

Juicio por jurados. Derecho a la confrontación de testigos

TEDH. *Case of Okropiridze v. Georgia*, 7 de septiembre de 2023

Por Andrés Harfuch¹

Prescindir de la confrontación porque el testimonio es obviamente confiable es similar a prescindir del juicio por jurados porque un acusado es obviamente culpable.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Crawford vs. Washington (2004)

1. Breve introducción

El TEDH confirmó la convencionalidad de una condena por homicidio en un juicio por jurados debido a la existencia de un testigo directo que presencié el crimen y también por pruebas materiales determinantes, como sus huellas dactilares en el coche del acusado VB, grabaciones de cámaras de video vigilancia que muestran al auto y su ropa encontrada en el apartamento de su abuela, tras un aviso de su novia TA (TEDH, 2023).

A pesar de no necesitar decir nada más para confirmar el veredicto de culpabilidad del jurado, el TEDH aprovechó el argumento del apelante para cuestionar severamente la admisibilidad de la declaración de una importante testigo ausente del juicio por jurados (TA, novia del acusado) que declaró

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Miembro de la Junta Directiva del INECIP. Defensor General del Departamento Judicial de San Martín.

en videograbación ante un notario en otro país (Estados Unidos) sin confrontación de la defensa. El juez le permitió al fiscal mostrarle el video al jurado. También se refirió críticamente a la admisibilidad de cuatro testigos de oídas o por rumores.

Compararemos este fallo con la superlativa regla delineada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en *Crawford vs Washington* de 2004, que erradicó por violatorias a la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda los subterfugios para admitir testimonios de oídas o ausentes que, no obstante, son los que el TEDH emplea para rechazar el agravio del apelante.

En el célebre fallo *Crawford*, la opinión unánime emitida por el juez Scalia dictaminó que la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda otorga a los acusados dos cosas fundamentales: 1) el derecho a confrontar a los testigos y 2) a contraexaminar su testimonio. Esto incluye a los testigos que la policía o el fiscal interrogan durante la investigación. La Corte razonó que los redactores de la Constitución de los Estados Unidos, por expresas razones políticas e históricas desarrolladas por siglos en el *common law*, pretendían que la Cláusula de Confrontación prohibiera el testimonio extrajudicial fuera del juicio público como prueba contra los acusados.

Cierta jurisprudencia permisiva del pasado hizo que en los Estados Unidos, al igual que lo hace todavía Georgia y parcialmente la Argentina, se autorizaran la admisibilidad en el juicio de testimonios de oídas y/o ausentes en video con la condición de que dichas pruebas “posean garantías particularizadas de confiabilidad”, que debían ser evaluadas por los jueces.

La Corte Suprema en *Crawford* barrió con ese argumento por considerarlo “amorfo”, “puramente subjetivo e indeterminado”, “imprevisible”, “por darle demasiados poderes discrecionales al juez”, “por priorizar una norma de equilibrio abierta en detrimento de una garantía constitucional” pero, fundamentalmente, por violentar la Cláusula de Confrontación de la Sexta Enmienda.

Sostuvo, entonces, que los interrogatorios previos de testigos de cargo que no estén disponibles para el juicio oral no pueden admitirse sin la confrontación del testigo y un contraexamen del abogado defensor.

Mandó así un mensaje inequívoco al mundo: toda la prueba de cargo debe ser indefectiblemente rendida en el juicio oral y público, delante del jurado y para que el acusado y su abogado defensor puedan confrontarla en el contraexamen, como única derivación posible de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La inviolabilidad de la defensa en juicio prevista en el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina solo puede ser interpretada en este único sentido: derecho de defensa es derecho de confrontación (Penna, 2024).

La confrontación de los testigos de cargo es inviolable. En esencia, en materia penal, “el principio de contradicción es la forma en que se manifiesta el derecho de defensa del imputado” e “implica que todo elemento que es utilizado por el acusador para fundar su pretensión de condena debe poder ser confrontado o contradicho por el acusado” (Binder, 2022: 309-312).

