

AMICUS CURIAE

Alberto M. Binder, cuyas condiciones personales y antecedentes obran en el curriculum vitae adjunto, me presento como *AMICUS CURIAE*, al solo efecto de poder brindar argumentos e ideas que contribuyan al dictado de la mejor sentencia en el caso, de Bernardo Caal Xol, condenado por el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Alta Verapaz, posteriormente agravado su situación jurídica por la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Alta Verapaz, y cuyo conocimiento del Recurso Extraordinario de Casación, se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, bajo la referencia, según número de expediente ordinario; C16005-2017-00333 del Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Alta Verapaz.

I. La evolución del recurso de impugnación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho a una revisión integral.

1. El derecho a la revisión integral de la condena. La calidad del juicio, y la decisión que forma una unidad con él, debe ser preservada como uno de los grandes valores que expresan la eficacia conjunta de todo el sistema de garantías, establecido por las leyes constitucionales y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Todas las precauciones que hemos tomado, y tomaremos en el futuro, para asegurarnos que la condena, es decir la imposición de una pena a una persona determinada, cumpla con las condiciones estrictas de todo el sistema de garantías son pocas, con relación a los valores sociales que están en juego. Cuando esa condena se

realiza en el contexto de protestas sociales y el condenado es un miembro de uno de los pueblos originarios, los resguardos se deben volver mucho más estrictos, porque se trata de situación que reclaman la mayor protección (dado que la crítica social y política es lo que oxigena a la democracia y es la expresión más cabal de los derechos humanos) y porque existe un *estatuto especial de protección respecto de los miembros de pueblos originarios cuando ingresan a la justicia penal, tal como como expresamente lo determina el acuerdo 169 de la OIT.*

2. Por tal razón, se han establecido mecanismos tan fuertes de control de esa condena, y a lo largo de la historia observamos una progresión que apunta hacia un control intenso e integral de esa sentencia de condena. Desde el recurso como una crítica a la veracidad e imparcialidad del juez (prevaricato) o los planteos más elaborados de nulidad de la sentencia (querella nullitatis), la impugnación amplísima de los sistemas inquisitoriales escritos – orientada más al control de los jueces que en preservar los derechos del imputado-, hasta la fijación moderna de la doctrina clásica de la casación, hay una línea de continuidad que señala la progresiva ampliación de la revisión y que ha desembocado en los últimos avances que se concretan a partir del fallo “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ratificado en el fallo “Mohamed” y otros. Hoy nos encontramos en la necesidad de implementar adecuadamente la revisión integral de la sentencia de condena, que el sistema interamericano de derechos humanos como parte del sistema de garantías y que todavía no se ha consolidado totalmente por los tribunales penales encargados de resolver las impugnaciones. Esa jurisprudencia es demostrativa del mayor cuidado por la calidad de la decisión de condenar a una persona, que se

expresa en un conjunto de exigencias de mayor amplitud en el recurso, pero que excede el tema de la organización de los métodos de impugnación. Se trata de que hemos construido una garantía especial (y de esa manera se ha sacado el tema de la lógica procedimental de los recursos) que nos dice: *toda condena debe tener la máxima calidad posible y debemos extremar los resguardos para garantizar que así lo sea. En consecuencia, no deben existir límites formales que impidan la revisión de la condena. Las antiguas limitaciones del recurso de impugnación de la condena (se llame casación, apelación especial o cualquier otra denominación) ya no son admisibles según la doctrina asentada de la Corte Interamericana.*

II. El modo de revisión de las cuestiones de hecho.

3. El litigio principal en el juicio de conocimiento gira alrededor de la existencia o no de los hechos en los que funda el acusador sus peticiones y en la relevancia jurídica de esos hechos. Nunca es ocioso destacar la importancia extrema de comprender la función de esta exigencia al acusador de probar el hecho penalmente relevante que funda su acusación. La calidad en la construcción de esta verdad del hecho es la piedra de toque de todo sistema procesal. La consecuencia no querida, que llevó a un callejón sin salida al recurso de casación -incluso el modificado por el control de la motivación- fue que, precisamente en el tema que reclama mayor preocupación, es decir, la calidad de la reconstrucción de los hechos acusados, el condenado se quedaba sin posibilidad de revisión y control de una manera integral. Este contrasentido fue el que detectó la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso Herrera Ulloa. En dicho fallo, la Corte dice que *“Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente*

para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida" (# 165). Recuerda luego que el recurso de casación, limitado a revisar los errores en la aplicación del derecho y los defectos en la motivación de la sentencia, (como vicios de forma) no es suficiente para permitir esa revisión integral y, por lo tanto, no respeta lo establecido en el Pacto de San José de Costa Rica.

