



Proyecto de Investigación: Códigos procesales en lo civil -de la Nación, Provincia de Buenos Aires, Córdoba, Tierra del Fuego y Santa Cruz y de los países del MERCOSUR-concordados, con legislación complementaria, doctrina y jurisprudencia.

Director: Néstor Costa
ncosta00@yahoo.com.ar

Co Directores: Mario Perracchione
Bernardo Vázquez Acuña

Informe de Avance

Diciembre 2012

Reflexiones sobre la inseguridad de la prueba y el desdoblamiento de la sentencia en el proceso oral

MARIO C. PERRACHIONE

Sumario: 1.-Introducción; 2.-Tipos de Oralidad; 3.-Seguridad de la prueba; 4.-Inmediación y signos extralingüísticos; 5.-Formación progresiva de la sentencia; 6.-Conclusión

1.-Introducción

La escritura u oralidad, constituyen la forma material externa de los actos procesales, los cuales tiene como contenido una manifestación de la voluntad o pensamiento, que debe expresarse en idioma nacional (art. 999 Cod. Civ.).

La escritura se expresa históricamente en papeles impresos manualmente o por signos mecánicos (esta modalidad en la actualidad tiende a ser reemplazada por soportes digitales o electrónicos)¹; y la oralidad, mediante el sonido de la voz, que es denominado

¹ Sobre el proceso de despapelización judicial, ver el proyecto de ley nacional sobre el expediente electrónico, comentado por Altamira, Matías (2.011). El Senado aprueba el expediente electrónico, columna de *Derecho Informático*

por los lingüistas, como un mensaje entre emisor y receptor. En efecto, en el esquema general de la comunicación existe un “emisor”, que procura transferir a otro: receptor, un conjunto de conceptos o vivencias que tiene en su memoria, para lo cual se necesita un contacto entre ambos mediante un “canal” (que puede ser, el aire si se habla o el espacio si se hacen señas). La comunicación puede también producirse por vía de un “intermediario” que puede ser un soporte de papel o digital. Además para que se pueda concretar la comunicación es necesario que los interlocutores tengan un “código común”, que en nuestro caso es el lenguaje².

La forma oral o escrita no constituyen principios procesales, sino sistemas o tipos de ese orden. Los principios son “los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un proceso determinado”; en cambio los sistemas son las formas metódicas que posibilitan la aplicación de los principios³. Los sistemas a diferencia de los principios son neutros a los juicios de valor, y en la práctica se desenvuelven, no en forma pura, sino de manera mixta; así, por ej.: el sistema dispositivo admite el inquisitivo como opuesto, mientras que el sistema oral necesita de actos que se realicen por escrito. Esta interacción de un sistema con su opuesto en una relación binaria, se presenta v gr. en nuestro proceso penal, donde la investigación fiscal es eminentemente escrita, al igual que la sentencia e impugnaciones, y la audiencia de vista de la causa es oral. A semejanza de lo que sucede en el proceso laboral, cuya primer fase de corte introductoria e instructoria, que se cumple ante el Juez de Conciliación, es prevalentemente escrita (al igual que las resoluciones, incidentes y recursos); mientras que la segunda fase, constituida por la audiencia de vista -que se desarrolla ante el tribunal de mérito-, es preferentemente oral.

El único tribunal que practica un sistema oral sin tener como contrapartida actos escritos es el Tribunal de Aguas de Valencia (que funciona públicamente en plena calle), el cual se constituye y sesiona bajo la Puerta de los Apóstoles de la catedral de Valencia. Este tribunal, según Víctor, Fairen Guillen, “funciona sin interrupción desde el siglo XIII, y lo hace perfectamente, deja estupefactos a los más destacados juristas extranjeros actuales que lo visitan”⁴

Dejando de lado este caso excepcional, en la actualidad resultaría impensado un sistema procesal totalmente oral, en el cual no se registre por escrito actos tales como la demanda, contestación, sentencia y recursos.

en Comercio y Justicia del 06-06-11, p. 13-A. Asimismo ver, Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L., Ingreso de demandas vía web en la Cámara Comercial (2.010). *Revista La Ley, Sección Actualidad*, 11-11-10, p. 1.