El TEDH, aun con las contradicciones argumentales que veremos y los límites autoimpuestos en respeto a la soberanía de cada Estado Miembro sobre la regulación de la admisibilidad de los medios de prueba,² respalda el sistema de jurados de Georgia y refuerza la centralidad absoluta del juicio oral. También demuestra que el juicio por jurados, como lo hizo a lo largo de la historia, es el escenario natural para el avance y desarrollo de una discusión seria del derecho probatorio en el marco de un derecho penal liberal y garantista.

2. Exposición de los hechos y controversia del caso

El tema más importante que el caso en análisis trata es el claro llamado de atención del TEDH a los recurrentes atajos que emplean fiscales y jueces para eludir la comparecencia y la posterior confrontación de los testigos de cargo que han dado información por fuera del juicio público. Dichos atajos fueron la norma habitual de la Inquisición y siguen vigentes en el *civil law* europeo continental de tipo mixto, pero también han existido en menor medida en el *common law*.

Lo cual es lógico conforme al concepto base que anida en el seno mismo de la justicia penal, que es la antinomia fundamental entre “eficiencia” y “garantía”. Binder nos lo enseña con toda claridad, y es el punto de partida indispensable para abordar esta discusión:

Proponemos utilizar como concepto base, en sustitución de la idea del proceso como un conjunto de trámites, lo que constituye la antinomia fundamental del proceso penal, esto es, la contraposición esencial y básica entre la búsqueda de la eficacia y los límites al poder punitivo (Binder, 2013: 99-106).

En la base de toda norma penal (y de todo caso penal que es litigado en corte abierta) anida siempre esta tensión fundamental, que caracteriza y desarrolla mejor que nadie el sistema acusatorio y adversarial: por un lado, la necesidad político criminal de búsqueda de “eficacia” del programa punitivo (esclarecer y castigar un crimen) y, por el otro, y a la vez contrapuesto a ella, los “límites” que en defensa de la libertad y la dignidad humana se han creado (protección del ciudadano acusado) (*Idem*, 114).

En la justicia penal coexisten ambas fuerzas, en permanente conflicto, choque y tensión. A veces se inclinará para un lado y el fiscal logrará probar la verdad de su hipótesis acusatoria. A veces se inclinará para el otro y el jurado o juez deberán absolver porque el fiscal no logró probar la verdad de su

2 El TEDH trata en general la admisibilidad de las pruebas como un asunto de regulación del derecho nacional y de los tribunales nacionales, por lo que su única preocupación es examinar si los procedimientos se desarrollaron de forma imparcial. Este es un punto de partida fundamental de este trabajo, ya que el propio TEDH reconoce ciertos límites para intervenir en el diseño de la admisibilidad de las pruebas de cada país. Es parte, como siempre, de los equilibrios políticos que los tribunales internacionales deben mantener para la cohesión del bloque, integrado por países con tradiciones jurídicas muy diferentes, por no decir antagónicas. Por tal razón, cuando se analizan las leyes de Georgia o de Argentina sobre la admisibilidad o no de los testigos de oídas o ausentes, nos daremos cuenta de que son muy diferentes a las de Inglaterra, Escocia, Irlanda, Puerto Rico, Canadá o de cualquier país del *common law* (TEDH, 2010, párr. 163).

acusación más allá de toda duda razonable. Hacia cómo se resolverá esa antinomia fundamental se dirigen los consensos sociales, algunos básicos y explícitos y otros, como los de este caso que aborda el TEDH, más sutiles.

Ejemplo clásico y evidente: por más que sepamos que en un domicilio se encuentran todas las bicicletas robadas imprescindibles para esclarecer el robo y alcanzar la verdad (eficacia), deberá la fiscalía contar con una orden de allanamiento de un juez para poder entrar en el domicilio del acusado (garantía).

No es posible allanar sin orden. En esos casos la eficacia debe ceder ante la mínima exigencia de la norma de garantía. La eficacia es así revestida de límites propios de la dignidad humana porque hacen a la esencia misma del desarrollo de los derechos humanos desde el siglo XVIII en adelante. Como bien dice Maier, la averiguación de la verdad como meta absoluta del procedimiento, tan típica de la Inquisición y justificadora de la tortura y las pruebas legales, ya no existe más y ha sido limitada, hasta al punto de hacerla ceder en ciertas ocasiones, para afirmar valores superiores encarnados en el programa de garantías de la Constitución (Maier, 1996, cap. VI).

