



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**DESAFÍO DEL ABOGADO DEFENSOR EN LA FORMULACIÓN DE SU
TEORÍA DEL CASO EN EL JUICIO POR JURADOS DE MENDOZA**

MAESTRIA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

COHORTE 2°

Tesista: Abog. María Alejandra Ferrara

Director: Abog Magister María Florencia Calabró

Co Director: Abog Magister Franco Camilo Fausti

MENDOZA, 31 de Mayo de 2021

Resumen

En el presente trabajo se demostrará que si bien el camino elegido en 2018 por la Provincia de Mendoza al legislar el Juicio por jurado, es el correcto, aún falta atravesar numerosos desafíos para lubricar el sistema y cumplir con el objetivo del Constitucionalista de 1853, y obtener un sistema penal justo.

Desde antaño se ha estudiado y desarrollado la Teoría del caso en el sistema Penal, tanto para la parte acusatoria como para la Defensa. Frente al cambio de paradigma operado con la vigencia de la Ley 9.106, aquella no ha quedado obsoleta, pero es insuficiente frente a los nuevos desafíos que se presentan. Este trabajo hará hincapié en el reto que tiene el abogado defensor en desempeñarse en el ámbito de la oralidad, frente a un jurado lego, cuando su preparación académica ha sido netamente escrita y siempre frente a un jurado de Derecho.

Finalmente se planteará, la importancia de adquirir capacidades blandas e inteligencia emocional para que los abogados del acusado puedan llevar a cabo una defensa sólida de cara a un jurado popular, y así obtener un resultado favorable para el cliente que depositó su confianza y libertad en ellos.

Es necesario, en este nuevo escenario que el defensor penal tenga la formación para litigar y ejercer una defensa eficaz, colaborando en la buena administración de justicia.

Palabras claves: Juicio por jurados, teoría del caso, oratoria, capacidades blandas, inteligencia emocional.

ÍNDICE

Resumen	1
Introducción	4
CAPITULO I	6
1. Planteo del problema	6
2. Objetivos	6
2.1. Generales	6
2.2. Específicos	7
CAPITULO II	8
1. Hipótesis	8
2. Antecedentes	9
2.1. Juicio por Jurado: Definición y Tipos.....	9
2.2. Recepción Constitucional del Juicio por Jurados y en Legislaciones Provinciales..	9
2.2.1. Derecho Comparado.....	12
2.3. LEY 9106. El caso de Mendoza, Análisis Y Características.....	14
2.3.1. Competencia	14
2.3.2. Composición del jurado.....	14
2.3.2.1. Impedimentos.....	15
2.3.2.2. Obligaciones.....	16
2.3.3. VOIR DIRE	16
2.3.4. Alegato de apertura.....	19
2.3.5. Examen de testigos y peritos.....	22
2.3.6. Oralidad	25
2.3.7. Alegatos finales.....	26
2.3.8. Instrucciones y sentencia.....	27
2.3.9. Recursos	32
2.4. El Rol del defensor.....	34
2.5. Teoría del caso.....	36

2.5.1. Manifestación de la teoría del caso en el alegato de apertura.....	40
2.6. Técnicas de litigación oral.....	44
2.7. Oratoria	46
2.7.1. Lenguaje corporal.....	50
2.8. Competencias blandas e inteligencia emocional.....	52
3. Conclusiones	58
Bibliografía	60

Introducción

El presente trabajo tendrá la intención de demostrar que en la actualidad el Abogado defensor de Mendoza tiene un gran trabajo por delante, dado el cambio de paradigma que operó con la sanción de la Ley 9106, que establece el Juicio por Jurados. La participación ciudadana en la impartición de justicia la estableció el Constitucionista en 1853 y fue ratificada con la reforma del 1994, que pudiendo eliminarla, no lo hizo. Al año 2005 (cuando la primera provincia instrumenta el instituto) fueron 152 años de debate respecto de la conveniencia o no de que Argentina delegue en ciudadanos comunes el poder de justiciar, así opiniones en favor y en contra del instituto. Hoy zanjada la cuestión en algunas provincias que se embarcaron en la nueva experiencia de que un imputado sea juzgado por sus conciudadanos, toca analizar si más allá de la Ley en sí misma, si más allá de la cuestión dogmática, el abogado penal cuenta con todas las herramientas para llevar adelante con éxito una defensa frente a un juicio por jurados. Un jurado compuesto por ciudadanos de a pie, que no conocen el derecho, que nada entienden de valor probatorio, cuestiones de constitucionalidad, debido proceso y los preceptos que guían la vida profesional de un abogado, un jurado que solo tiene la noción innata de justicia pero que tampoco podrían definirla. Frente a ese jurado, el abogado defensor deberá aplicar los conocimientos adquiridos en su preparación universitaria, que nada tienen que ver con la oralidad y que fue educado en defender su tesis frente a un Juez que aplica el Derecho. Sin duda, que al mirar la currícula de cualquier Facultad de Derecho se encontrará con que en materia penal sólo se estudia Teoría del Delito, Ejecución de la pena y el análisis del derecho de fondo de parte especial, pero nada respecto de oralidad, teoría del caso, técnicas de litigación (y todo esto antes instrumentar el jurado popular), es decir que para poder llevar una defensa eficaz frente a un Juez de derecho, el profesional debía seguirse capacitando.

Cuanto más debe capacitarse hoy, que en el caso de Mendoza la ley data del 2018 y que a la fecha es poca la doctrina que se encuentra respecto de cómo poner en práctica el juicio por jurado, son pocos los juicios llevados adelante como para tener una jurisprudencia que sea orientadora. Por lo tanto el abogado defensor mendocino está un momento crucial del Derecho Argentino, es parte de ese cambio y como se intentará demostrar en el presente trabajo, las herramientas que no les provea el sistema jurídico argentino para llevar a cabo una defensa eficaz deberán obtenerla de otras ciencias. Lo tradicional como se conocía hasta ahora respecto del desarrollo de un juicio penal oral, la teoría del caso y técnicas de litigación, no

quedó obsoleto, pero mínimamente debe ser actualizado y *aggiornado* al momento que se está transitando. Este trabajo pretende demostrar esa necesidad de actualización, frente a la hipótesis de no estar preparados para hacer una defensa correcta frente a un juicio por jurados. Una vez que se demuestre este extremo, se pondrá el foco en solucionar este inconveniente e investigar cuales son las alternativas que ofrecen otras ciencias para hacerle frente.

1. Planteo del problema

Si bien el Juicio por Jurados tuvo acogida constitucional desde 1853, recién en 2005 fue operativa con la Provincia de Córdoba como pionera. Al ser un tema novel en Argentina y con gran relevancia jurídica por el cambio de paradigma que representa involucrar a los ciudadanos como impartidores de justicia (hasta el momento era un poder monopolizado por el Estado), es que se hace necesario saber si los abogados se encuentran a la altura de las circunstancias.

¿Está el abogado defensor capacitado para llevar a cabo una defensa diligente frente a un jurado popular?

Los estudiosos que desarrollaron la Teoría del Caso ¿se ocuparon en específico de la presentación a un jurado lego y no de derecho? Lo mismo puede preguntarse respecto de las Técnicas de la oralidad aplicadas hasta el momento.

Y como punto central ¿Tiene la misma importancia el alegato de apertura en un Juicio por Jurado que un Juicio tradicional? En caso negativo, ¿Cómo hacer que el Discurso inicial impacte al jurado popular y persista durante el desarrollo del juicio como una guía? Es decir, ¿cómo hacer que se convierta en los cimientos sólidos de la Teoría del Caso?

2. Objetivos

El presente trabajo investigara distintas fuentes para dar respuestas a los interrogantes planteados en el apartado anterior y elaborar una serie de recomendaciones para los letrados que ejerzan la función defensora frente a juicios por jurados.

2.1. Generales

En primer lugar se determinará cómo se receptó el Juicio por Jurado en el derecho comparado, cómo se legisló el instituto en el Derecho local y se analizarán las características de la Ley 9.106. A posterior se analizarán los criterios instaurados por la doctrina local e internacional respecto de la Teoría del Caso y las técnicas de litigación oral. De la confrontación de estos criterios y de las características de la Ley mendocina, se

estará en condiciones de establecer si es necesario formular una nueva Teoría del caso para Mendoza, y en ese caso, establecer el contenido.

2.2. Específicos

Determinar la importancia que tiene el alegato de apertura en un juicio por jurado y cómo volverlo magistral, que el jurado lo tome como guía para el resto del procedimiento. Por último, establecer nuevas herramientas que ayuden a este cometido.

1. Hipótesis

Como se manifestara *ut supra* la implementación del jurado popular es nueva en Argentina, data del 2005, y no se trata de una mera reforma sino de un real cambio de paradigma: compartir con el pueblo el monopolio de la justicia que tenía Estado. En Mendoza es más nuevo aún, la Ley 9.106 fue sancionada en 2018 y si bien hubo acordadas y se dictaron capacitaciones para los ciudadanos que ocupasen el lugar de jurados y para los operadores jurídicos, es conocido que en el estudiante de derecho que egresa en el territorio de la Nación con conocimientos de fondo en derecho penal y en materia procesal solo lo que atañe al código de procedimiento de su respectiva provincia, pero es en su vida profesional cuando debe capacitarse respecto a lo que es la teoría del caso (por cursos o posgrados), y por ello es que se afirma como hipótesis que si se obtienen conocimientos básicos en la formación universitaria y en grados de perfeccionamiento se obtienen conocimientos tradicionales, la materia en estudio está poco desarrollada, tiene aristas inexploradas. Es por todo esto, que como segunda afirmación, puede decirse que el abogado defensor tiene el desafío de construir una teoría del caso aplicada al juicio por jurado y para ello valerse de herramientas nuevas y otras ciencias. Deberá cambiar su sistema de trabajo, por uno que le permita pensar cada una de las etapas de construcción de la teoría del caso, de modo sencillo, accesible y memorable para los jurados de tal forma que le permita afrontar los juicios de manera estratégica, eficiente e integral, trabajando en equipo, orientando mayormente la destreza del abogado defensor a la persuasión del jurado popular, haciendo hincapié en las habilidades blandas. Por último, deberá ser consciente de la relevancia que adquirió el discurso de apertura, importancia que antes no tenía, y hoy puede sellar la suerte del defendido.

El abogado debe comprender que en la situación actual no podrá ejercer eficazmente la tarea que su defendido le encomendó, pues si quieren garantizarse buenos resultados, deberá ser consciente que tiene un arduo camino por recorrer.

2. Antecedentes

2.1. Juicio por Jurado: Definición y Tipos

Es necesario elegir una definición del instituto para dar inicio al análisis pormenorizado de la legislación. Entre todos los conceptos se eligió el más armónico al presente trabajo (transcripto a continuación) y es de Manuel Ossorio: “El tribunal constituido por ciudadanos que pueden o no ser letrados y llamados por la ley para juzgar, conforme a su conciencia, acerca de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, limitándose únicamente a la apreciación de los hechos (mediante un veredicto), sin entrar a considerar aspectos jurídicos, reservados al juez o jueces que, juntamente con los jurados, integran el tribunal” (Ossorio, 2013, pág. 528).

Este tribunal puede adoptar diversas formas, y según su participación ciudadana se podrá clasificar en jurado anglosajón o tradicional y escabinado, aunque no necesariamente se dan de forma pura, es decir, que se encuentran modelos mixtos. El jurado tradicional se aplica en Reino Unido, España, Canadá y Estados Unidos y los ciudadanos legos sólo dictan veredicto de culpabilidad o inocencia, siendo el Juez profesional quien decide la pena. En contraposición se encuentra el jurado escabinado dónde los ciudadanos legos junto a un Juez profesional se expiden respecto de la culpabilidad y ambos deciden sobre la pena, este sistema fue acogido por Francia, Suiza, Italia. En un lugar intermedio se encuentra el sistema mixto, adoptado por Noruega y Bélgica, que deja en manos del jurado lego la determinación de la culpabilidad y el Juez conjuntamente con ellos se expedirá sobre la pena. (González Vásquez, Quintana, & Puppio, 2003, pág. 376)

2.2. Recepción Constitucional del Juicio por Jurados en Legislaciones Provinciales.

Curioso es el caso de la República Argentina que desde la Constitución de 1853 acoge el Juicio por jurado y recién se hizo operativa por primera vez, en 2005, en la Provincia de Córdoba (Provincia que también había establecido en su Constitución la participación ciudadana en juicio, décadas antes). El art. 118, concordante con los art. 75 inc. 12 y 24 disponen que *"todos los juicios criminales ordinarios se terminarán por jurados..."*.