² Falcon, Enrique M.(1.999). La aclaratoria (alcance y contenido). *Revista de Derecho Procesal, Medios de impugnación-Recursos I*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, pp. 26- 27.

³ Cfr. nuestra Ponencia (8-10 de junio de 2011). Los Principios Procesales (autoridad imparcial y ejercicio abusivo del derecho), presentada en *el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, llevado a cabo en Sta. Fe (Argentina).

⁴ *Examen crítico de los principios rectores del proceso penal* (s.f.). Recuperado de <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/24.pdf>, p. 453

2.-Tipos de Oralidad

Sobre la conveniencia de establecer un sistema (predominantemente) oral o escrito, la doctrina tiene posiciones encontradas que pueden sintetizarse en el dilema: “saliva versus tinta”; no obstante ello, es necesario efectuar al respecto una advertencia preliminar, consistente en definir a qué tipo de oralidad nos referimos, pues no es lo mismo la oralidad inglesa, la italiana o la austríaca.

En nuestro país el concepto de oralidad tampoco es unívoco. El CPC (ley 1419) al regular el “juicio verbal” contemplaba un tipo de oralidad actuada, mediante la cual ciertos actos verbales se reducían a documentos (actas)⁵. En cambio nuestro proceso penal (en el cual se inspiró el proceso laboral provincial), tiene como antecedente remoto la “Instrucción Criminelle de Napoleón (1808), en la cual el centro de gravedad era el “juicio oral y público”, previa instrucción escrita⁶. En este sistema en el que se basaron las codificaciones procesales del siglo XIX, denominadas “mixtas” La primera etapa: la instructoria, es de carácter prevalentemente escrita (con matices inquisitivos en algunos sistemas) y que tiene como finalidad principal, la de preparar el “juicio oral y público” o la “audiencia de vista”.

Pero a su vez, este sistema oral, debe diferenciarse del proceso por audiencias (una preliminar y otra de fondo), que se procura implantar en el proceso civil⁷, siguiendo a la ZPO austríaca de 1895, obra de Franz Klein y al Cod. Gral del Proceso Uruguayo. En este lineamiento se inscribe el art. 360 CPCN⁸.

3.-Seguridad de la prueba

Luego de mencionar las distintas clases de procedimientos orales, intentaremos circunscribir el análisis al problema de la “seguridad de la prueba” producida en la audiencia de vista existente a los procesos (prevalentemente) orales de única instancia vigentes en el fuero penal y laboral de nuestra provincia. Es que si hay algo en ellos que brilla por su ausencia es justamente la “seguridad de la prueba”, de la cual solo queda por regla la “magra acta del debate”, que generalmente refleja el cumplimiento de las formalidades de rigor, pero de la prueba en sí no queda otro rastro que el que ha impresionado en la memoria de los jueces⁹

⁵ Arbonés, Mariano (1.987). El problema del fuero del trabajo, *Revista Foro de Córdoba* N° 2, n° III, p. 11. Allí el autor propone que el proceso laboral no sea “verbal y actuado” –como era el proceso verbal regulado en el CPC de esa época–, sino “oral y actuado”

⁶ Fairén Guillén, Víctor, Examen crítico..., ob. cit., p. 454

⁷ Cfr. Ferreyra de De la Rúa, Angelina y González de la Vega de Opl, Cristina (1.997). *Lineamientos para un proceso moderno*. Bs. As.. Ed. Ediar, apart. 8, p. 80

⁸ De Los Santos Mabel (2.012). Base jurisprudencial para la cuantificación del daño, *Revista La Ley*, 29-08-12, apart. 3.b. p. 3. Allí señala que en los procesos denominados por audiencias se introdujo una instancia conciliatoria necesaria que se realiza una vez cerrada la etapa de postulación (Ley 24.573). Sobre el fracaso de la audiencia preliminar introducida en el proceso civil escriturario, ver: Berizonce, Roberto O. (2.005). El Proceso Civil. Modelo Teórico y Realidad, *Revista La Ley*, t. 2005-F, n° IV, pp. 1242- 1243.