Ejemplo sutil de este caso: cuatro testigos que ayudaron a huir al acusado a Rusia le escucharon decir que tenía que fugarse porque había matado a un hombre. La fiscalía llevó a esos testigos al juicio por jurados para probar su autoría en el crimen como confesión oblicua (eficacia), pero los mismos son inadmisibles por ser testigos de oídas o rumores (dichos de dichos o hearsay), que no pudieron ser confrontados por el defensor del acusado cuando dicha supuesta declaración se emitió por fuera del juicio (garantía).

Es decir, tanto con la testigo ausente que declara en video (porque se fue a vivir a otro país) como con estos testigos de oídas, el fiscal pretende llevar información al jurado que fue brindada por fuera del juicio y sin control alguno *ex ante* de la defensa.

El interrogante de siempre es: ¿deben ser admitidos esos testigos o no? ¿Eficacia o garantía? ¿Dónde está el límite?

En materia de derecho probatorio, los atajos más modernos en favor de inclinar la balanza hacia la eficacia, que fueron barridos por completo en *Crawford* y que todavía permanecen en legislaciones del *civil law* como Georgia –y en parte la Argentina– y de la interpretación devaluada y timorata del TEDH, son los que admiten testigos ausentes o de oídas sin confrontación en tanto provengan de fuentes confiables o presenten indicios de confiabilidad o que haya habido suficientes medidas de contrapeso o contrabalanceo.³

3 Entre tales medidas, se considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la existencia de instrucciones en tal sentido al jurado; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo ausente; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí ha podido desafiar en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video); si se ha dado al acusado y su defensa la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros testigos; la posibilidad (cuando la identidad del testigo es conocida por la defensa) de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener ningún motivo para mentir o si pudo haberse equivocado, etc. (TEDH, 2011, párrs. 147-165 y 2015, párrs. 107, 114-116, 125-131 y 145-160).

De allí que es evidente cómo quedan expuestos los dos modelos: o el juicio es oral y público y toda la prueba se produce en corte abierta delante del jurado y con plena confrontación de la defensa o, como en este caso, se admite información producida “fuera” del juicio, sin confrontación y afectando la garantía constitucional de la defensa en juicio. Porque eso es lo que sucede cuando dicha información pretende ser ingresada “dentro” del juicio por vía de testimonios de oídas o de testigos ausentes que declaran en video y que jamás estuvieron frente a frente con el abogado defensor.

En definitiva, la pomposa enumeración de “medidas de contrapeso o contrabalanceo” que hace el TEDH no es otra cosa que una larga lista de atajos utilizados para diluir la centralidad absoluta del juicio oral y público y para admitir en el juicio información que fue producida fuera de él, sin control alguno *ex ante* de la defensa. Ninguno de esos atajos puede suplir jamás la eficaz tarea de un litigante en el contraexamen delante de un jurado y en corte abierta.

Dichas “medidas de contrapeso o contrabalanceo” son exactamente lo mismo que “las garantías particularizadas de confiabilidad” que también usaron los estadounidenses entre 1980 y 2004 y al que el *leading case Crawford* les puso punto final por violar la Constitución.

Los estadounidenses habían relajado sutilmente este principio con el correr de los años. Bajo el rimbombante eufemismo de “las garantías particularizadas de confiabilidad”, desarrollaron un *caselaw* que les permitió durante años a los fiscales meter por la ventana información de cargo al juicio que los *framers* jamás habrían tolerado. Es decir, se fueron inclinando más y más hacia el valor de la eficacia en desmedro de la inadmisibilidad (garantía).

Allí apareció con toda su fuerza *Crawford vs. Washington* para volver a las fuentes y derogar el funesto precedente *Roberts vs Ohio*. La sentencia veda la competencia legislativa o jurisprudencial para crear nuevas excepciones al *hearsay* y advierte que la regulación es directamente por Constitución.