Maier manifiesta que la decisión de incluir al juicio por jurado en la Carta Magna no fue una decisión arbitraria, sino que por el contrario acompaña a la ideología política que

siguió la Constitución (el Iluminismo y el liberalismo burgués). Además, razona que no se trata de una mera organización judicial sino que se constituye en un verdadero derecho fundamental para todos los ciudadanos ser juzgado por sus pares. (Maier, 2004, pág. 777)

Hoy, zanjada parcialmente la deuda del legislador en regular el Jurado popular, y en camino a que cada Provincia legisle su instituto, crece la opinión en que debería ser el Congreso de la Nación quien la legisle, ya que el mismo constitucionalista le otorga esa facultad en el art. 24 y por el bloque de constitucionalidad y el principio rector de igualdad ante los tribunales, debería el Congreso dar las bases uniformes para todo el territorio de la Nación¹ y que se delegue en las Provincias los aspectos procedimentales (cantidad de jurados, forma de relacionarse, instrucciones, convocatorias, etc.). Se han debatido arduamente los pros y contras de este sistema judicial (distintas opiniones derramadas en más de 150 años), pero lo cierto es que comenzó el cambio desde las Provincias a las que se hará referencia a continuación.

Córdoba en 2005 dio el primer paso, sancionando la ley 9.182 y adoptando el sistema escabinado, compuesto por 8 jueces legos y 3 jueces profesionales. La votación es por simple mayoría y en caso de empate decide el Juez técnico, ambas cuestiones sospechadas de inconstitucionalidad. La competencia de este jurado es frente a delitos que ley enuncia taxativamente (pero todos tienen un máximo de la escala penal de quince años de pena privativa de la libertad o superior), y será el Tribunal –a pedido de partes– nunca de oficio, quien dispondrá su integración con jurados. Otro aspecto a tener en cuenta es que la sentencia de absolución es recurrible, punto de innegable importancia, y que difiere de otras regulaciones.²

Después de llevarse a cabo la prueba piloto en Córdoba, con sus aciertos y errores pero finalmente aceptada por la doctrina la aplicación del Jurado popular, en 2011 Neuquén reguló el instituto³, con algunas fallas que llevaron a celebrar el Taller Internacional de Juicio por Jurados en 2015. Al igual que Chaco, determinó la obligatoriedad del Juicio por jurado, aspecto que las diferenció de Buenos Aires donde el Jurado es optativo para el imputado y en el caso de Córdoba como ya se explicase el Juez profesional decide a pedido de parte (ya sea el imputado, el MPF o la querrela). Un aspecto que critica la doctrina es que también eligió la mayoría de votos para determinar la culpabilidad y no la

¹ (Cafferata Nores, y otros)

² (Ley 9182, 2005)

³ (Ley 2784, 2011)

unanimidad como sí lo hizo Chaco⁴, aunque supero la legislación de Córdoba que solo exige mayoría simple. Buenos Aires⁵ también hizo lo suyo, reguló el instituto en 2013 con competencia en delitos que tengan una pena máxima que superen los 15 años (en caso de concurso de delitos, que alguno de ellos la supere), aunque no hizo la lista taxativa de Córdoba. Como se manifestó anteriormente eligió un sistema optativo para el imputado y en el caso de que sean varios, la renuncia de uno alcanza a los demás. En el caso de la votación introdujo una novedad, ya que si bien exige una mayoría agravada si quiere (10/2), se solicita unanimidad para los casos en donde la pena pueda ser prisión perpetua. Esta corriente de hacer un “sistema mixto” en la votación, según cual es el resultado de la deliberación, se ha ido aplicando en las nuevas legislaciones, por ejemplo Rio Negro, exige unanimidad para determinar inculpabilidad o culpabilidad, pero frente a un estancamiento se admite la mayoría agravada (10/2). La situación de jurado estanco también tuvo distintas recepciones, algunas lo regularon y otras, como Neuquén, no lo hicieron. Aquellas legislaciones que sí lo receptaron, le dieron distinto tratamiento, Buenos Aires y Chaco frente a un estancamiento establecen la reapertura del debate, en caso de no superarse el estancamiento podrá disolverse el jurado y realizar un nuevo juicio, que será el último, ya que en caso de volverse a estancar deberá absolverse al imputado.

Un aspecto que no es para pasar por alto es la cuestión de género que todas las legislaciones provinciales, a la fecha, tienen en común. Todas ellas plantean que el jurado popular debe estar compuesto por hombres y mujeres en igual medida, buscando con esto la no discriminación y en definitiva que sea un jurado que verdaderamente represente a la sociedad. Cuando se plantea que este es un punto relevante, no es sólo por la igualdad de género (sin menospreciar el movimiento), sino que es un punto que debe tener en cuenta el abogado defensor y explorar cómo volverlo una herramienta estratégica en su Teoría del Caso.

Hasta ahora, pueden obtenerse algunas conclusiones parciales. Primero que si bien fueron 150 años de vacío legislativo y se desarrolló basta doctrina a favor y en contra de la instauración del instituto, recién en los últimos 15 años pudo comenzar a escribirse sobre el jurado en concreto. Este periodo fue de adaptación, descubriendo los aciertos y errores de las regulaciones, por lo tanto a pesar de ser un tema sumamente desarrollado, a la fecha

⁴ (Ley 7661, 2015)

⁵ (Ley 14543, 2015)

continúa teniendo aristas desconocidas y polémicas. Si esto es un desafío para la doctrina, cuanto más lo es para el abogado defensor que se encuentra con su cliente a punto de enfrentar un jurado popular. Sobre este aspecto se expidieron las Dras. Bakrokar y Chizik, pues manifestaron que en Buenos Aires, en la actualidad, hay una alta tasa de renuncia al jurado (recuérdese que allí el sistema es optativo) y al indagar sobre las razones, se determina que al estar frente a un nuevo paradigma tanto los abogados defensores, como el propio imputado, no terminan de comprender acabadamente de qué se trata el juicio por jurados. Y es lógica la consecuencia, frente a lo desconocido se va a lo seguro, es decir, eligen el camino que tenga mejores “chances”⁶, desvirtuándose de esta manera el objetivo central del juicio por jurado, vulnerándose el derecho fundamental del imputado previsto por el Constitucionalista del ’53.

2.2.1. Derecho Comparado

Inglaterra implementó el Juicio por Jurados desde la época monárquica como un freno al poder estatal y consagrándose como una garantía procesal. Ese mismo criterio se trasladó a Estados Unidos en la época colonial, que a lo largo de los años fue tomando rango constitucional después de la Revolución e Independencia, que sirvió como modelo a seguir para la Constitución Argentina de 1853. Actualmente en Estados Unidos existen dos tipos de Jurados populares: El Gran Jurado y el pequeño jurado. El Gran Jurado, de origen inglés, está compuesto por 16 a 23 personas y solo deliberan respecto de la prueba admitida por el Juez profesional y el veredicto será para que el acusado pase a ser juzgado a otro tribunal o no. El pequeño jurado estará integrado por 12 personas y 3 suplentes que serán seleccionados luego del *voir dire* y tendrá competencia para juzgar delitos con penas superiores a los 6 meses. Una vez desarrollada la prueba, el Juez profesional le dará instrucciones de cómo valorarla y luego de deliberar, el jurado escogerá un presidente quien será el encargado de dar el veredicto de culpabilidad o inocencia. El Juez profesional más adelante será quien imponga el quantum de la pena.

España tuvo un éxito relativo en aplicar esta institución, fue reinstaurada en la Constitución del 78, luego de haber sido suprimida en la era de Franco. Se cristalizó con la Ley Orgánica 5/1995 y establece la participación ciudadana en la administración de justicia a través del juicio por jurado y le da competencia para juzgar los delitos de: a) Homicidio. b) Amenazas. c) Omisión del deber de socorro. d) Allanamiento de morada. e)

⁶ (Letner & Piñeyro, 2017, pág. 18)

Incendios forestales. f) Infidelidad en la custodia de documentos. g) Cohecho. h) Tráfico de influencias. i) Malversación de caudales públicos. j) Fraudes y exacciones ilegales. k) Negociaciones prohibidas a funcionarios. l) Infidelidad en la custodia de presos.

La ley establece los requisitos para ser jurado, las inhabilitaciones, incompatibilidades, prohibición, causales de excusación y la composición del tribunal y su funcionamiento. Serán 11 ciudadanos elegidos para desarrollar el juicio (9 titulares, 2 suplentes) y un Magistrado profesional, este órgano no será permanente sino que se conforma para cada juicio.⁷

Alemania adopta el sistema escabinado, como ya se mencionara anteriormente, y se encuentra regulado por la ley de Reforma Procesal Penal del año 1975, que también hizo una transición del sistema inquisitivo al acusatorio. Según la importancia del caso penal conocerá el juez penal individual, el tribunal escabinado (compuesto por un juez de carrera "*Berufsrichter*" –serán dos si es un asunto importante-),y dos legos llamados escabinos ("*Schoffen*"); la Sala de lo Penal ("*Strajkammer*") de la Audiencia Provincial ("*Landgericht*"), estará compuesta por tres jueces de carrera y dos escabinos; en delitos muy graves, el Tribunal de Jurado ("*Schwurgericht*"), estará formado por tres jueces de carrera y dos jurados. Estos jurados legos deberán estar seleccionados previamente para cumplir con el precepto de "juez legal predeterminado" y una vez desarrollado todo el juicio, el tribunal deliberará y dictará sentencia "según su libre e inspirada convicción en relación con lo que se deduce del proceso", sin tener que sujetarse a ningún criterio de valoración legal de prueba.

En América Latina, encontramos una legislación muy variada de los países que regulan el Juicio por Jurado. En Brasil, con rango constitucional, lo implementa para delitos graves (contra la vida) dolosos, con 7 integrantes que no deliberan. El Salvador instrumenta un juicio por jurado con 5 integrantes y con competencia en delitos de lesiones, lesiones graves y muy graves, lesiones agravadas, relativos a la autonomía personal y daños y daños agravados. Cuba tiene instrumentado el Juicio por jurado para todos los delitos, pero de acuerdo con la gravedad de éste será la cantidad de jueces profesionales participen. Colombia tiene receptado en su Constitución la participación ciudadana en la administración de justicia, pero a la fecha no está instrumentada por ley. Chile funcionó de manera interrumpida por un reglamento y solo para los casos de imprenta y así

⁷ (Ley Orgánica 5/1995, 1995)

garantizar con la participación ciudadana la libertad de prensa. Bolivia reguló un jurado escabinado, integrado por 2 jueces técnicos y 3 legos, pero por problemas de índole prácticas en su aplicación que provocaron congestión judicial es que se suprimió el instituto en 2014.

Uruguay, Paraguay, Perú, entre otros, aún no tienen incorporado este instituto a sus legislaciones. (Fuchs, Fandiño, & Gonzalez Postigo, 2018, págs. 517-519)

2.3. LEY 9106. El caso de Mendoza, Análisis Y Características

Hasta ahora se ha analizado el devenir histórico del Juicio por Jurado y cómo fue tratado en el derecho comparado, ahora se realizará un detalle pormenorizado de cómo está regulado en la Provincia de Mendoza.

A partir de 2018 la Provincia se sumó a los aires de cambios imperantes en el sistema judicial argentino. Atento a la manda constitucional, el legislador provincial estableció un juicio por jurado de corte anglosajón o tradicional, donde el jurado tiene plena libertad para debatir en privado sin injerencia del Juez profesional.

2.3.1. Competencia

El legislador estableció que los delitos que juzgarán son los del art. 80 del Código Penal Argentino y cuando éstos estén en concurso con otros delitos. Para determinar si corresponde la conformación del jurado deberá estarse a la calificación hecha en la elevación a juicio. El art. 2 en su parte final intenta garantizar la imparcialidad del jurado, estableciendo que se puede cambiar de circunscripción el procedimiento, cuando los hechos que se juzguen tengan una relevancia tal que hayan conmocionado a la comunidad. Pero será a pedido del imputado y mediando una audiencia pública donde el Juez decidirá y en caso de que resulte justificado se realizara un sorteo para determinar la nueva circunscripción.

2.3.2. Composición del jurado

El jurado estará compuesto por 12 miembros titulares y 4 suplentes, todos ellos deben ser ciudadanos argentinos (naturales o naturalizados, con no menos de 5 años de ejercicio de la ciudadanía), 4 años de residencia en la provincia y 2 en la circunscripción en la que se desempeñará el jurado. Deben ser mayores de edad y

menores a 75 años, comprender el idioma y saber leer y escribir. La ley hizo referencia acertadamente a la cuestión de género que se mencionó anteriormente e impuso que el jurado este conformado por el 50% mujeres y 50% varones.