4. Este precedente fue luego utilizado en el caso "Mohamed c/Argentina" para señalar que esta ausencia de control no se satisfacía porque existiera otro recurso -más acotado aún- ante la Corte Suprema porque de esa manera tampoco se cumple con esa "integralidad". Por lo tanto, el recurso "ordinario" -es decir que impide la constitución de la cosa juzgada-, es el que debe permitir una revisión integral, en particular respecto de cualquier afirmación sobre hechos o elementos de los hechos que deben ser probados con la mayor eficacia, para asegurar el cumplimiento de las cargas sobre el acusador.

5. En consecuencia, la Corte Interamericana nos ha dicho que la revisión debe ser integral, pero si bien en sus fallos no nos han dicho que significa integral, ha determinado con toda claridad que las limitaciones en los motivos de impugnación siempre afectan a la posibilidad de esa integralidad. La revisión de toda la actividad reglada para admitir la acusación como "fundada en derecho", así como todas las reglas que formalizan el juicio de conocimiento -incluidas las formas de la deliberación y sentencia y las que regulan la admisibilidad de las pruebas- ingresaban al control permitido por la estructura anterior del recurso de casación y ha sido precisamente esa versión de los recursos la que ha sido declarada contraria a la convención

por parte de la Corte. ¿Qué es entonces lo nuevo que debemos agregar? **Pues el control sobre la valoración de la prueba, un motivo vedado en las visiones tradicionales del recurso frente a la condena.** Pero, para ello, debemos analizar los distintos componentes de ese proceso que se debe revisar. En primer lugar, la información llega al juicio a través de canales preestablecidos rígidamente (medios de prueba) y sólo es válida esa información si ha ingresado por esos canales -según su configuración normativa- y respetando las reglas de su admisibilidad. Controlar el cumplimiento del ingreso de esta información -legalidad de la prueba- forma parte del control general sobre la realización del juicio. Una vez ingresada válidamente esa información, los jueces deben admitir o no, la acusación mediante un análisis racional de la prueba. Ese análisis gira alrededor de la mayor o menor fuerza probatoria, es decir la capacidad de esa información de demostrar que lo que dice el acusador es verdadero, *no de un modo genérico sino descomponiendo el hecho en todos y cada una de las proposiciones fácticas. Cada afirmación sobre la ocurrencia del hecho, sobre las relaciones de causalidad, sobre el daño o sobre cualquier otro tipo de circunstancia de hecho debe ser sometida al control de valoración.* El control sobre el mérito de la prueba, en consecuencia, es el control sobre la racionalidad del análisis sobre su relevancia para probar el hecho, es decir su capacidad probatoria. Cuando decimos “racionalidad” queremos indicar el uso de criterios objetivos y por lo tanto controlables. Todo el proyecto de racionalización de la valoración de la prueba, que nace con Bentham, sigue con Mittermaier, Wigmore, Locard, Gorphe, etc., hasta llegar a la actualidad de Taruffo, Twining, Shum y tantos otros, es el esfuerzo por construir reglas objetivas que permitan controlar la asignación de valor o fuerza a la información realizada en el juicio, de tal modo que la admisión de la

acusación cumpla con el estándar de certeza (o más allá de toda duda razonable) y, por lo tanto, el esfuerzo por fijar lo más objetivamente posible cuando se cumple con ese estándar. Estos estándares se han ido construyendo para frenar la existencia de prejuicios o de presunciones encubiertas en un análisis general sobre la prueba. Un recurso es integral cuando, además de controlar el cumplimiento de todas las reglas que tornan válida la decisión de admitir la acusación (condena), *permite también atacar la validez de la decisión en base a la falta del cumplimiento de criterios objetivos (rationales) de valoración de la prueba de un modo preciso y circunstanciado.*