Por eso es importante este fallo del TEDH que aquí se comenta. Compartimos con el Tribunal que el juicio por jurados inserto en el modelo cultural del procedimiento penal del continente europeo no es otro que el heredero de la Inquisición. Debido a esta deformación cultural atentatoria de la inviolabilidad de la defensa en juicio, si una testigo clave declara en video porque se fue a vivir a otro país y no concurre al juicio, o si se admiten testigos que escucharon cosas que otros (que no vienen al juicio) les dijeron (rumores o *hearsay*), o si se incorporan de manera natural por lectura testimonios escritos de la instrucción, tal cosa no nos llama demasiado la atención.

Somos y hemos sido histórica y culturalmente más permisivos con pruebas que son de baja calidad y poco confiables. En definitiva, toleramos procesos penales en donde el rendimiento de la garantía de defensa en juicio es devaluado sin mayor problema, si es que lo comparamos con la robustez que posee la misma práctica en los países del *common law* que operan con jurados (Harfuch, 2019: 365).

Recordemos siempre la famosa cita de Ernst Beling en 1928:

El sistema inquisitorio de la época pandectista se convirtió, en gran parte, en un instrumento del Poder, desconocedor de los intereses individuales. Así dijo Voltaire: *Les formes, en France, ont été inventées pour*

perdre les innocents. Por el contrario, en Inglaterra se pone de relieve el hecho de que el proceso penal es un fair trial y que debe tratarse al acusado como a un gentleman. En este clásico país del liberalismo el proceso penal se aproxima al proceso civil, lo que significa un robustecimiento de la posición del acusado (Beling, 2000, 21).

Dicho esto, el fallo del TEDH deja establecido que el testimonio de la mujer que declaró por video desde EE.UU. no debió ser admitido y puso reparos al contenido de oídas (*hearsay*) de cuatro de los testigos. Deja a salvo la condena arribada por la justicia georgiana porque los vicios no eran dirimentes (debido a la existencia de prueba directa y material independiente) y, por lo tanto, concluyó que no se violaron el artículo 6.1 y el 6.3 d) del CEDH.

El valor (intrínseco, por cierto) del fallo es que deja el principio fijado de que tales pruebas son, en principio, inadmisibles y cuestionables.

La contracara, tan típica de las idas y vueltas del TEDH (que se resiste a aplicar tan altos estándares de límites a los acusadores, a pesar de los continuos reclamos de Inglaterra en el seno del bloque europeo) es que luego emplea los mismos justificativos de cuño inquisitorial para avalarlas *ex post* del derogado fallo *Roberts*, como por ejemplo, lo que ella denomina “medidas de contrapeso o contrabalanceo”, que desde luego serían repudiados no solo por la doctrina *Crawford*, sino por la tradición misma del sistema acusatorio adversarial, por ser violatorias a la defensa en juicio.

En resumen, no puede pasarse por alto que la expansión del juicio por jurados en los países del *civil law* como Georgia y Argentina (que tienen jurado clásico de doce miembros con regla de unanimidad y variantes menores) provocó lo mismo que desencadenó el jurado en los países del *common law* desde el siglo XIII en adelante, que es haber configurado el derecho probatorio con un nivel de discusión sin par.

La consecuencia más inmediata para los países del *civil law* que están adoptando el juicio por jurados es que obliga a sus sistemas de justicia a extremar los recaudos en torno a la admisibilidad y/o exclusión de la evidencia y a discutir en serio, con rigor y profundidad las pruebas. Pero, por sobre todo, reafirma que el principio cardinal es que los testigos tienen que declarar en el juicio público ante el jurado y no cualquier excusa es válida.

3. El jurado de Georgia como antídoto contra la corrupción judicial y como garante del juicio imparcial (*fair trial*)

Es imposible no reparar en un hecho incuestionable, frente a las diatribas que todavía una parte del pensamiento dogmático del *civil law* le dispensa a este modelo de enjuiciamiento: el juicio por jurados es el prototipo del juicio imparcial (*fair trial*) (Binder y otros, 2015: 47 y ss.). Es sinónimo de máxima transparencia, independencia total frente al caso y con casi nulas chances de ser corrompido (Mittermaier, 2024: 43 y 44).

Tanto en Georgia como en la Argentina el juicio por jurados llegó de la mano de una exigencia constitucional largamente incumplida y, también y en parte, de un extendido descrédito en el Poder Judicial.