2.3.2.1. Impedimentos

Dado que la naturaleza del instituto es la participación ciudadana en la administración de justicia (descentralizando el poder del Estado), y que el imputado pueda gozar del derecho a ser juzgado por sus pares (que se van a ceñir al desarrollo de los hechos y sus pruebas para determinar su culpabilidad o no), es lógico que el art. 5 impida ser jurados a los integrantes del poder público tanto de la esfera Nacional como Provincial o local. Como también es lógico que se vete a los conocedores del derecho cuando quienes deben juzgar revisten el carácter de legos.

También fueron impedidos los integrantes, en servicio activo o retirado, de las fuerzas armadas, de seguridad y del Servicio Penitenciario. Los Ministros de un culto, ya que su imparcialidad se vería afectada por su sistema de creencias. [...] “Las autoridades directivas de los partidos políticos reconocidos por la Junta Electoral de la Provincia o por la Justicia Federal con competencia electoral. Los cesanteados o exonerados de la administración pública nacional, provincial o municipal, o de las fuerzas de seguridad, defensa y/o del Servicio Penitenciario” [...], pues es lógico que su conducta no les permita tener la autoridad suficiente para determinar el destino del imputado. “[...] Los fallidos por el tiempo que dure su inhabilitación por tal causa. [...] Los imputados que se encuentren sometidos a proceso penal en trámite, el impedimento se explica por sí mismo al igual que las personas condenadas por delitos dolosos a una pena privativa de libertad, hasta después de cumplido el plazo del artículo 50 del Código Penal y los condenados a pena de inhabilitación absoluta o especial para ejercer cargos públicos, mientras no sean rehabilitados. [...] Las personas condenadas por crímenes de lesa humanidad. [...] Quienes conforme certificación médica de efector público no tengan aptitud física y/o psíquica suficiente o presenten una disminución sensorial, que les impida el desempeño de la función. [...] Los incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, este último inciso vuelve a traer a escena la cuestión de género.

Para ser seleccionados, se encomendó la tarea a la Junta electoral de elaborar listas con los ciudadanos que estén en condiciones de ser jurados, lista que deberá ser publicada

en la Web del Poder Judicial a los efectos de plantear, errores u omisiones en la selección. Este listado principal tendrá vigencia por un año.

Quince días hábiles anteriores a la fecha de inicio del debate el Juez fijara audiencia, en la que deben participar las partes, a los fines de realizar el sorteo de 48 ciudadanos (respetando las cantidades exigidas respecto del género). En esta misma audiencia se fijará fecha de una nueva audiencia, debe celebrarse cinco días antes del juicio a los fines de seleccionar los jurados definitivos que participarán en el debate.

2.3.2.2. Obligaciones

Los jurados tienen el deber de informar al juez los cambios de domicilio o cualquier circunstancia que los inhiba para desempeñarse en el tribunal. También pesa sobre ellos el deber de reserva, tanto para los que queden seleccionados, como aquellos que fueron depurados en la primera audiencia de selección de jurados (quienes tienen prohibido dar a conocer la identidad del resto de convocados). El art. 35 impone la obligación de los jurados a informar al Juez cualquier presión sufrida para pronunciarse de determinada manera. Deben guardar reserva de su opinión y el sentido de su voto.

Los jurados tienen una carga pública, por lo tanto deben comparecer a las audiencias y a los debates, de lo contrario podrán ser imputados por el art. 239 del Código Penal. No podrán intervenir durante el debate para hacer preguntas ni comentarios, ya sea al imputado, testigos o peritos. Deberán seguir las instrucciones que les dé el Juez para llevar a cabo la deliberación, en la que deberán elegir un presidente que se encargue de emitir el resultado. Finalmente pesa sobre ellos el deber de emitir un voto de culpabilidad o no, ateniéndose a la prueba obtenida durante el debate y las instrucciones dadas por el Juez.

2.3.3. VOIR DIRE

El art. 10 instrumenta la audiencia de selección de jurados, donde tendrán lugar las actividades del art. 11: Excusación y recusación. Aquí el Código Procesal Penal podrá aplicarse supletoriamente.

Reza el art. 12: “Puede excusarse de integrar el Jurado quien alegue haber ejercido como Jurado en otra oportunidad durante el mismo año calendario o tenga algún

impedimento o motivo legítimo de excusación, los cuales deben ser valorados por el Juez [...]”.

Por otra parte los art. 13 y 14 establecen las recusaciones, punto de relevancia para éste trabajo. De éstas normas surge en el *voir dire*, la posibilidad de la defensa (también para el acusador, pero no es el tema central del presente estudio) de “deseleccionar” el jurado, tarea de vital importancia para establecer un jurado que sea afín a sus intereses. El legislador le da la herramienta de recusar con causa (por prejujuamiento público y manifiesto, por circunstancias que afecten su imparcialidad, odio, interés en el caso, etc.) y sin causa. El defensor realizará el examen de cada jurado y una vez que se determine la causal, hará el planteo correspondiente y quedando el/los ciudadanos excluido/s de participar como jurado. A idéntica solución se llega cuando la exclusión es sin causa, aunque la norma le impone una limitación en la cantidad de veces que puede realizarse (4 exclusiones), procurando evitar la dilación del procedimiento y por esta misma razón es que, también, se determinó que en caso de pluralidad de partes (varios acusadores – acusador y querellantes- y varios imputados), deben ponerse de acuerdo en la selección que hagan del jurado a excluir, hasta llegar al cupo de 4. Es lógica una solución de esta naturaleza dado que, como se mencionara *ut supra*, se está a cinco días de comenzar el debate, sería entorpecer el instituto dejar que las partes “deseleccionen” infinitamente jurados.

Esta audiencia es donde el abogado defensor mostrará por primera vez su destreza, capacitación y preparación en la teoría del caso. El litigante tiene que tener clara su teoría, saber cuál es la historia que tiene que contar, anticiparse a las posibles teorías del oponente y así sabrá que personas, ya sea, por sus convicciones, su historia de vida, sus prejuicios, sus intereses, o cualquier otra razón, aceptará su teoría del caso, o rechazará la teoría del oponente.

Para conocer el perfil del jurado, el abogado deberá hacer las preguntas correctas y de la forma correcta. No es una audiencia de mero trámite, pues lo ciudadanos estarán nerviosos (es una experiencia nueva y, además, se les informará que en sus manos tienen la suerte de una persona), y serán reticentes en contestar preguntas que revelen su personalidad (nadie reconocería que tiene prejuicios de raza o estatus social, sí se le preguntara), incluso puede suceder que el posible jurado tenga interés en el caso que se llevará a cabo (un militante del feminismo en un juicio por femicidio, por ejemplo)

e intentará ocultar su fanatismo para poder participar. Respecto de las formas, el abogado debe recordar que está hablando con alguien que no tiene su preparación en leyes y deberá evitar utilizar el lenguaje técnico al que acostumbra y debe formular las preguntas de manera sencilla. Cuando la respuesta que se busque es sobre un tema sensible, deberá preparar una estrategia y evitar la brutalidad. No formular preguntas complejas de varias partes por temor a quedarse sin tiempo. Es recomendable por la doctrina comparada que realice preguntas abiertas, la información que se recaba es mucho más rica que la obtenida por una pregunta cerrada, muchas veces inconducente. Incluso, en busca del perfeccionamiento, establecer un cuestionario previo aceptado por el juez y la contraparte (en una audiencia preliminar), donde se evitaría perder el tiempo con preguntas inconducentes en la audiencia y por el contrario, serían preguntas estudiadas y con datos relevantes para las partes. Inclusive con el uso de un cuestionario se obtendría más sinceridad, ya que el jurado no debería contestar frente al resto aspectos privados. Yendo en la búsqueda de perfeccionar el sistema, el cuestionario podría remitirse antes de la audiencia para que el jurado tenga tiempo de responder sinceramente y esté en la comodidad de su hogar. Aún más, podría ser devuelto el cuestionario contestado antes de la audiencia prevista, para que las partes analicen con tiempo y claridad los datos obtenidos, buscando un jurado imparcial acorde a la estrategia de defensa. Aunque respecto de esto último, debe tenerse en cuenta que un jurado perfecto no existe, son seres terrenales con historias de vida y un bagaje de experiencias que no los hace totalmente imparciales, por ello la importancia del rol del defensor en esa instancia.

Cuando se plantea el interrogante sobre la importancia de este punto, la misma ley da respuesta en el art. 41 inc. a. Lo que suceda en esta audiencia puede ser motivo de recurso contra la condena. Como se dijo, es el juez quien va a admitir el cuestionario (sea escrito, oral, en audiencia previa o en el *voire dire*), y a la fecha no hay parámetros respecto a las limitaciones que pueda imponer, por lo tanto, si se puso en riesgo la garantía del tribunal competente, independiente e imparcial, se habilita a recurrir el fallo. Y aquí surge una carga para el defensor, “cerciorarse que todas las audiencias y todo el proceso quede registrado en material fílmico, soportes de audio y video”, pues será la prueba que fundamente su recurso.

Como una conclusión parcial, puede afirmarse que esta audiencia es de vital importancia y el abogado deberá estar a la altura de las circunstancias, habiéndose

capacitado constantemente en el tema, ya que la materia bajo estudio es novel, no se enseña en las carreras de Grado y a la fecha no hay basta doctrina en el derecho local como sí la hay en el derecho comparado, por lo que deberá hacer mucho con poco.

2.3.4. Alegato de apertura

Este es el punto neurálgico del presente trabajo.

Valdez Díaz lo define como: “Intervención del Ministerio Público y la defensa, en la fase de juicio oral, cuya finalidad es exponer su teoría del caso y así fijar ante el juez sus posturas y pretensiones”⁸ (Valdez Díaz, 2011, pág. 21)

La ley 9106 en su art. 25 menciona escuetamente que los alegatos de apertura son la presentación del caso frente al jurado, y menciona el orden en el que se sucederán. Una lectura al pasar podría interpretar que nada cambió frente a lo regulado desde antaño en el código procesal penal. Eso sería desconocer el cambio de paradigma al que se está haciendo referencia desde el inicio de esta investigación. Sería desconocer el amplio mundo que ofrece el jurado popular. Todo ello sin ánimo de exagerar, pues hasta la fecha sólo se conocía la defensa del imputado entre sujetos del derecho, todo el proceso dirigido por un Juez técnico, que valora la prueba rendida, que aplica el derecho, que dicta sentencia y la fundamenta de manera lógica. El desempeño del defensor fue siempre frente a este juez que tiene el conocimiento del derecho y la experiencia del estrado, por lo tanto el primer alegato donde se presentaba el caso y las bases de la defensa no marcaban la dirección del debate, mucho menos modifican el ánimo del Juez, ya el juicio descansa en los términos de la acusación. Quizás en este sentido tienen más relevancia los alegatos de cierre, donde la defensa procede a manifestar que la contraparte no demostró su tesis y busca justificar, con la prueba desarrollada, la suya.

Pero este escenario tradicional que se había aprendido en los años de estudio (universitario de una manera superficial y de cursos de perfeccionamiento para poder ejercer de manera eficaz, que se completaban con “los años de caminar tribunales”) cambió. El juez ya no es uno sólo, son varios sujetos que no hablan nuestro lenguaje, y como se mencionara previamente es un desafío encontrarlos imparciales. Es este jurado al que se debe convencer para que adopte la teoría del caso que plantee la

⁸ (Valdez Díaz, 2011)

defensa. Es aquí donde toma relevancia el alegato, va a ser el primer contacto que el jurado tenga con el caso, se planteara la primera impresión y no hay segunda oportunidad para una primera impresión. El defensor deberá ser capaz de impactar al jurado con su discurso, haciendo que no se olvide a lo largo del debate, incluso más, que ese discurso sea tan intenso que los jurados al recibir las pruebas lo hagan desde la óptica que les planteo el defensor.

Por lo dicho hasta aquí se concluye que se trata de un discurso preparado minuciosamente, no debe ser improvisado... ello provocaría tener un final anunciado.

En concreto, un discurso de apertura tradicional (frente a un Juez de derecho) podría esquematizarse de la siguiente manera:

-Presentación del tema: Si se pudiera comparar con algo, la presentación del tema sería el título de un libro. Se puntualizará el tema sobre el que va a versar el juicio, Homicidio, Femicidio, etc. Pero la segunda parte del enunciado, que debe tener estructura bimembre, será la pretensión (alguna causal de atenuación, por ejemplo)

-Narración de los hechos: aquí se desarrolla el “¿Qué pasó? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Cómo?”, es la faz fáctica del delito que se pretende juzgar, los hechos deben ser contados en tercera persona, y se recomienda que sea de manera cronología para que el tribunal se ubique en tiempo y siga un hilo conductor.