6. Cuando en la sentencia de condena el juez da por probados los hechos de la acusación, es porque considera que la información que se ha producido a través de los medios de prueba en el juicio es suficiente para sustentar públicamente la afirmación “efectivamente, tal hecho ocurrió”. Para llegar a esa conclusión el juez ha analizado, en primer lugar, la credibilidad de cada medio de prueba, es decir, la capacidad de cada uno de esos medios de transmitir fielmente la información se trate de un testigo, de un perito, de un documento, etc., y ello se mide por la existencia de distorsiones que la experiencia ha mostrado como causantes de pérdida de información o información de baja calidad. Como esos criterios son producto de la experiencia, se puede realizar un proceso de objetivación, que constituyen estándares de credibilidad. No es lo mismo si un testigo ha adquirido la información directamente o si la ha recibido por otras personas, o si el testigo tiene algún interés en el caso o no. El programa de racionalización de la valoración de la prueba es que los jueces se atengan a esos estándares o expliquen porque no los aplican. *La motivación no es un*

ejercicio literario o una repetición de fórmulas burocráticas. Tampoco es el relato de la mera subjetividad del juez: se trata de la expresión del uso de criterios racionales, es decir, objetivos.

7. En segundo lugar, una información tiene mayor o menor capacidad probatoria, es decir, nos da información más o menos creíble. A esa variación la llamamos fuerza probatoria o peso, y el programa de racionalización de la valoración de la prueba busca construir criterios objetivos que nos permitan medir la mayor o menor fuerza probatoria de la información. Cuando decimos que una información nos acerca más a la certeza, porque responde a una regla técnica o científica (por ejemplo, que tal fenómeno ocurrió de tal manera o que si hay luz el ojo humano perciba más cosas que si hay oscuridad, etc.) estamos construyendo criterios objetivos. Si decimos que tal información es más certera porque responde a una máxima de la experiencia o lo que usualmente ocurre, estamos tratando de construir criterios objetivos. Por ejemplo, si el conductor nos dice que perdió el control del vehículo porque se le cruzó en una ruta un hipopótamo, podemos decir que no es creíble, aunque no sea absolutamente descartable, lo que es diferente si nos dice que se le cruzó un caballo. Finalmente, cada trozo de información se conecta con otros y se refuerzan en tanto son coherentes, es decir, no es información contradictoria sino compatible. Estos criterios a veces son lógicos y otras veces responde a coherencias de relatos que también tienen que ver con la experiencia. Se podrá decir que nada de esto es definitivo y que la subjetividad del juez es ineludible; puede ser cierto, pero la subjetividad del juez no debe ser lo determinante porque en ese caso no hay control posible y carece de sentido establecer una revisión integral o de cualquier tipo, sino

que a lo sumo sumaremos subjetividades en uno u otro tribunal: todas ellas sin control. Por otra parte, lo que en todo caso debemos evitar es que se sigan usando *presunciones encubiertas en contra del imputado*. Nuestra práctica judicial esta repleta de ellas y suelen pasar desapercibidas: si estuvo allí *debió haber conocido, si no se opuso es porque quería que ocurriera tal resultado, etc.: antiguas presunciones de dolo que siguen existiendo. Lo mismo ocurre con los cursos causales, con las dimensiones subjetivas, con las motivaciones, con la participación, etc. El rechazo a estas presunciones de hecho es lo que ha llevado a la máxima ampliación de la revisión de la condena. A que la Corte Interamericana exija la máxima amplitud para los recursos de revisión de esas sentencias condenatorias.*

8. La decisión debe ser construida conforme a un conjunto de reglas jurídicas que le dan forma al procedimiento y conforme a otras reglas, que generalmente no son jurídicas, pero si pretenden objetividad. En la casación tradicional, se consideraba que la primera dimensión era controlable, pero que la segunda no podía serlo, por razones técnicas, porque la calidad de la sentencia provenía de la inmediación y del tribunal colegiado. Esa era la solución técnica vigente hasta hace poco. Hoy al control tradicional se le ha sumado un control más: *las partes pueden alegar que se ha violado las reglas de racionalidad en la valoración de la prueba, independientemente de la motivación, es decir, de lo expresado, para poder ir al proceso mismo de valoración*. Ello puede ser porque se ha abandonado o no se ha utilizado un criterio objetivo disponible, ya sea sobre la credibilidad o sobre la fuerza probatoria, o porque no se han utilizado los criterios de coherencia o se ha omitido introducir una información que modifica las reglas de coherencia de todo el relato. Todo el proceso de

valoración o análisis racional de la prueba es controlable o revisable y ello es lo que marca el sentido de lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta revisión debe ser puntual y precisa, nunca genérica. Repetimos, esto significa el control del modo de valoración mismo, no de como se ha expresado su resultado en la motivación de la sentencia. Por lo tanto, el recurso de revisión debe permitir, en su amplitud, que el imputado pueda demostrar que los jueces han valorado incorrectamente, con independencia de lo que han dicho en la sentencia.