Pero hubo en el caso de Georgia algo que no sucedió en la Argentina: la necesidad imperiosa que tenían de que la implementación del jurado los ayudara a equilibrar la ratio de condenas/absoluciones.

Los propios legisladores georgianos resaltaron que uno de los objetivos fundamentales de la adopción del juicio por jurados era reducir las tasas de condenas en Georgia, que llegaban a casi el 100% de las personas acusadas de un delito. Al igual que sucedió en la Unión Soviética y en todas las repúblicas que luego se independizaron de ella, la acusación del fiscal obtenía el éxito en el 99,9% de los casos.

El juicio imparcial era allí una falacia, un abuso del poder persecutor y no existía la menor chance de obtener una absolución. El juicio era literalmente una parodia dirigida por el fiscal y aprobada por el juez (AA.VV., 2015: 38-41).

La reintroducción del juicio por jurados clásico en Rusia, tras la caída del comunismo en 1991, tuvo el específico propósito de aumentar las absoluciones.

No solo fue un problema del comunismo o de la Unión Soviética. También Japón introdujo el juicio por jurados en 2009 para bajar la impresionante tasa de condenas (98,9%) (Fukurai, 2009: 1-23).

Desde que en 1993 se reinstauró el juicio por jurados en Rusia, la tasa de absoluciones del jurado se situó en el promedio mundial de 23% de los países con Estado de derecho, contrastado contra el 1% de los jueces profesionales previo a la introducción del jurado (Ziyadov, 2013). El mismo fenómeno de aumento inmediato de las absoluciones hacia una variable de aceptable normalidad en juicio justo (20% a 23% contra 78% a 80% de condenas) se verificó en Japón y en Georgia (Lomzadse, 2010).

Claro que la autocracia rusa se asustó pronto con tantas absoluciones. Tradiciones varias veces centenarias de castigos desmedidos sin contradicción y de una fuerte cultura burocrática e inquisitorial generaron una solapada contrarreforma. Los tribunales superiores rusos y su Corte Suprema comenzaron a declarar nulas varias absoluciones y ordenar nuevos juicios, aun contra la letra expresa de la ley que consagra la firmeza total de los veredictos de absolución del jurado (Thaman, 2001).

Afortunadamente ni Georgia ni Argentina cayeron en esa trampa de restauración inquisitorial atentatoria del derecho humano al *non bis inidem* y mantuvieron a rajatabla la firmeza del veredicto de no culpabilidad del jurado.

Pero el otro componente que justificó ampliamente la introducción del jurado en la República de Georgia fue la rampante corrupción judicial que asolaba a su sistema de justicia. El pueblo georgiano descreía profundamente de sus jueces. Ello tenía que ver con la forma de resolver los conflictos criminales. La cultura inquisitorial imperante en Georgia creó tales formas de corrupción en sus jueces a lo largo de cientos de años que los georgianos prefirieron métodos alternativos al proceso formal de los tribunales.

Como bien señala el jurista georgiano Giorgi Lomzadse,

durante la era soviética, y hasta los primeros años de la experiencia postsoviética de Georgia, muchos georgianos hicieron todo lo posible para mantener fuera de los las disputas, incluso los incidentes criminales, fuera de los tribunales. En muchos casos, los jefes del hampa, conocidos como *kanonieri kurdi*, actuaron como árbitros vinculantes de facto en una amplia variedad de disputas. Era mucho más eficiente resolver una disputa civil, o incluso una disputa criminal, a través de *kanonieri kurdi* que a través de tribunales de justicia totalmente corruptos. En medio de la caída de la confianza popular en el sistema de justicia de Georgia, el sistema de jurados puede promover la percepción de independencia judicial (Lomzadse, 2010).

Hay datos duros que comprueban la afirmación de que el jurado es el mejor sistema de enjuiciamiento para asegurar el castigo a los culpables y, a la vez, proteger a los inocentes. A partir de la célebre investigación empírica de Kalven y Zeisel en la década de 1960 en los Estados Unidos, se comprobó mediante el método científico de las ciencias sociales en 3500 casos que en el 78% de los casos los jueces técnicos coinciden con los veredictos de los jurados. Lo interesante es que en el 22% restante, los jurados absolvieron cuando los jueces hubieran condenado (Kalven y Zeisel, 1966). Cuarenta y cinco años después, un estudio similar reveló, asombrosamente, que dicha cifra se mantenía incólume, pero logró probar una nueva muy fuerte: los jueces condenan más porque “simplemente aparecen teniendo un mayor umbral de condena que los jurados” (Eisenberg y otros, 2005: 204). El jurado de todas las latitudes, como se comprobó con el mismo método en Argentina, se comporta del mismo modo (76% de acuerdos vs. 23% en que el jurado hubiera absuelto cuando el juez hubiera condenado) (Porterie y Romano, 2018: 156).