-Planteamiento jurídico: encuadrar las conductas que se vertieron en los hechos narrados en el tipo legal de la norma que se pretende aplicar, o manifestar que no encuadra en ella si lo que se busca es la absolución.

-Promesa sobre el valor de las pruebas: una vez establecido el marco factico y jurídico, se apelará a la prueba que va a producirse de testigos, manifestando que ambos extremos quedarán probados. No debe argumentarse, porque la prueba aun no fue vertida en el proceso.

-Petición: se manifiesta la pretensión, que teniendo en cuenta los hechos, el derecho y la prueba se busca justicia, tanto para la víctima pero también para el imputado, que se sería un injusto sí se encuentra culpable.

Algunos opinan que no debe señalarse las falencias de la contraparte en el discurso inicial, ya que se le estaría poniendo en preaviso de la debilidad de su teoría del caso y tiempo para corregirlo. Pero hoy frente a un jurado lego, manifestarles esa falencia de

la contraparte, puede provocar que estén atentos en la producción de la prueba y tengan un ojo crítico respecto de lo que plantee el acusador.

Ahora bien, se ha planteado la estructura de un discurso tradicional, cabe preguntarse si a simple vista es eficaz frente a un jurado popular, o sí lo que se busca es lo ya mencionado anteriormente: que el alegato de apertura se convierta en los cimientos de la teoría del caso.

La estructura del alegato bien puede ser la misma, lo que se modificará sustancialmente es la forma de elaborarlo y de transmitirlo.

Previamente a elaborar el discurso deberá el defensor, con su equipo de trabajo elaborar cuestiones preliminares: hacer una evaluación de qué o a quién presentar y el momento en que lo hará. Revisar la evidencia exhaustivamente. Entrevistar y preparar a los testigos y expertos que propone y establecer en qué orden los presentará. Analizar en detalle las pruebas de la contraparte (MPF o querellante particular).

Ahora sí se está en condiciones de preparar el alegato, pero con algunas modificaciones a cómo lo preparaba tradicionalmente. En la presentación del tema el contenido es el mismo que se desarrolló anteriormente, pero, la forma de hacerlo varía sustancialmente, debe ser usado para impactar al jurado, provocar emociones y atenuar las consecuencias del hecho. El cuerpo del alegato que contiene los hechos, el marco jurídico y la promesa de valor probatorio, no se modifica, lo importante sigue siendo que tengan un desarrollo lógico y creíble, sobre todo creíble. Al ser un jurado lego se recomienda que se señalen los errores y puntos flacos de la contraparte, tanto de la acusación como de la teoría del caso, mostrar la debilidad de las pruebas que ofrece, y despertar interés de las pruebas que propone, prometiendo que serán el fundamento de su pedido, pero no exagerando ya que si no se cumplen las expectativas cuando se desarrolle la prueba el abogado perderá credibilidad. Este pedido final debe ser hecho de forma clara y específica. Y por último recordarle al jurado que cualquier decisión que tome tiene un impacto directo sobre la vida de una persona.

Como conclusión parcial puede afirmarse que, con la modificación introducida por la ley 9106, el alegato de apertura tomó una relevancia preponderante ya que antes se realizaba frente a un juez técnico y se recomendaba, incluso, no verter opiniones, dado que era él quien interpretaría y juzgaría. Hoy se está en las antípodas, es el primer contacto con el jurado lego y sentará las bases de todo el proceso. Más adelante, se

intentará dar consejo de cómo realizar este discurso de manera exitosa y condicionar al jurado a favor de la defensa. Piénsese la importancia central de este punto que el legislador planteo la nulidad total del debate si no se cumplía (art. 30).

2.3.5. Examen de testigos y peritos

El primer párrafo del art. 26, establece el juramento de decir la verdad so pena de nulidad y el orden en que serán interrogados, comenzando por la parte que lo propuso. Luego será el turno de la contraparte que sí podrá efectuar preguntas sugestivas, pero no engañosas, ambiguas, repetitivas o con intenciones de coaccionar a quien declare. En principio, aquí finaliza el testimonio del perito o testigo, pero puede suceder que de su declaración surjan elementos novedosos, entonces el cuarto párrafo habilita la posibilidad de realizarse un nuevo interrogatorio. Las partes también tienen la posibilidad de objetar las preguntas pero con fundamento, es decir que incumpla alguna de las formas prescriptas y será el juez técnico quien lo decida de manera directa si es manifiesto el vicio o escuchando la réplica de la contraparte. El juez, en su facultad de dirigir el proceso, debe procurar que no se utilice el recurso de la objeción para entorpecer el desarrollo de los interrogatorios.

A prima face todo muy claro, pero como litigantes debe estudiarse cuáles son esas preguntas que pueden hacerse para llevar adelante un interrogatorio correcto y sobretodo exitoso. De lo contrario, no hace falta mucha imaginación para saber cuál sería la percepción del jurado si todas las preguntas que hace el defensor fuesen vetadas, perdería credibilidad sin lugar a duda.

Interesante sobre este aspecto es el artículo publicado el 25 de abril de 2018 en la página web del Poder Judicial de la provincia de Neuquén, titulado “Juicio por jurados: Testigos desvirtuaron la teoría del caso de la fiscalía”. El artículo versa sobre la imputación de una mujer por el homicidio de su beba y que en el desarrollo de la audiencia, declaró un perito quien hizo una valoración psicológica de la imputada y concluyó que en el estado anímico no le permitía llevar a cabo una actividad compleja por la que fue imputada (punto para la defensa), luego declaró una asistente social que manifestó que la imputada sufría violencia familiar, corroborado por denuncia y exclusiones impuestas al esposo (punto para la defensa), y llegado el turno de declarar el esposo como testigo, se le explicó que podía detener su relato cuando quisiera

porque aún continuaba investigación y su declaración no era bajo juramento, empezó a testificar contestando preguntas abiertas y cuando se iba a preguntar sobre lo sucedido el día de los hechos, solicitó frenar (punto para la defensa, quizás la estocada final a la teoría planteada por la fiscalía). En ese artículo se pone de manifiesto no solo el buen interrogatorio de la defensa, sino lo que se mencionó en el apartado anterior respecto de la actividad preliminar del defensor y su equipo de trabajo, “qué y quién se presentará, y el momento en que lo hará”. Esto echó por tierra la teoría del caso del acusador⁹.

Ahora bien, la norma menciona la prohibición de “preguntas sugestivas”, “engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito” y a continuación se esbozará la implicancia de cada una.

Una pregunta sugestiva es aquella que sugiere la respuesta, por eso está prohibido hacerla en el examen directo, porque el testigo dirá exactamente lo que pretende que diga la parte que lo presentó, pero si es admitida en el contra examen. Admitir una pregunta sugestiva en el examen directo tampoco beneficiaría al presentador, porque a pesar de que la respuesta que obtenga lleve arena a su costal, para el jurado será demasiado evidente que el testigo es funcional y pierde credibilidad. Además no será necesario hacer preguntas de esta índole si se tiene una teoría del caso firme y una preparación previa adecuada, esto es no solo establecer el qué, cómo y cuándo se desarrolla la prueba, sino también en preparar al testigo. La preparación del testigo es clave porque la finalidad es que declaren para apoyar la teoría de la defensa y será necesario conocer de antemano la información que tiene el testigo para no llevarse sorpresas en el debate. No debe improvisarse, sólo en las películas sucede que se improvisa y se obtiene información tan relevante que resuelve el caso.

Si el abogado defensor hizo un buen trabajo en la preparación del testigo no tendrá que apelar a preguntas engañosas (insinuar fechas, lugares, hechos que el testigo nunca mencionó), repetitivas (esperando que diga algo distinto o a los solos efectos de puntualizar algo), ambiguas o coercitivas mucho menos.

Waldo Ortega Jarpa en su obra “Litigación oral para el proceso penal” recomienda cómo preparar al testigo. Manifiesta que es necesario una primera entrevista para

⁹ <http://www.mpdneuquen.gob.ar/index.php/2-sin-clasificar/751-juicio-por-jurados-los-testigos-que-declararon-hoy-desvirtuaron-la-teoria-del-caso-de-la-fiscalia>

conocer su perfil y su preparación académica, ya que eso influye en la manera de expresarse y en cómo dará a conocer la información que tiene. Debe informársele cómo es el procedimiento, que debe llevar D.N.I, cómo llega a la sala, dónde esperará, cómo será el interrogatorio que le harán las partes, todo ello a los fines de que se sienta cómodo, no esté nervioso y eso pueda entorpecer el desarrollo de prueba. Una técnica a utilizar es practicar el interrogatorio, cual obra de teatro, las veces que sea necesario hasta obtener los resultados querido por la defensa. De este trabajo se obtendrá un dato relevante: ¿es adecuado presentar su testimonio? Si de la entrevista surge que así lo es, debe hacerse hincapié en la estrategia de utilizar el relato de la forma que sostenga la teoría del caso y de haber puntos flacos sobre la persona del testigo o su testimonio, no encubrirlo, ya que la contraparte lo utilizará, hay que adelantarse y plantearlo en el interrogatorio directo, eso provocará que la contraparte no pueda repreguntar. Pero es necesario hacer una salvedad en este punto. Hasta ahora se ha desarrollado cómo es el procedimiento tradicional en un juicio oral pero frente a un jurado técnico?. Conviene preguntar si esta preparación del interrogatorio sigue siendo aplicable cuando la prueba debe verse frente a un jurado lego. Rápidamente podría contestarse afirmativamente y no estaría mal, hay que “peinar” al testigo para que diga lo que sabe y de forma que le sirva a la defensa y su teoría. El punto a investigar es ese: con el cambio de paradigma ¿qué es lo que le sirve a la defensa? Quienes escucharán el testimonio son un grupo heterogéneo de personas, y para ellas debe ser creíble el relato del testigo ¿cómo se logra ese grado de convicción? El abogado debe buscar otro tipo de herramientas que no están en la doctrina, ni en el Derecho para poder comprender y utilizar mejor el recurso de la oralidad, la persuasión y, en cómo modificar las formas de un tercero y que impacte en la percepción del jurado. Ya no se trata sólo de la oratoria y la forma de preguntar y la gestualidad del abogado (que de hecho también tiene que actualizarse), sino que ahora también todo ello versa sobre un tercero.

Con respecto al contra examen realizado por la defensa no se perciben mayores modificaciones con esta ley, ya que el objetivo será el mismo que antes: desacreditar al testigo y/o desacreditar su testimonio, obviamente que si el testigo sirve a la teoría del caso propuesta por la defensa, como el ejemplo mencionado anteriormente, no vaya a cometerse el error de atacar su credibilidad.

2.3.6. Oralidad

En este título se analizará el contenido de los arts. 27, 28 y 29. Los mismos vienen a fortalecer uno de los caracteres del proceso penal, la oralidad, toda la actividad que se desarrolle en el debate deben ser a viva voz, ello es así para que el imputado goce del derecho a “ser oído”, luego de haberse escuchado a testigos y peritos. La oralidad asegura eficacia del proceso, esto es un efectivo contradictorio y control recíproco de las actividades de la contraparte, razonable y adecuada defensa de los respectivos intereses y decisión final por parte de quienes asistieron al debate. Se ha sintetizado señalando que la oralidad no es un fin en sí mismo, sino el medio para lograr la vigencia plena de los principios esenciales del juicio (inmediación, publicidad, contradicción, identidad física del juzgador). (Cafferata Nores, y otros, pág. 656)

Frente a la característica central de un proceso penal, no podía ser de otro modo que la ley de juicio por jurado lo ratificara y prohibiera que se introduzca al debate prueba exógena. Toda prueba que el jurado analice debe ser la desarrollada en audiencias, incluso el requisito va más allá, debe ser prueba desarrollada por las partes, ya que le está vedado al jurado intervenir y realizar preguntas tanto al imputado, a testigos, peritos o intérpretes.

Pero existe un supuesto de excepción. Solución previsorá del legislador frente al supuesto de que el elemento esencial de la prueba, ya sea por su naturaleza y características, fuesen definitivos y exista imposibilidad de reproducirlos. En este único y particular caso se prevé que se incorpore por lectura o reproducción audiovisual. Pero un dato no menor es que el acto de percibir la prueba debe haber sido controlado por las partes (sería un requisito de buena fe no jugar con la prueba como si fuese un haz en la manga y que las partes tengan acceso a todas las pruebas, posibilidad de analizarse y prepararse. Si se aceptase una prueba de tal origen sería una clara vulneración del derecho a la defensa en juicio). Cabe destacar que por acuerdo de partes tampoco se puede omitir una prueba esencial (y ello también atiende al fin último del procedimiento penal que es buscar la verdad real en contraposición de la verdad probada de un procedimiento civil). Si alguna de las partes, aún frente a esta prohibición quisiera introducir una prueba de esta naturaleza, la misma no tendrá valor alguno. Lo que si acepta la norma es que este formato de prueba, previa autorización del juez, se la acerque al testigo o perito para que “refresque la memoria” o lo

explique, pero en este caso se valora lo que el testigo o perito manifieste y no lo que consta en esos documentos.