III. El litigio en instancia de revisión.

9. La clave de esta revisión integral radica en la rigurosidad del litigio de revisión ante los tribunales de impugnaciones. El condenado debe indicar, con toda precisión, que parte del proceso de valoración ataca y por qué razón. Para demostrar el vicio de ese proceso, puede provocar el nuevo análisis de esa información, revisando registros si existen o llamando nuevamente a quien introdujo la información si lo considera más conveniente, ya que hay que someterlo nuevamente a un examen o contraexamen. También puede introducir la información faltante, demostrándole al Tribunal de impugnación como esa nueva información cambia la relación de coherencia que ha utilizado el tribunal que condeno. **No hay límites en la demostración de estos vicios y nada tiene que ver el problema de la inmediación del tribunal de primera instancia.** La nueva prueba o el nuevo examen de la prueba, o el análisis sobre los registros - todas posibilidades que se pueden dar en un caso- se da en audiencias orales y públicas y, por lo tanto, con inmediación, ante los jueces de revisión. Como vemos nada de esto se relaciona con la idea de “segunda instancia”. Nadie propugna que la revisión se convierta en un nuevo juicio. Se trata de

agregar un mecanismo más para asegurar la *calidad de la sentencia de condena, que es la nueva herramienta de garantía que se le ha otorgado al imputado*. Lo que debe quedar claro es que lo que se litiga ante el tribunal revisor es si hubo o no un error en la aplicación de las reglas objetivas de valoración (credibilidad, peso, coherencia) que han provocado una errónea admisión de la acusación. Para poder discernir eso el tribunal revisor deberá atender al litigio concreto que le presenten las partes y el impugnante deberá demostrar, por cualquier medio, que existió ese error. Lo podrá hacer mediante la simple señalización de la información que se encuentra registrada o presentar de nuevo esa información para que los jueces de revisión puedan discernir si existió o no ese error y, en su caso, invalidar la condena. En términos generales, esa declaración de nulidad provocará un nuevo juicio (reenvió) o, en algunos otros, puede llevar a la absolución directa, ya sea porque se ha provocado un estado de duda insuperable o por la aplicación de otras razones (nuevas calificaciones, prescripción, violación del derecho a una decisión en tiempo razonable, etc.).

10. Lo dicho hasta aquí nos lleva a considerar que si no se ha garantizado una revisión integral de la condena -mucho más aún cuando ella se ha agravado en segunda instancia, es decir, que hay una parte de esa condena que no ha tenido ningún recurso ordinario- esa condena no puede ser considerada válida según los parámetros de la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica que hace la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. La consecuencia usual es la necesidad de un nuevo juicio, pero aquí funciona el principio de “reformatio in pejus” en un sentido muy amplio: *no se puede agravar la situación del imputado en base a la aplicación de garantías pensadas en su favor*. Es decir, si la condena es inválida por los

incumplimientos señalados, ello no quiere decir que se pueda agravar la situación del condenado, retrotrayéndolo a una situación de prisión preventiva o haciendo del nuevo juicio una forma de castigo. En casos en los que, además, ha pasado suficiente tiempo se entiende que deben existir limitaciones muy concretas a la revisión, ya sea porque es posible remediar directamente la errónea valoración o porque el nuevo juicio debe ser realizado siempre y en todo caso con la libertad plena que es el principio general que rige todo el proceso penal.

11. Por todo lo que he expuesto, estimo que se debe considerar que las limitaciones que han existido a la hora de presentar el recurso, y la decisión que se ha tomado en base a esas limitaciones, no responde a los estándares que hoy se han establecido como parte insoslayable de los derechos del condenado. La revisión integral de la condena es, pues, un derecho fundamental dentro de las garantías judiciales que tienen protección constitucional y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del Bloque de constitucionalidad.


Alberto Binder
Alberto M Binder.

DNI 12317673