⁹ Arbonés, Mariano (1.993). El mito del proceso oral de instancia única, *diario La Prensa*, 04-06-93, p. 9.

Como respuesta a esta crítica se expresó que el juicio oral requiere que los jueces sean personas inteligentes, formadas en derecho, esforzadas, responsables y atentas, es decir, que “los jueces sean jueces”. Entendiendo que si los jueces reúnen estas condiciones, las sentencias dictadas por ellos reflejaría fielmente y con exactitud, toda la prueba dirimente producida en la audiencia de vista.

Y si bien es cierto que la probidad y esfuerzo realizado por los jueces, ha cubierto en la práctica, en gran medida, el problema de la “inseguridad de la prueba”, es sabido que las instituciones y los sistemas deben valer por sí mismos y no por los hombres que los actúan, pues los hombres pasan y cambian, mientras que las instituciones quedan y deben mantener un funcionamiento correcto a través del tiempo. Parafraseando a Madison en “El federalista”, podemos decir que si los jueces fueran ángeles no sería necesario ningún control sobre ellos, pero como son hombres se deben permitir un control sobre las sentencias que dictan, y la única forma de ejercer ese control es registrando toda la prueba oralizada en la audiencia de vista, para que de esta forma las partes, por intermedio de los recursos, y la sociedad en general, puedan conocer y fiscalizar si los jueces valoraron la prueba incorporada al juicio legal y lógicamente.

Al respecto resulta ilustrativo recordar que, gracias a la documentación escrita podemos conocer el proceso a Galileo Galilei entre 1616 y 1633, acusado por el Tribunal de Santo Oficio de herejía por haber adherido a las teorías de Copérnico y sostener que la tierra giraba en torno al sol y no al revés.

“El cineasta francés Roberto Bresson, reprodujo el diálogo entre Juana de Arco y su juez, el obispo Cauchón que figuran en su film “Proceso a Juana de Arco”, de las actas de esa parodia de juicio llevado a cabo en Ruan en 1431, que sirvió para quemar viva a Juana de Arco y que fue modelo de iniquidad. Así y todo, Juana tuvo una ventaja respecto de nuestro proceso penal: lo ocurrido quedó en un expediente, que sirvió posteriormente para execrar el nombre de quienes intervinieron en él y reivindicar *pos mortem* a la víctima. La heroína francesa si hubiera sido juzgada utilizando nuestro Código, jamás hubiera podido ser rehabilitada y el criminal proceder del obispo Cauchon habría permanecido en las sombras”¹⁰

La ventaja de estos juicios con relación a nuestro proceso penal, es que como lo ocurrido en ellos quedó registrado por escrito en un expediente, podemos en la actualidad reconstruir los hechos y en los ejemplos dados, reivindicar la posición asumida por los acusados. Si Juana de Arco y Galileo hubieran sido juzgados según nuestro sistema oral, no conoceríamos la totalidad de la prueba producida, sino sólo la referencia formulada en la sentencia. Esta comparación histórica demuestra el peligro e inseguridad que presenta la oralidad.

¹⁰ Guaresti (nieto), Juan José (1995). Oral, público e ilegal, *diario La Nación del 20-07-95*, p. 7.