El art. 29 establece la posibilidad de llevar a cabo actividad probatoria fuera de la sala, por la naturaleza de la misma y en ese caso deben arbitrarse los medios para que accedan los jurados al lugar y en el caso de no ser posible, debe elaborarse una filmación de la totalidad de lo ocurrido para que luego se exhiba en la audiencia. Para clarificarlo con un ejemplo, podría ser de crucial importancia una inspección ocular del lugar de los hechos para determinar la culpabilidad y que en las circunstancias actuales que se viven por pandemia de Coronavirus, fuese desaconsejado el traslado del jurado por riesgo a la salud, entonces supletoriamente se realiza una exhaustiva filmación para reproducirla en la audiencia y que continúe el debate.

Hasta aquí ninguna modificación sustancial con el procedimiento tradicional al que deba hacerse expresa mención.

2.3.7. Alegatos finales

El art. 31 contiene el momento y orden en que se presentaran los alegatos de cierre. En estos discursos las partes van a proponer el veredicto. También tendrán derecho a réplica cuando se presentaren argumentos adversos que no fueron planteados. El defensor del imputado tiene la última palabra.

Ésta se constituye en la única oportunidad de argumentar en torno a toda la prueba producida. Se debe demostrar a los juzgadores porqué la prueba rendida avala la teoría del caso planteada allá en alegato de apertura. Se ensamblarán las piezas cual rompecabezas. Para realizar un buen alegato es necesario haber desarrollado un buen debate, con un correcto examen y contra examen de testigos y peritos. Si no se obtuvo la información necesaria en esa etapa no se puede inventarla para realizar el alegato. Se debe hacer énfasis en lo que respalda la teoría de la defensa, omitiendo los puntos débiles y mencionar lo que no pudo probar la fiscalía. En esa estructura lógica, el jurado debe adherir a la propuesta que haga el abogado.

Aquí el abogado puede dar rienda suelta a la imaginación, cada alegato de cierre es particular, depende de la personalidad de quien lo esboza. Puede utilizar los más variados recursos de la oratoria y retórica, cualquier recurso persuasivo es válido, hacer referencia a la experiencia y sentido común es una excelente idea, porque a fin

de cuentas serán ciudadanos de a pie que transitan esas mismas experiencias los que decidirán.

Debe ser un discurso emocional, para que el jurado se incline por la versión de los hechos que se sostienen. El quid de la cuestión es ese, el mismo planteo que se pronunció previamente en el desarrollo de los alegatos de apertura... ¿Sabe un abogado, de acuerdo a su preparación académica básica, elaborar un discurso emocional? Incluso con cursos de perfeccionamientos clásicos de oratoria ¿está preparado para para realizar un discurso emocional cuando el receptor es diametralmente opuesto al tradicional?

A un abogado no le hace falta una tarjeta de presentación, sólo es necesario escucharlo hablar... El abogado se prepara por años para adquirir terminología técnica y esa terminología que se volvió cotidiana quizás sea lo que lo aleje de persuadir a un jurado popular. Tampoco quiere decir que debe utilizar un lenguaje inapropiado, ni mucho menos, sino que se debe advertir que existe un cambio en el sistema oral al que se está acostumbrado y una vez reconocido ello, podrá echarse luz y buscar herramientas para ejercer una defensa eficaz. Tener un título de abogado no implica ser litigante y es lo que se desarrollará más adelante.

2.3.8. Instrucciones y sentencia

En el juicio tradicional, una vez finalizados los alegatos se da la posibilidad al imputado que diga algunas palabras y se procede al cierre del debate, pasando los jueces técnicos a un cuarto intermedio para analizar la prueba y dictar sentencia. En el juicio por jurados los pasos a seguir son similares, se cierra el debate y el jurado tiene que deliberar, pero no tiene idea de cómo hacerlo, entonces el art. 32 se pronuncia al respecto. El juez debe pedirles a los jurados que se retiren de la sala para celebrar una audiencia con los letrados que representen las partes y ellos deben proponer instrucciones (incluso las podrían presentar antes por escrito, con copia al juez y la contraparte), debatirán las mismas y será el juez quien determine cuáles serán las instrucciones finales (se dejan constancia de las propuestas) y está en manos de este último, la tarea de transmitirselas al jurado. Para esta actividad solicita que los jurados vuelvan a ingresar a la sala.

Las instrucciones no son meras indicaciones de cómo deben deliberar, sino que se les comunica cual es el derecho aplicable al caso que van a juzgar. ES EL FUNDAMENTO DE LA SENTENCIA, gracias a ellas el veredicto que den no será arbitrario, si no se encontrasen legisladas, sería el sistema de juicios por jurado fácilmente tachado de inconstitucionalidad. Son tan importantes, que si llegasen a ser impertinentes o de cuestionada calidad, se convertirían en causal para recurrir la sentencia, por ello es que se celebra la audiencia con los litigantes, que como todo el proceso, también debe constar en filmaciones donde se observen las objeciones de las que se habló antes.

Las instrucciones deben ser sintéticas, impartidas en lenguajes sencillo y claro, y el juez tiene vedado dar su opinión al respecto.

Habrán dos grupos de instrucciones: procesales y sustantivas. Dentro del primer grupo se encuentran las instrucciones iniciales que detallan: los roles que ocuparon los sujetos que participaron en el debate, la función y las prohibiciones que pesan sobre los jurados, principios constitucionales, determinación de la prueba y cómo valorarla e independencia e imparcialidad. Y están las instrucciones limitantes, esto es, en el sentido que se debe valorar la prueba. El segundo grupo está constituido por instrucciones sustantivas que contienen el saneamiento de algún error que hayan podido cometer las partes en el debate (no sería de buena fe guardarlas para el fundamento de un recurso), y están las instrucciones finales que hacen un repaso de las instrucciones iniciales, luego se explica el derecho sustantivo, esto es, manifestar en términos claros los elementos que constituyen los tipos penales que se discuten en el caso, además fijan las pautas y reglas de deliberación, las reglas del veredicto y finalmente, sí al verse la prueba en debate surge la posibilidad de un delito menor, el juez deberá dar instrucciones al respecto. Es importante recalcar que el juez siempre debe incluir la opción de no culpabilidad a pesar de que el imputado haya confesado.

Finalmente, el jurado estará en condiciones de deliberar en sesión secreta y continua. En esta sesión estarán presentes los 12 miembros y se le prohíbe el acceso a cualquier persona, so pena de nulidad. Durante el debate pueden surgir dudas sobre las instrucciones impartidas, situación que debe ser avisada al juez por escrito para que se proceda nuevamente de acuerdo al art. 32.

La elección de un presidente podría leerse como la designación de un vocero que dará a conocer el veredicto, pero la norma le añade una responsabilidad más: “(...) bajo cuya dirección analizarán los hechos y realizarán la votación (...)”, es decir que pesa sobre él. Pero limitar la figura del presidente a estas dos cuestiones sería un error. Cuando se analicen las técnicas de litigación oral se verá lo relevante que es para la defensa adelantarse en la audiencia de *voire dire* a determinar cuál jurado puede llegar a ser presidente y cómo utilizarlo para conseguir un veredicto favorable.

El art. 33 párrafo 4º, es muy claro en explicar el alcance del veredicto y lo hace con dos preguntas concretas “(...)a) ¿Está probado o no el hecho en que se sustenta la acusación? b) ¿Es culpable o no es culpable el acusado? (...)”, es decir que van a debatir sobre la existencia del hecho, sus características, modo de realización, participación del imputado y su responsabilidad penal. La ley mendocina adopta el voto unánime para determinar una de las propuestas: culpabilidad o no culpabilidad.

Puede suceder que se necesite más tiempo para deliberar y el Juez a pedido del presidente del Colegio de Jurados, disponga un receso del debate para descansar. Otra situación que puede surgir es el jurado estanco, es decir, que no se logre la unanimidad para dar un veredicto en uno u otro sentido. La norma establece el esfuerzo que deben realizar los operadores jurídicos para salir de tal situación y nombra una serie de medidas entre ellas, reapertura de prueba, nuevos alegatos, nuevas instrucciones (en doctrina llamadas “instrucciones Allen” o “instrucciones gatillo”), incluso admite que el jurado le manifieste al juez, por escrito, cuales son aquellos puntos en los que no se logra el acuerdo, obviamente sin revelar ningún aspecto porque como ya se dijera anteriormente la deliberación es secreta.

Suponiendo que el jurado continúa estanco, no se puede estar toda la vida esperando un veredicto, por lo que pasado un periodo razonable el Juez le preguntará al fiscal si desea continuar con la acusación, en caso negativo se determinará la absolución inmediatamente, y en caso afirmativo se disuelve el jurado y se dispone a realizar un nuevo juicio con un nuevo jurado. Este nuevo jurado si volviese a quedar estanco no habrá posibilidad de continuar con la acusación y se procederá a absolver. Solución lógica esta última, ya que de continuar infinitamente este proceso se vulneran los derechos del imputado y en la faz práctica, el fiscal por alguna razón no ha podido desvirtuar el principio de inocencia, sea por una teoría del caso deficiente, pruebas

insuficientes, quizás simplemente no tuvo la habilidad de seducir al jurado, o la defensa ejerció una litigación magnífica. Cualquiera sea el motivo, frente a un segundo jurado estanco deberá absolverse al imputado.

- ***El quid de la unanimidad:*** antes de seguir analizando la norma, parece correcto expedirse sobre este punto particular. Ya se manifestó que se requiere la unanimidad del jurado para determinar culpabilidad e inculpabilidad, pero es necesario mencionar los fundamentos de tal elección. El legislador no eligió la mayoría de votos, en primer lugar, a los efectos de la certeza jurídica, ya que lo que está en juego en un juicio por jurado son penas elevadas por la tipología de delito que se debaten. Si de 12 jurados 5 pensaban en la inocencia, implica que existiría una duda razonable que no podría desvirtuar el principio de inocencia y sobre ello aplicar una pena privativa de libertad de hasta 35 años. Por otra parte, también se decidió en el sentido de la unanimidad a los fines de garantizar un debate pleno, donde cada jurado pueda exponer su punto de vista y debatan para conseguirla, este debate que se vería limitado y coartado si sólo se exigiese la mayoría de votos ya que al conseguirla finalizaría y no se seguiría buscando un mayor consenso y al no seguir escuchando argumentos, en uno u otro sentido, no se dejaría que cada jurado ponga en duda su propia tesis y escuche otras razones. Se coartaría el verdadero espíritu del debate. El peso que tiene un veredicto unánime es difícil de desvirtuar, por ellos cuando el veredicto es la no culpabilidad no es apelable (salvo la excepción por nulidad del procedimiento o soborno) y si bien el sistema argentino adhiere a la doble instancia y por ello frente a la determinación de culpabilidad si se habilita el recurso, para un condenado será más fácil desvirtuar un veredicto de mayorías porque existían razones para no culparlo.

Por otra parte, el defensor podría caer en el yerro de pensar que basta con conseguir la voluntad de un jurado para quebrar la unanimidad y conseguir un jurado estanco con posibilidad de absolución. Eso sería un error de novato que desconoce las bases de un debate, en él los jurados plantearan razones suficientemente justificadas (amparadas en las pruebas), a pesar de que uno de los jurados tenga una razón suplementaria que justifique su disidencia, no tendrá una razón última puesto que existen 11 jurados en contraposición, no pasará mucho tiempo en que los argumentos de los 11 lo persuadan de que sus

razones no están justificadas o puedan despejar las dudas que éste tenga. Para que un debate quede estanco, no bastará con “asegurar” uno de los jurados, aunque ese sea el que elijan como presidente.

Continuando con el análisis de la norma, el art. 37 establece que finalizado el debate del jurado y alcanzado un veredicto se le informará al juez técnico, quien los llamará a que ingresen nuevamente a la sala, y le solicitará al presidente del jurado que manifieste a viva voz si llegaron a un veredicto y a continuación declarar “(...) en nombre del pueblo, culpable o no culpable al o los imputados (...)”. En este acto finaliza la tarea del jurado y se disuelve. Posteriormente se fijará audiencia para determinar la pena.