Como hemos señalado, todavía existen críticos al juicio por jurados en la Argentina y en el resto del *civil law* que pasan por alto con ligereza esta característica esencial que lo ha hecho tan popular en el mundo. El jurado es indiscutidamente un símbolo de la democratización del Poder Judicial y representa el mejor antídoto contra la corrupción en los tribunales. Además, es el sistema que mejor garantiza un juicio imparcial para las partes y, sobre todo, para el acusado que se enfrenta a la maquinaria estatal persecutoria. El jurado es el verdadero garante de la imparcialidad y las libertades individuales.

4. Marco constitucional sobre la confrontación. Intensidades

No hay duda de que la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es la que protege con mayor celo e intensidad en el mundo el derecho humano básico de cualquier persona acusada a confrontar a los testigos de cargo en corte abierta delante de un jurado imparcial de doce vecinos para poder contraexaminarlo. Es el estándar más alto que existe.

En Inglaterra, cuna del jurado, la Constitución no está escrita, pero está presente en sus precedentes y leyes. Los ingleses no hablan estrictamente “de derecho a la confrontación”, sino que lo hacen por la negativa como *rule against hearsay* (regla contra los testimonios de oídas). Así define y regula el *hearsay* el derecho inglés. El artículo 114 de la Criminal Justice Act 2003 define al testimonio de oídas “como cualquier declaración no hecha de manera oral durante el procedimiento”. Cualquier prueba que no sea rendida en el juicio público para probar la verdad de un hecho es prueba de oídas. La regla general es que tal declaración es inadmisibile para probar la verdad del hecho para la cual se ofreció. La regla se aplica tanto al examen directo como al contraexamen; sea que la declaración la haya hecho un testigo u otra persona y a cualquier declaración hecha por fuera del juicio oral y público, sea esta oral, escrita o por cualquier medio (Friedman, 2019: 865-886).

Confrontada con ellas, la CADH palidece por su pobreza y por su débil protección al acusado, por más que la Corte IDH haya hecho un importante esfuerzo interpretativo para acercarse a su par estadounidense.

El artículo 8.2.f de la CADH dice textualmente: “Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

La letra expresa de cómo está redactada esta cláusula no deja lugar a dudas. Por más interpretaciones que se hagan, la devaluación del derecho de defensa es patente. Por ejemplo, permite declaraciones de testigos ausentes en contra del acusado y, confrontada con la Sexta Enmienda, es aún más débil en cuanto a la comparecencia de los testigos y peritos de descargo (a su favor).

Aquella obliga al Estado a auxiliar a la defensa para hacer comparecer a los testigos a su favor bajo la fuerza pública. Es decir, los abogados defensores pueden usar a la policía para hacer comparecer a los testigos de descargo al juicio.

En cambio, la CADH se limita a declarar que la defensa “tiene derecho a hacer comparecer a testigos, peritos y personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Ni siquiera habla de testigos de descargo o a su favor, sino aquellos que “contribuyan a esclarecer el hecho”. Vuelven por sus fueros las viejas tradiciones inquisitoriales que consideran a los abogados defensores como “auxiliares de la justicia” para establecer la verdad de los hechos y no para defender a ultranza a sus clientes sin ningún tipo de otra consideración (Harfuch y García, 2014).

Peor aún es la Constitución de la Nación Argentina de 1853, que carece de cualquier mención expresa al respecto. Es raro que así haya sucedido, dado que la Confederación Argentina tomó como modelo la Constitución de Estados Unidos, inspirada en los principios del liberalismo clásico y la doctrina política del federalismo. Quizás ello sucedió porque los constituyentes tomaron como base la traducción de la Constitución Federal de los Estados de Venezuela de 1811, que es casi una réplica exacta de la Constitución Norteamericana de 1789, pero sin las Enmiendas posteriores.