La solución a este problema, exige reglamentar por ley registros o grabaciones audiovisuales¹¹, que permitan dejar constancia documentada de todo lo sucedido en la audiencia de vista de causa, sin necesidad de que las partes expresamente lo soliciten, pues el ejercicio de esta facultad, a semejanza de lo que sucede con el pedido de las partes de que se deje constancia en acta de ciertas declaraciones vertidas en la audiencia del juicio, puede ser interpretada por los jueces como un acto de desconfianza hacia ellos, y por ende, predisponerlos subjetivamente en contra del litigante que solicitó la documentación o grabación de la audiencia. Siguiendo este mismo orden de ideas, debería reglamentarse un sistema de teleconferencia que permita la interacción de imagen y sonido, entre el testigo y los jueces, cuando el primero se domicilia fuera de la sede del tribunal (art. 10 Ley Nac. 22172)¹²

Esta propuesta resulta factible, atento a que los avances científicos y tecnológicos que caracterizan la época actual, permiten superar el concepto clásico de intermediación, que sólo se daba en la audiencia de vista bajo la fugacidad del mensaje oral entre el juez y los testigos o las partes¹³, por una intermediación renovada, en la cual todo lo declarado en la audiencia de vista por las partes, testigos e intérpretes, quede registrado y reproducido con fidelidad y precisión, captándose múltiples planos de visión, matices de voz y demás actitudes que inclusive escapan a la simple percepción sensorial humana. Este sistema permitiría que los jueces, luego de la audiencia, gracias a un registro virtual vuelvan a observar y escuchar la prueba oralizada en el juicio; y que inclusive las propias partes y el tribunal superior, puedan conocer también ese material a fin de que sea posible revisar la motivación lógica legal de la sentencia mediante el recurso de casación previsto por la ley procesal, según la teoría “del máximo rendimiento” consagrada por la CSJN en el “leading case” “Casal”, en virtud de la cual el tribunal de casación “debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda ser revisado”¹⁴

Pero como en nuestro proceso oral, como regla, no queda registro de lo sucedido en la audiencia: si el testigo dijo negro y el tribunal de mérito interpretó que dijo blanco y no quedó constancia debidamente documentada de dicha declaración, la parte perjudicada no tiene remedio alguno para enmendar ese error de percepción contenido en la

¹¹ Grissetti, Ricardo A. (2.012). Recurso de Casación. Adecuación de la organización judicial a la flexibilización del recurso, *Revista La Ley*, 23-7-12, p. 9.

¹² Cfr. Cafferatta Nores, José I. (1.986), *La Prueba en el Proceso Penal*. Bs. As.. Ed. Depalma, pp. 109-110, nota 36, donde cita un fallo de la CSJN: “Fallos” t. 210, p. 131.

¹³ Ayarragaray, Carlos A. (1.963). Acerca del juicio oral, *Revista JA 1963-II*, p. 91. Allí el autor desafía “a que alguien que ha presenciado un debate en una convención, sea capaz, si la misma es movida, de recordar exactamente lo que dijo uno y otro orador, y así medir la intensidad de las apreciaciones. Cuando un abogado hace un alegato y ha leído una frase de un testigo, que le llamó la atención, siempre sucede que tiene que volver a revisar todo el contenido de las actuaciones para encontrarla y saber en boca de quién estaba y meditar si algún adjetivo modificó o no lo que sostuvo en su oportunidad. Cuando se lee un libro hay que volver atrás para meditar párrafos y conceptos. Si esto sucede en la lectura, qué no será en la audiencia del juicio oral, en donde los jueces tienen solicitudes de todo género y son víctimas de las distracciones humanas que se acentúan con el transcurso de las horas y en las expectativas del desenvolvimiento del acto...”

¹⁴ Perrachione, Mario C. (2.005). A partir de la doctrina “Casal” establecida por la Corte: ¿el condenado en el proceso penal cuenta con un recurso de casación o apelación?, *Zeus Córdoba, Revista N° 181, T° 7, 2005*, n° 1, p. 674, especialmente nota 6.

sentencia. En este ejemplo la sentencia resulta irrevisable y el recurso de casación se convierte en una simple ilusión para el litigante perdidoso.