El art. 38 es muy claro respecto a cómo se desarrollará esa audiencia, de acuerdo al veredicto que haya dado el jurado. Hay que distinguir si el veredicto de culpabilidad fue por el delito previsto en la acusación, en cuyo caso inmediatamente el Juez impone la pena o si fue por un delito distinto al previsto en aquella, de ser así el Juez fijará la audiencia dentro de cinco días hábiles, quedando notificadas las partes en ese mismo acto de la fecha y la hora. Tanto fiscalía como defensor podrán ofrecer prueba que apunte a determinar la pena y el juez se expedirá sobre la admisión o rechazo de ellas. En la audiencia se verterán las pruebas, se realizarán alegatos que sólo versen en las consecuencias jurídicas del veredicto y el juez procederá a imponer la pena. Cabe destacar que es opcional para las partes presentar pruebas, mientras que no lo es presentar alegatos finales.

Lo interesante viene a continuación, en el art. 39, porque se hace manifiesto el cambio de paradigma que provocó esta ley, ya que precisamente dice: “La sentencia [...] debe contener en lugar de los fundamentos de la decisión sobre los hechos probados y la culpabilidad del imputado, la transcripción de las instrucciones dadas al Jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del Jurado. (...)” . La fundamentación es un requisito esencial de validez de una sentencia dictada por juez técnico, por dos cuestiones: por un lado, obedece a la garantía de debida defensa, evitando una posible sentencia arbitraria, infundada y por el otro se encuentra el sistema político que tiene Argentina, de la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios en ejecutarlos, pudiendo el ciudadano conocer los motivos de sus decisiones. La fundamentación es la explicación racional y

comprensible acerca de las razones por las que se resuelven en un sentido o en otro las cuestiones planteadas en la deliberación¹⁰. Deberán explicar por qué los hechos se inducen de las pruebas y por qué esos hechos, considerados probados, tienen determinada sanción jurídica. Es decir que si las instrucciones ocupan el lugar de la fundamentación, se le ha dado un status práctico de “ley del caso”. La Corte Suprema de Justicia abaló en el fallo Canales la constitucionalidad de la sentencia del jurado popular aún no teniendo expresión de motivos, dado que la verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de los razonamientos sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido del veredicto, así lo manifestaba el Juez Rosatti en su voto¹¹.

Además, debe cambiarse la perspectiva con la que se mira la inmotivación, Mittermaier fue el que genialmente advirtió que la exigencia de motivación de la sentencia del juez profesional era la única manera de compensar su debilidad institucional frente al jurado y la falta de garantías políticas cuando con él se lo confronta. El juez técnico es uno o tres frente a un jurado de 12 personas, al juez técnico no se lo puede recusar “varias veces” como si se puede hacer con el jurado popular en busca de imparcialidad, existe multiplicidad de votos en un jurado, no así en un tribunal, al jurado se le exige unanimidad lo que garantiza un amplio debate como ya se analizó.

Por el desarrollo histórico del jurado popular, la motivación que se exige en una sentencia técnica vino a compensar la deslegitimación que sufría por no emanar de un juicio de conciudadanos.

2.3.9. Recursos

El sistema procesal estableció la doble instancia derivada de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, “revela la necesidad de permitir una reexaminación y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia”¹². La sentencia que dicte la absolución (indistintamente si se obtuvo por veredicto jurado estanco) tiene efecto de cosa juzgada material, salvo que se configure el soborno del o los jurados y demostrarse fehacientemente, o que haya existido una nulidad en el proceso.

¹⁰ (Cafferata Nores, y otros, pág. 720)

¹¹ (Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria, 2019)

¹² (Cafferata Nores, y otros, pág. 768)

Contra las sentencias condenatorias rigen supletoriamente las normas del Código procesal que refieren a recursos (por defectos formales o sustanciales) y el art. 41 establece motivos específicos para interponerlo y que ya fueron mencionados a lo largo del texto normativo.

- a) “La inobservancia o errónea aplicación de las reglas referidas a la constitución o recusación del Jurado y a la capacidad de sus miembros”. Si el jurado estaba viciado en su origen es lógica la conclusión, el jurado puede estar viciado porque quienes los integran no cumplían las condiciones (art.4), o estaban impedidos de hacerlo (art.5) o deberían haberse excusado (art. 12) o las recusaciones que hayan planteado las partes y no hubiesen tenido lugar (art. 13)
- b) La arbitrariedad de la decisión que rechace o admita medidas de prueba, de modo que se hubiera cercenado el derecho de defensa en juicio y condicionado la decisión del jurado (arts. 23 y 30)
- c) Cuando se hubieren cuestionado las instrucciones brindadas al jurado y se entendieran que éstas pudieron condicionar su decisión (arts. 32 y 33)
- d) Cuando la sentencia condenatoria o la que impone medidas de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del Jurado que sea arbitrario o se aparte manifiestamente de la prueba producida en el debate (art. 24: “Las pruebas obtenidas durante el proceso, serán valoradas por el jurado conforme su íntima convicción”).

Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás. Es otra prueba del cambio de paradigma que trae este nuevo modelo de imposición de justicia, en los juicios tradicionales lo que se ataca es la fundamentación de la sentencia, aquí lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez, el estándar probatorio y la faz procedimental del proceso. El derecho a obtener una revisión amplia e integral de la sentencia de condena tiene jerarquía constitucional en nuestro país desde el año 1994 y que dicha garantía ha sido redefinida a partir de la doctrina que emana de los fallos “Herrera Ulloa” y “Casal”, que ampliaron la definición tradicional de “la cuestión de derecho” e incluyeron en ella el problema de la prueba. El que un recurso se plantee frente a una sentencia inmotivada no significa que será un recurso restringido frente a un recurso amplio que se hace a una sentencia técnica, como sostiene parte de la doctrina “antijuradista”.

Será tarea de los jueces de recurso valorar con amplitud, reexaminar y decidir si la prueba y el peso de la misma fueron suficientes para condenar a la persona más allá de toda duda razonable y si las instrucciones del juez al jurado sobre este punto crucial fueron correctas y claras (porque es tarea del juez del juicio explicarle al jurado en las instrucciones cómo funciona este estándar, en qué consiste, cómo se valora la prueba, qué es prueba directa, qué es prueba circunstancial, si el móvil se puede probar con indicios, cuándo hay duda razonable, cuándo no la hay y a qué conclusiones debería el jurado obligatoriamente llegar). Incluso es vasta la jurisprudencia internacional en revisión de los hechos cuando está sospechada la arbitrariedad del jurado, aún más, las constituciones estatales de E.E.U.U. imponen a las cortes de apelación y Cortes Supremas, la revisión de los hechos, con amplia facultad para citar testigos a declarar en las audiencias recursivas, porque para el *common law*, desde antaño, los problemas de prueba son consideradas cuestiones de derecho.

2.4. El Rol del defensor

Las garantías que ofrece la Constitución Nacional, procuran que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria ya sea en lo fáctico como en lo jurídico. En ese sentido el art. 75 inc. 22, de origen supranacional expresa los alcances de las garantías acordadas al acusado. Si bien la doctrina las clasificaba en garantías penales y procesales, lo correcto es considerarlas como un todo, con el fin de limitar el poder penal del Estado ya que prescriben cuándo y cómo podrá condenarse a una persona a cumplir una pena, y cuándo y cómo no podrá.

Una de esas garantías es el juicio previo, una noción completa de su significado podría ser la que realiza Vélez Mariconde, concebido como una entidad jurídica prefijada, que requiere una tramitación completa para aplicar una pena al acusado de cometer un delito. Es una construcción legal que dispone en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse, quiénes son los protagonistas, la forma y orden en que deben cumplirse, para poder dictar una sentencia condenatoria.

Se podría escribir un manual analizando todas las garantías constitucionales que surgen de la noción de juicio previo esbozado, pero en lo que refiere a este trabajo se desarrollará la garantía de defensa del imputado y en ese sentido el rol que ocupa el abogado defensor.

La defensa considerada genéricamente, es la resistencia del imputado a cualquier pretensión de restricción de sus derechos que las leyes autoricen como consecuencia de la comisión de un delito. Tal resistencia, activa o pasiva, da la posibilidad de reclamar la vigencia de todas las garantías pre acordadas. Específicamente es la posibilidad de contradecir la imputación, con la facultad de proporcionar su versión de los hechos. Esa versión puede negar la existencia del delito o la participación en él, puede invocar circunstancias atenuantes o excluyentes de responsabilidad. Le asiste la potestad de ofrecer pruebas y controlar la ofrecida en su contra y alegar sobre su mérito por razones fácticas o jurídicas, de fondo o de forma, y la posibilidad interponer recursos en el caso de inconformidad. Para realizar estas tareas complejas el imputado goza del derecho irrenunciable de ser asistido por un abogado. El imputado también puede tener una postura pasiva y “no defenderse”, ya que cuenta con la presunción de inocencia y es la fiscalía quien tiene la carga probatoria para desvirtuarlo, pero aún en ese caso debe contar con un abogado para encontrarse en paridad de armas, con un defensor que hable el mismo lenguaje que el acusador y los jueces. La defensa técnica la dirige en este último sentido, un abogado que aconseje al imputado, elabore una estrategia de defensa, proponga pruebas, controle su producción y argumente la eficacia de convicción de las pruebas de descargo, discutiendo tanto el encuadre jurídico como la posible imposición de la sanción.

El abogado se erige como guardián y protector de los intereses de su defendido, frente a un Estado omnipotente, y por esa calidad que reviste el contrincante es que se habilita a que un imputado cuente con dos abogados defensores. Tal es la importancia que reviste el defensor que se convierte en una obligación cuando asume su cargo, y acarrea sanciones en el caso de incumplimientos graves, como abandonar una defensa. La comunicación entre abogado y defendido tiene protección convencional (art. 8.2.d, CADH) y debe garantizarse desde el primer momento que inicia el proceso, incluso desde la actuación policial cuando no haya aún llegado a anoticiarse al Ministerio Público Fiscal.

Pero el abogado debe comprender que para que exista una verdadera “paridad de armas” no basta con contar con título y matrícula habilitante, por el contrario, se requiere una actividad profesional diligente y eficaz, de no hacerlo podría considerarse un abandono implícito de la defensa, lo que deriva en la designación de nuevo abogado y en la posibilidad de declarar nulas las actuaciones procesales, ya que si no fue eficaz la

actuación del abogado se vio vulnerada la garantía de defensa en juicio y así lo determinó en varios fallos la CSJN (Schenone, Carlos s/causa, 2006).

La idoneidad del abogado debe mantenerse con actualización constante, a esto se le debe complementar con vocación de servicio (ejercer con pasión aquello en lo que se está capacitado para hacer), debe tener competencia cognitiva (conocimientos básico para actuar integrando el saber del derecho teórico en general y el de ciencias complementarias o especializada, ej. Psicología forense, medicina forense, balística, litigación, oratoria, etc.), y competencia blanda (capacidad para relacionarse con los demás, gestionando sentimientos y emociones para dirigir pensamientos y acciones). Si se hiciera una encuesta a abogados recién recibidos sobre el conocimiento que tienen sobre los puntos antes mencionados (actualización, vocación, competencia cognitiva, competencia blanda), podrían hablar de las primeras dos, la tercera con dudas – sabrían quizás lo que es, pero no podrían decir que la tienen adquirida- y respecto a la competencia blanda, no sabrían de que se les está hablando.

No basta con tener un título, una teoría del caso espectacular (una hoja de ruta diseñada hasta el más mínimo detalle), un jurado imparcial y material probatorio exculpatario, para ejercer una correcta defensa, sí no se tiene esas calidades mencionadas. Se podrá ser Abogado, pero no litigante en tal caso. Incluso estas capacidades no deberían ser sólo necesarias para el defensor que actúe frente a un jurado popular, sino obligatorias a cualquier profesional, ya que de otro modo se tendría un abogado de primera para algunos casos y en los juicios tradicionales, un abogado de segunda.