Por eso es que brillan por su ausencia en la Constitución argentina referencias explícitas a la garantía de *non bis in idem* (Quinta Enmienda) y a la garantía de la confrontación (Sexta Enmienda), con las funestas consecuencias para las garantías individuales que analizamos aquí.⁴

Sin embargo, Binder ha hecho una contribución importante sobre este tema. Afirma que hay dos modelos de redacción constitucional posibles sobre la garantía de defensa: el que opta por una definición específica (*common law*) y el que prefiere una fórmula genérica (Argentina). La Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es el perfecto ejemplo de la primera y tiene la virtud de hacer más fácil la construcción de soluciones puntuales y así echar luz sobre todos los temas que deben ser alcanzados por la cláusula constitucional. Argentina adoptó, en cambio, la fórmula genérica en el artículo 18 de la Constitución Nacional: es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

Dicha fórmula ha sido correctamente interpretada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de manera amplia. La CSJN siempre ha derivado de ella consecuencias concretas: necesidad de conocer los cargos, poder ofrecer prueba en su favor, contradecir la prueba de la contraparte, confrontar a los testigos, tener una audiencia previa, etc.

Las leyes de jurado clásico de las provincias argentinas se han apegado de manera estricta a esta interpretación constitucional amplia y han regulado de manera excelente el derecho a la confrontación y la admisibilidad y exclusión probatoria. Lo han hecho muchísimo mejor que los vetustos códigos procesales penales del país. Las normas de Georgia sobre contradicción, testigos ausentes y de oídas siguen la misma línea restrictiva que los códigos mixtos argentinos.

Concluye Binder que “el derecho a la confrontación es en esencia la garantía misma de defensa” y debe ser interpretado siempre de manera restrictiva en contra de los acusadores, como hizo el fallo *Crawford*:

El principio de contradicción es la forma en que se manifiesta el derecho de defensa del imputado. Por razones de precisión técnica, utilizaremos el nombre de “principio de contradicción” para hacer referencia a la cláusula constitucional genérica y “derecho de defensa” para hacer referencia al contenido más concreto del ejercicio de los derechos del imputado, tal como se manifiestan en un sistema que prevé la contradicción. Al calificar esa necesaria contradicción o defensa como inviolable, la ley fundamental inserta al principio de contradicción en el núcleo esencial de las garantías del juicio imparcial. Por ello, la contradicción, luego de la imparcialidad, es una garantía primaria, que cumple la función de condición de verificación, es decir, formas indispensables e inviolables para arribar a la imposición de una pena a través de un juicio en el que se le ha exigido al acusador la verdad de los hechos de su acusación (Binder, 2022, tomo VI: 309 y 310).

Afortunadamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el CEDH poseen normas casi idénticas que representan un estándar mucho más fuerte de protección del principio de contradicción.

4 Para un análisis exhaustivo de los perjuicios que trajo aparejada para el *non bis in idem* la no inclusión explícita de la Quinta Enmienda en la Constitución Argentina, ver Harfuch y otros, 2020).

Las diferencias con la CADH son notorias y se acercan mucho más al estándar superior de la Sexta Enmienda. Debe resaltarse el empleo fundamental de las palabras “testigos de cargo” (testigos en su contra, dicen los estadounidenses) y “de descargo”. Esto es muy importante porque uno de los signos perennes de la Inquisición fue el “principio de comunidad de la prueba”. Esto es, que las pruebas no son de las partes, sino comunes “al tribunal” bajo el espejismo *naive* de que “los testigos son neutros”.

Se han escrito ríos de tinta sobre el punto, pero esto no se corresponde con el método acusatorio de averiguación de la verdad que, como vemos, es el que abrazan los tratados de derechos humanos y que pone en cabeza del acusador, no del juez, probar la verdad de los hechos más allá de duda razonable (Ferrajoli, 1988: 41 y ss.).

Antes bien, se corresponde con un modelo inquisitorio que funcionó durante siglos sin partes, pero que hoy asume nuevos ropajes bajo la insistente deformación de considerar al juez como un sujeto epistémico superior o de llegar a afirmar que a las partes (sobre todo el acusador) no les interesa la verdad, pero al juez sí.