Esto demuestra que el sistema oral analizado tiene un contenido autoritario, ya que respecto a lo acontecido en la audiencia de vista, los poderes de los jueces no tienen un adecuado control por las partes; lo cual, coloca a éstas últimas en frente al tribunal en una evidente situación de vulnerabilidad, que a su vez afecta, la debida fundamentación de la sentencia, favoreciendo un subjetivismo judicial infiscalizable que se puede convertir en puro decisionismo¹⁵

Por ello entendemos que la grabación o el registro de lo sucedido en la audiencia contribuiría a mejorar esa falencia del proceso oral, permitiendo que el tribunal de casación a instancia de las partes efectúe, no un nuevo juicio de hecho, sino que establezca si el formulado por el tribunal de mérito tiene los requisitos mínimos en lo referido a su construcción y ensamble lógico, máxime si tenemos en cuenta que a partir del caso “Casal” la casación penal se ha convertido en una revisión plena del material fáctico y jurídico¹⁶

4.-Inmediación y signos extralingüísticos

La circunstancia de que las declaraciones testimoniales prestadas en la audiencia de vista puedan registrarse y reproducirse técnicamente con precisión, junto con los matices de voz y demás actitudes extralingüísticas realizadas por los testigos, tiene una gran importancia en cuanto ello permite neutralizar la fugacidad de la inmediación, posibilitando que las bondades de la oralidad estén acompañadas de la seguridad que representan los registros documentales de imágenes y voces de lo sucedido en la audiencia¹⁷

¹⁵ Picó I Junoy, Joan (2.011). Oralidad y control de las pruebas personales en segunda instancia: hacia la búsqueda del necesario equilibrio, *Revista de Derecho Procesal, 2011-1, Nuevas tendencias en materia de recursos*. Sta. Fe.. Ed. Rubinzal Culzoni, apart. IV, a, p. 450, nota 17. Allí el autor cita a Ibáñez, Andrés (2.003). Sobre el valor de la inmediación –una aproximación crítica-, en *Jueces para la Democracia, N° 46*, pp. 59-61.

¹⁶ Cfr. Perrachione, Mario C. (2.006). Casación, origen y transformación, *Revista Foro de Córdoba, N° 112*, n° 8, p. 63.

¹⁷ Ver la excelente Ponencia de Sosa, Toribio, (2.011). Modalidad informática del lenguaje: nueva escritura y nueva oralidad, a través de la computadora, presentada en el *XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, llevado a cabo en San Fe (8-10 de junio de 2011). Allí el autor sostiene que “hoy es posible potenciar las virtudes de la escritura y la oralidad, prescindir de sus defectos y así superarlas a través de una nueva modalidad informática del lenguaje. Para tomar lo bueno y desechar lo malo de la escritura y de la oralidad, e incluso para superar los mejores rendimientos aislados de cada una, ha venido en auxilio nuevamente la tecnología ahora a través de la computadora, como punto físico de ingreso y salida de la información” (apart. n° 8, nota 30). Sobre la necesidad de combinar el procedimiento oral con los medios informáticos y tecnológicos, a fin de garantizar el derecho de defensa en juicio y asegurar el conocimiento adecuado en las instancias recursivas, ver: García Lema, Alberto M. (2.012). Oralización del proceso judicial no penal. Algunos aspectos constitucionales, *Suplemento de Derecho Constitucional de la Revista La Ley, 08-11-12*, n° IV, pp. 4-5. Berzonce, Roberto O. y Soto, Andrés A. (2.013). El renacer del proceso sumario a partir de la gestión judicial y las nuevas tecnologías, *Revista La Ley, 07-02-13*, apart. VI, p. 3. Allí los autores explican los alcances que tiene en la Prov. de Buenos Aires el plan piloto de incorporación de videograbación de las audiencias, merced a la Resolución n° 1904/12 adoptada por la Sup. Corte de Justicia de la Prov. de Bs. As. en el mes de agosto del año 2012. Agregando que a partir de dicha norma “la realización de una prueba piloto destinada a la videograbación de audiencias de prueba, utilizando un sistema denominado CICERO que permite la registración de todo lo actuado, lo que luego es “encriptado” con la utilización de la tecnología de firma digital, suscripción que realizan el magistrado y el funcionario actuante, de