2.5. Teoría del caso

El cambio de pasar de un sistema penal inquisitivo a un sistema acusador provocó que no baste la sola argumentación normativa en abstracto, porque en frente ya no se tiene un tribunal que conoce los hechos por diligencias llevadas a cabo por el mismo. Entonces, surge la nueva forma de enfrentar un caso penal, una forma distinta de contarle la historia al tribunal para que él la conozca y resuelva. Ese tribunal, ya sea unipersonal, colegiado o por jurados, no tiene conocimiento alguno de los hechos y las pruebas, y es el trabajo del litigante presentarlo e incluso obtener una sentencia favorable, por lo tanto se transforma en el narrador de una historia, que tiene el peso adicional de ser persuasivo con el órgano juzgador. La solidez de esa narrativa se ve cuando el juez (técnico o lego) se posiciona en

la perspectiva que le ofrece el defensor, y desde allí toma como verdadero sus dichos e incluso, observa las falencias e inconsistencias del relato del acusador. Pero, no hay que perder de vista que, en un proceso penal, es el acusador quien tiene la carga de probar su tesis y por tanto será su historia la sometida a control judicial, el juez no decide quién es el ganador en una competencia de relatos, el Fiscal debe derrumbar el estado de inocencia con material probatorio que el Juez valorará con sana crítica racional y que determine la culpabilidad más allá de toda duda razonable (por aplicación del *indubio pro reo*). Por lo anterior el acusado podría asumir una postura pasiva en el proceso sin que ello genere presunción de culpabilidad alguna. Pero al ser un modelo acusatorio de corte adversarial que busca conocer realmente cómo ocurrieron los hechos, se favorece el debate con el ingreso de material probatorio de ambas partes y una contradicción sostenida por diferentes estrategias. De ese contradictorio surgirá la verdad más aproximada a la real, porque es un utópico pretender que se conocerá la verdad íntegra histórica de cómo sucedieron los hechos, quizás un estudiante de derecho quede sorprendido con tal afirmación, pero debe asumir que la verdad se encuentra en el pasado y nadie la puede visitar. Los hechos que componen el delito y sus circunstancias suelen ser de enorme complejidad (incluso aquellos que parecen simples o con pruebas poderosas) y lo más probable es que nunca se sepa qué fue lo que exactamente sucedió y hay aspectos que jamás se conocerán, por ejemplo: que sucedía en la mente del autor, qué lo motivó, qué factores determinaron los hechos tal y como ocurrieron. Lo que sí se tendrán son versiones de qué sucedió, la víctima tendrá las suyas, el autor la suyas y los testigos las propias. Serán un conjunto de versiones heterogéneas, fragmentadas y parciales y cuando el juez construye su propia versión de lo que sucedió, en una sentencia, ésta es aceptada como lo que verdaderamente ocurrió. Por lo tanto el juicio será una actividad profundamente estratégica en el sentido que la prueba no habla por sí sola y debe ser presentada y puesta al servicio de un relato, en lo que interesa al presente trabajo en el relato de la defensa. Esto no quiere decir que haya que inventar una verdad, fabricarla o tergiversarla, basta presentarle al juez un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos, y la estrategia es en términos de cómo obtener de la prueba –real- la información que la prueba contiene y cómo estructurar esa información para que los jueces obtengan lo que necesitan de ella para así, sentenciar correctamente.

El rol de los litigantes es central en el escenario descrito, porque en ese proceso de construcción de verdad dentro de un juicio, deberán elaborar un relato y lo harán

investigando, reuniendo, seleccionando y desechando pruebas, para definir cuál será la producida en el debate, porque será la que sustente el relato y logre la convicción deseada del juzgador. La estrategia y las técnicas de litigación para persuadir no son un obstáculo para alcanzar “la verdad”, sino que es la contribución del abogado a que el tribunal tenga una mejor y cabal información sobre las cuestiones controvertidas.

Se define a la teoría del caso como un conjunto de hechos que el fiscal y el defensor han reconstruido en la actividad probatoria y lo han subsumido en tipo penal aplicable, de un modo que pueda ser probado. Es un planteamiento que hacen acusador y defensor sobre los hechos penalmente relevantes, la prueba que los sustenta y su fundamento jurídico. Es algo así como el guion de lo que se demostrará en el juicio a través de la práctica probatoria.

La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba, y si el tribunal contempla el juicio desde ese punto de vista llegará a las conclusiones que se le ofrecen. Se convertirá en la brújula del litigante, un mapa diseñado desde el momento en que se toman conocimientos de los hechos y no puede dejarse nada librado al azar, pero deberá el defensor tener la “cintura” de amoldarse a los nuevos elementos que surjan del debate, por lo tanto será versátil. Fracasar una defensa que no tenga una teoría como aquella que se mantenga estática. Que sea versátil no implica que pueda cambiarse una teoría por otra o que se manejen múltiples teorías, eso sería pérdida de credibilidad asegurada. Se ve entonces que poner en práctica una teoría del caso no es tarea sencilla. Se lo visualiza como un mapa porque toda la prueba que se presente en el juicio, todo examen, contra examen y alegato que se realicen, irán en el camino de acreditar todas las proposiciones fácticas que se planteen al inicio del debate, estarán al servicio de la teoría del caso. Antes del juicio oral, la construcción de la teoría es un proceso que va y viene a medida que se va obteniendo más información, pero debe estar definida al llegar al juicio, aunque la vertiginosidad de éste hace que el litigante este obligado a una escucha activa del debate, en el que se va produciendo nueva información constantemente y tiene instantes para capturarla y procesarla en relación con el todo y con cada una de las piezas probatorias que integran la teoría, y en el caso de ser necesario hacer pequeñas correcciones en el “timón”, ya que si se trabajó diligentemente en la etapa previa al juicio y se elaboró una buena teoría sólida, la información nueva que surja no debería dejar al defensor en “*offside*”. No hay ningún espacio para la improvisación, la indecisión, o la duda. Como la defensa deberá realizar dos actividades igualmente

importantes, esto es, por un lado desarrollar la actividad en la audiencia y por el otro realizar un escaneo de la información obtenida y contrastarla con su teoría del caso, es necesario que se cuente con un buen equipo de trabajo, que funcione como un perfecto engranaje y no con una división de dicha labor.

Por otra parte, podría decirse que la teoría del caso es una moneda de dos caras, y hasta ahora se lo ha definido en función del uso que tiene frente al tribunal, pero del otro lado de la moneda está la teoría del caso como una herramienta, una herramienta más que tiene el abogado para litigar. Esto es así porque permite realizar un análisis estratégico del caso, ordenar y clasificar la información que se tiene, sirve para adecuar los hechos al tipo penal (y eso permite defender la tesis), permite determinar cuál es el objetivo de la investigación, ayuda a seleccionar la evidencia relevante, pone de manifiesto las debilidades de la tesis y como si fuese poco todo esto, ayuda a detectar las debilidades de la contraria.

En concreto una teoría del caso tiene 3 elementos:

- La identificación de los hechos relevantes, para determinarlos es necesario saber cuál es el asunto que se encuentra en discusión y al reconstruir los hechos hacerlo en orden cronológico, secuencial, lógico, coherente y convincente teniendo en cuenta además el posible motivo o la explicación de esos hechos. Debe incluir lugares, tiempo, acciones, personas que intervinieron, circunstancias de modo, instrumentos, resultado de la conducta, motivo de la conducta
- La subsunción de los hechos dentro de un tipo penal. Para ello hay que realizar un análisis de la norma (verbo rector, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el bien jurídico protegido y los elementos valorativos de la norma). Obviamente que la tarea defensiva es demostrar que los hechos no encajan en los elementos del tipo. O que existen causales atenuantes o exculpatorias.
- Los medios probatorios que acrediten las proposiciones fácticas y la teoría jurídica, o desacreditación del valor probatorio de las pruebas de cargo, por ejemplo, atacar la cadena de custodia.

Está visto que para contar con una teoría propia y realizar una defensa activa es necesario realizar una investigación propia, ya no se trata de acceder al expediente y analizar la prueba que recolecto el MPF en la etapa preparatoria y acomodarla para que “encaje”. Esa

investigación se realizará en la preparación del juicio, que será fundamental para conocer las fortalezas, oportunidades, debilidades del caso y facilita organizar los medios de prueba, (ya se mencionó esto último en el apartado 2.3.4 “(...) con su equipo de trabajo elaborar cuestiones preliminares: hacer una evaluación de qué o a quién presentar y el momento en que lo hará (...)” y el consecuente beneficio analizado en el apartado 2.3.5 cuando se mencionó el artículo “Juicio por jurados: Testigos desvirtuaron la teoría del caso de la fiscalía”)

Si bien la actividad de preparar el caso es puramente subjetiva y cambia de acuerdo a cada profesional (ya que no existe al respecto una carta de instrucciones), se pueden hacer ciertas recomendaciones, por ejemplo, redactar un bosquejo que recoja los aspectos importantes del caso y que deben ser probados en el debate y hacer un listado que permita cotejar, durante la audiencia, la prueba que debe ser obtenida de cada testigo y el orden en que deben presentarse. También es conveniente registrar las debilidades de la teoría y los principales asuntos de derecho que puedan surgir durante el debate. Eso permitirá refutar los ataques a los medios de prueba de parte. Es necesario preparar los testigos (se desarrollará este punto a continuación) y evaluar si se tiene una prueba acabada. Se debe familiarizar con la prueba pericial, y tratar de estar actualizado en las capacidades cognitivas relacionadas, y en la medida de lo posible contar con un equipo de trabajo completo (si se quiere atacar una pericia forense, se debe tener un conocimiento al respecto, o asesorarse con un profesional del área). Se recomienda visitar el lugar de los hechos, para tener una perspectiva correcta de lo sucedido en la escena y tener la posibilidad de interrogar y contrainterrogar con éxito. Cabe aclarar que, si bien no hay una forma exacta de desarrollar una teoría, es imperativo que el litigante lo haga en cada caso que interviene, es una exigencia de seriedad y profesionalismo.

2.5.1. Manifestación de la teoría del caso en el alegato de apertura

Precedentemente se dijo que la teoría del caso es un punto de vista, un ángulo desde donde mirar la prueba y el alegato de apertura viene a ser el momento, por excelencia, para ofrecerla, ya que será la primera vez que los jueces tendrán contacto con los hechos y antecedentes que fundamentan el caso, será una actividad fundamental para el litigante. Desde este momento se busca la predisposición mental del jurado en favor de la teoría. En este incipiente inicio del proceso puede sellarse el resultado, ya que la naturaleza humana es susceptible de realizar juicios permanentes con la primera

información que se percibe, pues “no existe una segunda oportunidad para causar una primera buena impresión”, es por ello que debe aprovecharse tal oportunidad para exponer la teoría del caso con convencimiento, logrando captar la atención y el interés de los jueces, haciendo una exposición resumida de hechos y las pruebas que lo fundamentan. Estratégicamente también se puede usar para explicar debilidades propias y restarles importancia para cuando surjan en el debate. Debe ser una teoría razonable, realista, no fantasiosa y extravagante. Debe tener una exposición clara, ordenada y sistemática, comenzando con la narración de los hechos acontecidos de forma cronológica, esta afirmación que parece una obviedad, es fundamental, porque se le estará entregando el “mapa” al jurado, se le estará mostrando el camino de cómo se desarrollará la prueba y cuál es el objeto de cada una, por lo tanto no se perderán en el relato de múltiples testigos, peritos, informes, documentos, que cuenten partes de la “historia” (sí esto es aconsejado en manuales de teorías del caso destinado a presentarse frente a un juez técnico, cuanto más importante es ahora que debe realizarse frente a un jurado lego que no cuenta con experiencia ni profesionalismo). También en esta oportunidad pueden señalarse los errores de las alegaciones de la parte acusadora (errores si se los analiza desde la óptica de la defensa, por supuesto). Se aconseja apelar a las emociones y comprometer al jurado, hacerle saber que la suerte del imputado está en sus manos.

Así como se mencionara en el epígrafe anterior, respecto a que cada preparación del caso es particular, en lo que refiere al alegato lo es mucho más, ya que depende incluso de la personalidad del defensor. Pero es posible hacer una serie de recomendaciones respecto de lo que no debe hacerse en un alegato de apertura:

- No hacer un discurso como ejercicio de retórica, meramente emocional sin ningún tipo de sustento y que no esté al servicio de la teoría del caso. Incluso un discurso puramente emotivo que sea “vacío” provocará una reacción negativa (el defensor podrá ser visto como vendehúmos)
- No debe argumentarse por la sencilla razón de que aún no se produjo la prueba, podría ser incluso motivo de una objeción. No se pueden sacar conclusiones de algo que aún no existe en el proceso. Debe limitarse a enunciar las promesas de pruebas, que incluso es riesgosa, porque si se ve frustrada durante el debate el defensor perderá la credibilidad que había logrado con el alegato de apertura

- No dar opiniones personales, si se quiere desacreditar la cadena de custodia no debería formularse diciendo que “no hace falta que se explique cómo funcionan los organismos públicos”. Esto afecta a la seriedad del defensor y a los recursos pocos profesionales a los que es capaz de recurrir para persuadir.

