún persisten toda vez que las mismas no logran cubrir la totalidad de la sala de audiencia y asimismo, al activarse en muchos casos con la voz, generalmente solo se encuentra grabando, en determinado momento, aquella que enfoca al hablante, lo que implica que al posterior espectador del registro audiovisual le falte información sobre lo que ha ocurrido fuera del foco de la cámara para poder evaluar, en contexto, el comportamiento de quien ha sido filmado⁹⁸. También se sostiene que las cámaras generalmente no tienen la resolución necesaria para poder apreciar algunas expresiones faciales que servirían para indicar si un testigo dice o no la verdad. Todo esto inhabilitaría, según sus detractores, al tribunal de apelaciones poder evaluar la credibilidad de un testigo a través de este tipo de registro.

Entre los autores de habla hispana, Perfecto Andrés Ibañez sostiene que "...el mejor modo de documentar los juicios es el acta literal (incluyendo preguntas y respuestas, así como todas sus incidencias), mediante el recurso a la estenotipia,....prescindiendo...de la grabación de imagen"⁹⁹. Descarta un registro que incluya imagen y sonido por entender también, que el lenguaje gestual muchas veces resulta ser ambiguo e impreciso, inclinándose por un registro escrito, por entender además, que el acta escrita permite trabajar con rapidez a contrario de lo que ocurre con el DVD que obliga a los tribunales de apelación a seguir el desarrollo del juicio que se debe revisar en tiempo real,

⁹⁵ Ann Burnett & Diana M. Badzinski, "*Judge Nonverbal Communication on Trial: Do Mock Trial Jurors Notice?*", 55 J. Comm. 209, 217 (2005), también en Shoretz, Rochelle, "*Let the record show: modifying appellate review procedures for errors of prejudicial nonverbal communication by trial judges*", 95 Colum. L. Rev. 1273, 1995.

⁹⁶ Bethy A. Pearson & Rebecca White Berch, "*Video Depositions: Linguistic Endorsement and Caveats, in Language and the Law*", 177, John Gibbons ed., 1994.

⁹⁷ Fredric I. Lederer, "*The road to the virtual courtroom? A Consideration of today's- and tomorrow's - High-Technology Courtrooms*", 50, S. C. L. Rev, 799, 1998-1999.

⁹⁸ Bernadette Mary Donovan, "*Deférence in a Digital age: The video record and appellate review*", 96 Va. L. Rev. 643, 2010.

⁹⁹ Ibañez, supra nota 15, p. 67/68 nota 87.

con el dispendio que ello genera. Por su parte Jeremy A. Blumenthal¹⁰⁰, en trabajos previos a los de Minzner y Vrij ya mencionados, también destacaba la ineficiencia del comportamiento del cuerpo para detectar la mentira, sosteniendo inclusive, que la evaluación del sonido de la voz de un testigo es un indicador fiable para aquellas situaciones que requieren exponer el engaño¹⁰¹, inclinándose por un registro que contenga la expresión vocal completa, sobre todo para ser utilizado en la instancia de revisión.

El registro sonoro, por su parte, también ha sido objeto de varias críticas, entre las más importantes, se destaca la imposibilidad de poder transmitir al oyente una recreación acabada de todo cuanto ha sucedido en la sala de audiencia toda vez que no puede reflejar de ninguna manera el comportamiento no verbal de las partes o el juez en el recinto como así tampoco puede mostrar visualmente evidencia que haya sido introducida al proceso durante el debate. Asimismo, se discute en algunas investigaciones, que el análisis de la voz a través del método “VSA” (voice stress análisis) sea eficaz para establecer la credibilidad del hablante¹⁰².

Si bien varios trabajos empíricos han demostrado que ninguno de los métodos de registro reseñados puede recrear completamente el juicio en vivo y en directo, en su mayoría concluyen que los sistemas de audio y de audio e imagen, resultan ser superiores a la transcripción escrita en cuanto a su aptitud para aproximarse a la percepción del testimonio en vivo¹⁰³. Debemos tener en cuenta que la actual tecnología digital permite obtener los tres tipos de registros descriptos de manera simultánea. Como ya se vio, hoy es posible contar con un registro que contenga la información visual y sonora por un lado, y al mismo tiempo obtener una transcripción escrita en tiempo real de lo que el testigo haya declarado. La tecnología digital facilita la obtención de una transcripción integrada multimedia que posibilita visualizar la imagen, el sonido y el texto simultáneamente y permite elegir cualquiera de estos tres elementos con una simple operación en el ordenador. Es por ello que un registro de estas características resulta ser el adecuado para recrear de manera más fidedigna el juicio en la instancia de apelación.