Pero esto no significa que aceptemos el criterio que sobredimensiona la importancia que tienen los signos extralingüísticos en la valoración de la prueba testimonial. Quienes piensan de esta forma hablan de la “intuición” o “impresión” que la declaración del testigo le provoca a los jueces por ej: le creo porque me impresionó veraz¹⁸ o porque declaró con seguridad sin dudar y en forma espontánea; lo cual es relativo, pues por qué no admitir que un testigo “vacilante” asume esta actitud porque es muy escrupuloso y procura decir la verdad o porque es tímido y se inhibe al declarar en una audiencia pública. Por otro lado, es muy común que en la realidad los testigos directos olviden algunas circunstancias de los hechos que percibieron sensorialmente, por ej.: el color de uno de los automotores que protagonizaron el siniestro, pues “no se puede exigir que los testigos mantengan intactos sus recuerdos”¹⁹. Además la práctica judicial demuestra que aunque los testigos obren de buena fe, es probable que den versiones distintas de un mismo hecho, según sus propias circunstancias (salud, cultura, educación, inteligencia, agudeza visual, poder de observación etc...) y el ángulo o perspectiva, desde el cual cada testigo vió el hecho en cuestión²⁰. En cambio, cuando se trata de testigos “falsos” o denominados en la jerga forense como “peinados”, es habitual que ellos declaren “el libreto aprendido” con gran precisión, elocuencia y concordancia, aunque sus dichos no se ajusten a la realidad de lo sucedido.

Dentro de la corriente que le otorga validez a los gestos extra-lingüísticos de los testimonios se encuentra Paul Ekman, un profesor de Psicología de la Universidad de California en San Francisco (EE.UU.), quien descubrió que ciertos gestos a los que denominó “microexpresiones” eran capaces de detectar mentiras²¹, y junto con otro científico: Wallace Friesen, desarrolló un método que denominaron Sistema Codificador de Acciones Faciales (FACS, por sus siglas en inglés), donde clasificaron más de 500 expresiones faciales organizadas en 46 “Unidades de Acción”, basadas en la contracción y relajación de ciertos músculos faciales. Estas investigaciones sirvieron de base a técnicas psicológicas denominadas “Perfilamiento conductista” (behavioral profiling) y “Perfilamiento facial” (facial profiling), que son las que la Administración de Seguridad en el Transporte de los EE.UU. comenzó a aplicar en los aeropuertos en 2006²²

modo que los contenidos resultan inalterables y pueden ser almacenados y reproducidos las veces que sea necesario, hasta la conclusión del juicio. Este nuevo medio de registración constituye un cambio de paradigma en el sistema escriturario, ya que en el corazón del proceso se inserta el registro audiovisual inalterable de lo que las partes, testigos y peritos –eventualmente- han expresado acerca de los hechos litigiosos, de modo que la percepción de estos medios probatorios por parte del juzgador –en todas las instancias necesarias- se formará a partir de lo que exactamente haya sucedido, con todos los matices que los deponentes hayan impreso a sus declaraciones”.

¹⁸ Perrachione, Mario C. (2.005). A partir de la doctrina “Casal”..., n° 2, pp. 674-675; Cafferata Nores, José I., Holzwarth, Adriana María (2.002). La cuestión de la “sinceridad intrínseca” del testimonio “¿Divina chispa?” del Juez o “¿Test de la verdad?”. A propósito del fallo “Leiva, Argentino H.”, *Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia Penal, 05-07-02*, apart. II, p. 3, nota 6.

¹⁹ *Revista La Ley, Suplemento de Jurisprudencia, febrero de 2002*, p. 113.