Binder es inmisericorde con esto:

Las rémoras sobre la función del juez de instrucción tan propia de la tradición inquisitorial, de que el juez tiene capacidades especiales para comprender la verdad de lo sucedido o una superioridad moral para comprender las necesidades sociales mejor que los acusadores públicos o los intereses de las víctimas mejor que ellas mismas. El mantenimiento de un aparato conceptual pensado para un sistema distinto, de base inquisitorial, es una de las causas importantes que nos empujan a no comprender “la lógica propia” de los sistemas adversariales (Binder, 2013, tomo I: 105).

5. Palabras de cierre

La extensión del derecho a la confrontación en corte abierta busca ampliar su intensidad. Entendemos que es una discusión muy importante, por lo que a los fines de ahondar en su contenido recomendamos leer el fallo del TEDH que aquí se comenta contra el Estado de Georgia en paralelo a la doctrina *Crawford* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Referencias bibliográficas

- AA.VV. (2015). *European Integration Index 2014 for Eastern Partnership Countries*.
- Beling, E. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: DIN Editora.
- Binder, A. (2013). *Derecho procesal penal*, tomos I. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Binder, A.; Cape, E. y Namoradze, Z. (2015). *La defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: Open Society Foundation.

- Binder, A. (2022). *Derecho procesal penal*, tomos VI. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Eisenberg, T.; Hannaford-Agor, P. L.; Hans, V. P.; Waters, N.; Munsterman, G.; Schwab, S. y Wells, M. (2005). Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury. *2 Journal of Empirical Legal Studies*.
- Ferrajoli, L. (1988). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Friedman, R. (2019). The Confrontation Right. En D. K. Brown, J. I. Turner y B. Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process* (pp. 865-886). Oxford: Oxford University Press.
- Fukurai, H. (2009). Comparative Analysis of Popular Legal Participation in Japan and the U.S.: Differential Perceptions of Actual Jurors and College Students on the System of Lay Participation in Law. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 33(1).
- Harfuch, A. y García, M. (2014). *La defensa pública penal De la inquisición al sistema acusatorio. Modelos de actuación, litigio y organización*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Harfuch, A. (2019). *El veredicto del jurado*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Harfuch, A.; Cascio, A.; Deane, M. y Penna, C. (2020). La garantía del ne bis in idem y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. El precedente Alvarado/Sandoval de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *La Ley*, 19-33.
- Kalven, L. y Zeisel, H. (1966). *The American Jury*. Boston: Little, Brown and Company.
- Lomzadse, G. (2010). *Georgia: Jury Trials Aim to Bolster Public Confidence in Courts*. Tbilisi: Georgia Eurasianetl.
- Maier, J. B. J. (1996). *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Mittermaier, K. (2024). *Tratado de procedimiento criminal en Inglaterra, Escocia y América del Norte*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc
- Penna, C. (2024). Sin confrontación no hay defensa, ni juicio. En Libro de Homenaje a los 65 años de Alberto Binder. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, en prensa.
- Porterie, S. y Romano, A. (2018). *El poder del jurado, descubriendo el Juicio por Jurados en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Ediciones INECIP.
- TEDH. *Case of Okropiridze v. Georgia*, Court (Fifth Section), 7 de septiembre de 2023.
- TEDH. *Case of Gäfgen v. Germany*, Court (Grand Chamber), 1 de junio de 2010.
- TEDH. *Case of Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, Court (Grand Chamber), 15 de diciembre de 2011.
- TEDH. *Case of Schatschaschwili v. Germany*, Court (Grand Chamber), 15 de diciembre de 2015.
- Thaman, S. C. (2001). Questions of fact and law in Russian jury trials : the practice of the cassational courts under the jury laws of 1864 and 1993. *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2001/1, 72, 415-450.
- Ziyadov, N. (2013). Can Trials by Juries Bring More Leniency to Inquisitorial Systems? Focused Comparison of the Russian and Azerbaijani Criminal Justice Systems. Trabajo extraído de la tesis doctoral del autor: *Choosing for juries: Application and development of juries in old and new jury trial countries*. Chicago: Maklu Publishers.