Para ir finalizando resta decir que una correcta reglamentación de la utilización de un registro integrado multimedia como registro oficial en la apelación, debería prever el empleo del registro escrito para todas aquellas cuestiones que hayan quedado fidedignamente reflejadas en el papel y no requieran de la complementación de la imagen visual y sonora para su interpretación. Por ejemplo, cuando lo que está en discusión es el contenido de la declaración en cuanto a lo que el testigo dijo y la transcripción refleja correctamente la información aportada por este. En este caso la simple lectura de su declaración puede ser un medio eficaz para demostrar la inexactitud de la información volcada por el juez en la sentencia. Por su parte la utilización del soporte de audio podría dejarse para aquellos casos en que el registro escrito sea incapaz de mostrar algún evento ocurrido en el recinto, como por

¹⁰⁰ Jeremy Blumenthal, “*A Wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility*”, 72, Neb. L. Rev. 1157. 1993.

¹⁰¹ Idem., p. 1201.

¹⁰² Angela Tapias y otro, “*Análisis de un falso testigo bien intencionado usando el Voyce Stress Analysis (VSA)*”, disponible en <http://psicologiajuridica.org/psj224.html>.

¹⁰³ Gerald R. Williams y otros, “*Juror Perceptions of Trial testimony as a Function of the Method of Presentation: A Comparison of Live, Color Video, Black and White Video, Audio, and Transcript Presentations*”, Brigham Young University Law Review, 376-413, 1975.

ejemplo, la grabación muestra debidamente las constantes interrupciones a las que fue sometido el testigo durante su declaración o la manera irrespetuosa en que el juez se dirigió al imputado a la defensa. Por último la utilización del registro audiovisual debería ser reglamentada para todos aquellos casos en que su exhibición se torne indispensable. Esta situación se daría cuando el registro audiovisual contenga eventos no verbales, por ejemplo, la imagen exhiba inequívocamente comportamiento no verbal hostil hacia el acusado o alguna parte, cuando su exhibición se torne necesaria para observar evidencia introducida durante el debate, o cuando la imagen complemente el testimonio de quien ha recurrido a señas o gestos para indicar a personas o cosas), descartándola para todos aquellos supuestos en que contenga sólo lenguaje no verbal que se pretenda hacer valer para desmerecer la credibilidad del hablante¹⁰⁴.

CONCLUSIONES

En la existencia propia del recurso subyace la idea del error humano y la falibilidad de sus decisiones. Si bien esto parece haberse entendido así desde muy antiguo, sistemas procesales como el nuestro sesgados por una concepción continental del proceso penal como ser el hallazgo de la verdad material, aún mantienen alejado del control de los tribunales revisores cuestiones relacionadas con la determinación de los hechos y la valoración de la prueba, en las cuales los jueces, continúan siendo soberanos. Paradójicamente se mantiene alejado del control todo lo relacionado con la percepción directa del juzgador cuando esa resulta ser la puerta de entrada de los errores cognitivos al momento de procesar la información obtenida en el juicio, circunstancia que empeora aún más con estándares de valoración de prueba, como el nuestro, netamente subjetivos.

Contar con registros exactos de los juicios orales, para ser utilizados al momento de plantear la revisión de una decisión de condena es una forma plausible de minimizar el riesgo de cometer errores (condenas falsas y absoluciones falsas). Un sistema procesal que en su confección prevea un recurso amplio y exhaustivo y permita al tribunal revisor examinar la prueba producida y sobre la cual las partes han discutido en el juicio, asegura una mejor distribución del error judicial¹⁰⁵. De esta manera los hechos objeto de discusión deberán ser los que han quedado establecidos durante el contradictorio y que han sido completamente registrados. Esa información y no otra, es la que deberá analizar el tribunal revisor al momento de evaluar la precisión del fallo de condena¹⁰⁶.

Para finalizar resta decir que de lo que se trata aquí es de lograr un balance entre la finalidad del proceso y su eficacia “la finalidad es una parte fundamental del sistema legal – la revisión debe terminar en algún momento. Sin embargo, la precisión es importante, y limitar a un tribunal de apelación en un primer pedido del recurrente de tener acceso a información potencialmente determinante probablemente impacte en nuestra ciudadanía como algo escandaloso. Eficiencia y

¹⁰⁴ Para un desarrollo más detallado de la utilización de los registros audiovisuales en las Cortes de apelaciones de EEUU ver Donovan, nota supra 97.

¹⁰⁵ Laudan, Larry, “*Truth, Error and Criminal Law: Essays in legal Epistemology*”, 28/4/2006.

¹⁰⁶ Mi postura en nada se opone a la producción, durante la apelación, de toda aquella prueba que por algún motivo ajeno a la parte no haya podido ser rendida durante el debate.

finalidad por lo tanto siempre deben ser equilibradas por la precisión y la confianza pública en el sistema legal".¹⁰⁷

¹⁰⁷ Lederer, supra nota 68, p. 261.