²⁰ Alvarado Velloso, Adolfo (julio de 2.010). La confirmación procesal y la imparcialidad judicial, *Revista La Ley, Doctrina Judicial Procesal, Año II, N° 6*, n° II, p. 29.

²¹ Flora Davis (1.992). *El lenguaje de los gestos. La comunicación no verbal*. Bs. As.. Traducción de Lita Mourglíer. Emecé editores, p. 104.

²² Diamant, Mario (2.006). Cuando la cara es el arma terrorista, en *Crónicas norteamericanas, diario La Nación del 26-08-06*.

Este método ha sido cuestionado en EE.UU. por existir dudas acerca de su validez y eficacia²³. Al respecto, la jurisprudencia norteamericana ha establecido criterios de orientación del juez con relación a utilización de métodos científicos, tales como: la controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; el porcentaje de error que conlleva la técnica empleada por parte de los expertos o científicos; el respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada²⁴; y si bien desde una perspectiva epistemológica no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, distinguiéndose entre las “ciencias duras”, con métodos controlables y empíricamente verificables (como la física, la química, la biología etc...), de las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la psicología etc...²⁵), debe entenderse que, hasta ahora, el método del “perfilamiento conductista” referenciado no ha superado los requisitos de control científico, para poder ser empleado por los jueces en la valoración de las declaraciones testimoniales.

La corriente que le otorga eficacia convictiva a los gestos, actitudes y espontaneidad que adoptan los testigos al declarar, se basa en la *íntima convicción* del juez y no en las reglas lógicas y gnoseológicas que deben regir la valoración de los hechos y de la prueba para llegar a una conclusión racional y controlable, según el sistema de la “sana crítica”.

La consigna, entonces, debe ser que en el proceso se limite todo lo posible el subjetivismo del juicio contenido en la sentencia, y se procure arribar a un grado de “certeza oficial” basado en las reglas lógicas y máximas empíricas, que permita avanzar hacia la “cientificidad de los instrumentos probatorios y las técnicas de valoración de la prueba”²⁶

5.-Formación progresiva de la sentencia

La implantación del proceso oral en el fuero penal ha llevado a dividir la sentencia en “veredicto” (o decisión resolutoria), de simultánea formulación con la clausura del “debate”; y en “sentencia propiamente dicha”, la cual se difiere por un lapso más o menos extenso y contiene los “motivos” o “fundamentos”.

Este sistema que pasa normalmente inadvertido, tiene el defecto de anteponer la conclusión (es culpable o inocente), para adoptar a ella las premisas del silogismo sentencial o los fundamentos lógicos y legales del fallo. Vale decir que parten del área de la realidad sobre la que pretenden razonar y emplean las proposiciones para justificar esa conclusión adoptada de antemano. Esta costumbre es lo que Calamandrei denominó como “la motivación como justificación posterior de la parte dispositiva”, tal como lo

²³ cfr. Diament, Mario, nota citada

²⁴ Vigo, Rodolfo L. (2.012). Los “hechos” en los paradigmas legalista y constitucionalista, *Revista La Ley*, 15-06-12, n° 10, p. 3.

²⁵ Taruffo, Michelle (2.008). *La prueba*. Madrid. Ed. Marcial Pons, p. 98. Este autor, separa entre la “buena” y la “mala” ciencia

²⁶ Taruffo, Michelle (2.011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid. Ed. Trotta. Traducción de Córdova Vianello, p. 233, nota 74.

admiten las propias leyes procesales citadas al establecer que la parte dispositiva del fallo, en vez de ser cronológicamente un *posterius* de la motivación, sea un *prius*: la sentencia como acto de voluntad ya ha nacido antes de que el juez haya expresado claramente cuáles son las razones lógicas que lo han impelido a resolver de esa manera²⁷

Esta modalidad se agrava aún más cuando el tribunal interviniente debe pronunciarse no sólo sobre la *pretensión punitiva*, sino también sobre la *pretensión resarcitoria* –que puede ejercitarse eventualmente en el proceso criminal-, pues en muchos casos la primera, se funda en cuestiones de derecho simples y sobre hechos en cuyo esclarecimiento predomina la prueba testimonial (v gr. homicidios, robos, hurtos etc.); en cambio, la pretensión resarcitoria suele basarse en cuestiones de hecho y de derecho más complejas (v gr. determinar la responsabilidad civil y cuantificar el daño emergente, el lucro cesante, la chance, la legitimación de los actores, etc...), lo cual a menudo resulta incompatible con la exigencia de que el tribunal adopte primero -inmediatamente luego de clausurado el debate- el “veredicto”, y luego de un tiempo determinado, dicte los fundamentos de la “sentencia propiamente dicha”.

El fundamento filosófico del sistema de decisión desdoblada, es que la fundamentación de la sentencia está destinada a jugar una función justificativa de la parte resolutive²⁸. Con el peligro de que la decisión adoptada por el tribunal sea una elección intuitiva o irracional basada en la íntima convicción, y luego se busquen los argumentos lógicos-deductivos y racionales para justificarla, a semejanza de lo que sucede con el “juicio por jurados” cordobés (*rectius*: escabinado), cuando los jurados en la sentencia opinan distinto que los jueces técnicos y el Presidente del tribunal tiene inexplicablemente, el deber de fundamentar el voto de los jurados, aunque él esté en desacuerdo con esa decisión (art. 44 Ley Prov. 9182)²⁹.

Este desdoblamiento de la decisión justifica la teoría que sostiene que la sentencia no es deducida o derivada lógicamente a partir de premisas determinadas, sino que es creada o intuida por el juez mediante algo que se ha indicado frecuentemente con expresiones como: “sentido jurídico”, “sentido de justicia”, “sentido común”, “olfato jurídico” y otros conceptos análogos, que pese a aparecer “prima facie” como legítimos, por su vaguedad son meros enunciados genéricos, carentes de un significado preciso, que sirven para simular una fundamentación lógica y legal y ocultar el subjetivismo decisionista que subyace en el fallo³⁰

La solución que de “*lege ferenda*” proponemos es reemplazar este sistema por otro donde no se divida el “veredicto” de los fundamentos de la sentencia, sino que ésta se dicte

²⁷ Perrachione, Mario C. (2.003). *La casación como método de control de la función jurisdiccional*. Cba.. Ed. Alveroni, n° 2, p. 175.

²⁸ Taruffo, Michelle (2.011). *La motivación...*, p. 119.

²⁹ Aunque, por supuesto, que los defensores de este sistema van a intentar encubrir la irracionalidad de la intuición, en la que se asienta el “veredicto”, presentándola como un valor perteneciente al plano absoluto o trascendental (Taruffo, Michelle (2.011), *La motivación...*, p. 108)

³⁰ Taruffo, Michelle (2.011). *La motivación de la sentencia civil...*, n° 4, p. 109.

íntegramente y en un mismo acto, dentro de un plazo razonable desde la clausura de la audiencia de vista.

6.-Conclusión

En los procesos prevalentemente orales que tienen como epicentro la audiencia de vista, se debe establecer un sistema de registro o de grabación audiovisual que permita dejar constancia documentada de toda la prueba producida en la audiencia, sin necesidad de que las partes lo soliciten expresamente.

Esta solución contribuirá a que cuando se interponga un recurso de casación contra la sentencia definitiva, el tribunal superior pueda revisar en forma plena la “questio facti”, teniendo en cuenta la prueba documentada: oralizada en la audiencia de vista, en función la fundamentación lógica y legal que deben tener las sentencias.

El sistema de formación progresiva de la sentencia, que caracteriza al proceso penal provincial, donde primero se dicta el “veredicto” y luego el fallo propiamente dicho, debe ser reemplazado por un régimen en el cual la sentencia se dicte íntegramente en un solo acto, dentro de un plazo razonable luego de clausurado el debate.