Ahora bien, se pueden clasificar en dos los elementos que sí se deben tenerse en cuenta al momento de elaborar un alegato de apertura que ya fueron mencionados previamente:

- Los jurados no conocen el caso: este es uno de los desafíos más grande del litigante, pues ha conocido el caso por meses, ha investigado, ha recorrido cada detalle y llega al juicio empapado de información, y el interrogante a resolver es cómo sintetiza todo ese conocimiento en un relato con sentido, que sea entendible y sobretodo creíble, para ello debe colocarse como un tercero espectador y poder responder afirmativamente. Es por esto, que se recomienda que se utilice un *slogan*, un tema que lo etiquete y sirva para introducir al caso
- La credibilidad se construye a partir de este momento procesal: el éxito de la litigación dependerá de la capacidad de construir credibilidad.

Hasta ahora solo se habló de generalidades, pero específicamente podrían recomendarse algunas pautas para estructurar un alegato inicial:

- Presentación de hechos, no conclusiones: se presentarán los elementos fácticos y el elemento jurídico, se harán las promesas probatorias pero no se inferirán conclusiones al respecto, no se argumentará, porque la prueba aún no existe en el proceso.
- Sobre la extensión de un alegato: si bien no hay normativa que limite el tiempo, debe tenerse en cuenta que el/los receptores del alegato son seres humanos con capacidad de atención y concentración limitada, teniendo esto en cuenta el defensor debe acortar lo más que pueda el discurso sin que afecte la claridad y estructura del mismo. El tiempo de alegato no implica que cause impacto.
- Sin opiniones personales: como ya se dijo, verter opiniones en el alegato afecta a la credibilidad del defensor y fuerza al planteo, porque si así se hiciera deberán probarse tales afirmaciones.

- Precaución con exagerar la prueba: si la evidencia que se desarrolle en el debate no tiene la fuerza con la que se planteó en el alegato, es sinónimo de perder credibilidad frente al jurado y se le abre la puerta al fiscal para que ataque la labor realizada. El jurado debe “comprar una historia” pero no se le debe “prometer maravillas”. Sólo debe afirmarse aquello que se está seguro de poder probar, aunque la prueba sea deficiente no debe suplirse con exageración, porque aún será mayor el impacto negativo que cause en el jurado.
- Anticipar propias debilidades y explicarlas razonablemente: dado que la credibilidad se construye desde este momento, es esencial presentar una teoría del caso transparente y en ese sentido el alegato debe contener la información que pueda ser conocida por la contraria y esté esperando usarla para atacar. No debe entregarse toda la información respecto a las debilidades del caso, sino aquella que se esté seguro que la fiscalía tiene o conseguirá en el examen y contraexamen. Entregar toda la información de esta índole sería hacer el trabajo del fiscal y boicotear el caso. Anticiparse y mencionar información que saldrá a la luz da la oportunidad de hacerlo en los términos de la defensa y teniendo la posibilidad de brindar una explicación que logre minimizar los efectos negativos. Se trata una vez más, de ofrecer otra versión alternativa y creíble de lo que pueda presentar la fiscalía. Nótese que esta información también debe ser probada en los términos que la defensa la plantee, no basta la buena fe de reconocer una debilidad sino que es necesaria que se pruebe la explicación que se dio y no afectar a la credibilidad.
- Tener cuidado con los detalles: no solo a los fines de realizar un alegato sintético por las razones antes mencionadas, es que se debe tener cuidado con ser demasiado detallista sino que también cómo se mencionara previamente, los testimonios son muy versátiles incluso cuando se los haya preparado por mucho tiempo, por lo tanto puede dejar a la defensa con promesas incumplidas. Por otra parte si se brindó un detalle pormenorizado de lo que sucederá a continuación en el debate, los jurados perderán el interés o la atención en la prueba que se rinda, efecto contrario al que se busca con un alegato.
- La importancia de humanizar el conflicto: debe darse un contenido real a las abstracciones con las que se formula la acusación, mostrar que detrás del

conflicto y los hechos hay seres humanos, personas de a pie igual que el jurado, que viven en un conflicto que los llevó al estrado. Hay motivaciones, historias y en este punto es que se recomienda que el defensor se dirija a su representado con el nombre propio, evitando deshumanizarlo con términos como acusado, imputado, que el jurado se familiarice con su nombre, lograr que ellos no lo vean como el sujeto que entró esposado y custodiado al recinto, sino que sea simplemente “Marcelo, Juan, Alejandra, Susana”. Un recurso que ayuda a esto, es mostrar una foto del defendido previa a los hechos, que se lo vea feliz y en una situación familiar amena. Y recordarle al jurado que el destino de esa persona, la de la foto, es el que van a decidir.

Ahora bien, hasta ahora se ha planteado cómo elaborar una teoría del caso en general, para cualquier tipo de juicio oral y en específico como aplicarla en el alegato de apertura, sólo queda preguntar si con este material puede litigarse de manera exitosa cuando el juzgador es un tribunal lego, personas que probablemente participen por primera vez de un procedimiento de esta índole, y que sólo cuentan con la el sentido innato de justicia que todo ser humano tiene. El abogado defensor debe plantearse los siguientes interrogatorios a tales efectos: ¿Qué se pretende del jurado? La pretensión es que vivan y sientan lo que sucedió y declaren al defendido como no culpable, ¿Cómo se logra? Haciendo que adhieran a la versión que se le plantea. ¿Ese efecto se logra con el desarrollo tradicional de la teoría del caso? La respuesta es que no, ya que frente a este cambio de paradigma lo que se necesita del jurado es crear empatía, algo nuevo que no se buscaba frente a un juez técnico. Y empatía no es una materia que se enseñe en ninguna materia de la carrera de abogacía ni ningún curso de actualización. La incógnita a despejar es esa. ¿Cómo se obtiene la empatía de un jurado popular y difundir una imagen positiva del acusado? Aquí es donde se manifiesta la necesidad del abogado en desarrollar capacidades blandas.

2.5. Técnicas de litigación oral

Eduardo Díaz, abogado miembro del Comité Académico de la Maestría en Teoría y Técnica de litigación en la Universidad de la Cuenca Del Plata, expresa que las técnicas de litigación son parte de la práctica profesional y no del derecho procesal penal, porque hacen al ejercicio de la abogacía. El abogado debe ser capaz de pensar y ser capaz de

comunicar, y también de solucionar un problema (aplicar derecho a un hecho) y poder plasmarlo por escrito o de manera verbal. Y en este orden de ideas toma relevancia “el método”, que es la forma de decir o hacer con orden, es una guía de trabajo y como tal, es una sucesión de acciones de acuerdo a reglas y pautas establecidas. Ese método puede ser modificado a través de la prueba y error o se le puede imprimir un sello propio. Gordillo en su libro “El método del derecho”, explica que los casos son tan disimiles que no es posible extender la solución de uno al otro, por lo tanto el abogado litigante tiene que tener un método propio de trabajo, o que se aprendió porque el método es trasmisible, pero lo que no puede es manejarse con soluciones (aplicar por inercia tal caso se resolvió así e intentar aplicar idéntica situación). Una vez que se tiene un método debe practicarse. En este sentido, un código procesal brinda métodos, explica los pasos a seguir para obtener la finalización de determinado proceso, la Ley 9.106 brinda un método para obtener una sentencia en un proceso oral penal, a través de un jurado popular. Pero esos métodos son post- decisión. No explican el método que debe seguir el litigante en su mente para pensar el problema y elegir un camino para resolver, no explica el método que debe seguir el abogado para pensar y saber cómo elegir un jurado en la audiencia *voire dire*, por ejemplo. Tener un método para razonar y elaborar un pensamiento en el marco del derecho ayuda a trabajar con orden y con seguridad, que como se vio anteriormente es esencial en la actividad oratoria de un abogado. A continuación se elaborará un análisis del método de trabajo para realizar un alegato en una litigación oral.

La alegación es un acto en que las partes, en apoyo de determinada pretensión, afirman o niegan la existencia de un hecho o la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma en ese hecho (Palacio, 2003). Existen alegaciones principales y accesorias, concordantes o controvertidas, introductorias o críticas. Un alegato de apertura es una alegación principal, controvertida e introductoria que tiene como finalidad comunicar, demostrar y persuadir. En un debate oral tradicional esa comunicación se entablaba entre un juez técnico, uno o dos abogados defensores y un fiscal por lo tanto, los participantes de la comunicación (emisor-receptor) lo hacían con un mismo código y con determinado mensaje. Ese código es el lenguaje técnico forense de profesionales del derecho y el mensaje a transmitir es una serie de ideas demostrativas del aserto de afirmaciones sobre los hechos, o de la interpretación del derecho. Y la forma que tiene en mantener la veracidad de esas afirmaciones es la promesa de pruebas (en un alegato de cierre será la argumentación entre la afirmación y el resultado de la prueba que ya se vertió). Esas alegaciones deben

ser persuasivas, es decir, provocar en el receptor un cambio en el modo de ver la realidad y para ello el modelo teórico debe ser coherente, pertinente y eficaz. El alegato debe organizar la información para los jueces que van a escucharla por primera vez, por lo tanto el mensaje debe ser claro, ordenado, sistémico y organizado, para que ellos, a través de la persuasión adquieran el punto de vista de la defensa para analizar la prueba.

Pero como el receptor del mensaje cambió con la ley 9.106 en Mendoza, es que estructuralmente el alegato no sufrió modificación alguna pero lo que sí cambió rotundamente y enfrenta a todos los abogados a un nuevo paradigma es la mutación en el código en que ese mensaje se transmite.

Un modelo, método o técnica de litigación para elaborar el alegato de apertura, destinado a un jurado popular, sería el contenido en la siguiente tabla:

SLOGAN	Si el caso fuese una película, el slogan sería el título. Debe ser impactante y repetirse, así el jurado no lo olvida. Ej. “muerte sí, para salvar su vida” sí en un caso de homicidio se pretende atenuar la acusación en contra del imputado. Debe ser recordado por el jurado.
Hechos	Son sólo hechos, ninguna valoración (ni opinión personal o política ni argumentación). Deben ser proposiciones fácticas cortas que no contengan detalles, en un idioma audiovisual llano, evitar tecnicismos. No utilizar términos “imputado/victima”, elegir las palabras para provocar emociones. Puede utilizarse el recurso de la foto feliz del acusado previo al hecho para humanizar aún más el relato. Clara enunciación de las proposiciones fácticas.
Prueba	Es una promesa de prueba, de lo contrario podría ser objetada por argumentativa provocando pérdida de credibilidad. Debe ser relatada de forma memorable y que el jurado la recuerde para cuando efectivamente se desarrolle. El defensor debe tener la habilidad de magnificarla pero no exagerarla porque si la prueba no satisface provoca pérdida de credibilidad.
Referencia al alegato del fiscal	Es optativo. Pero en el caso de hacerse, no ser una mera crítica (“el fiscal está equivocado”). Debe marcar que hechos no va a poder probar y recordar que el valor probatorio lo da el jurado no el fiscal y que sólo el grado de certeza concluye en culpabilidad.
Cierre	Utilizar el slogan nuevamente, que estará fijo en la memoria del jurado

2.7. Oratoria

La oratoria ha sido utilizada por el hombre desde hace mucho tiempo, ya que por su condición natural es el medio para poder transmitir efectivamente sus impresiones y

vivencias. Podría definirse como el “conjunto de principios y técnicas que permiten expresarse, principalmente de manera oral, con claridad, facilidad y sin temores, ante un público numeroso y variado, con la intención de transmitir un determinado mensaje” (Alban Alencar). La retórica es un sinónimo de la oratoria y técnicamente es definida como “el arte de embellecer la expresión de los conceptos de dar al lenguaje la eficacia adecuada para persuadir”. Es indiscutido que un buen abogado litigante debe tener un buen manejo de ambas.

La oratoria, como arte del buen decir, podría clasificarse de diversas maneras. Teniendo en cuenta el tema que se trata y el ámbito profesional se encuentra la oratoria forense (entre las otras están la oratoria pedagógica, social, religiosa, política, etc.) que es la que interesa en el presente trabajo. La oratoria forense o judicial es la utilizada exclusivamente en el ámbito jurídico para exponer con claridad y precisión los informes de jueces, fiscales y abogados. En un subgrupo, se clasifican según la actitud del orador en relación a sus semejantes, puede ser una oratoria individual o cooperativa, la primera es la utilizada por el abogado en el alegato y la segunda es la utilizada en el *voire dire* por ejemplo, ya que en la oratoria individual el sujeto hace único uso de la palabra dirigiéndose a un grupo que lo escucha y no interviene, mientras que en la oratoria cooperativa un grupo de personas se alternan en el uso de la palabra, buscando una opinión o decisión común, a través de la discusión.

Pericles en el año 450 a. C. manifestaba la importancia de la oratoria: “El que sabe pensar pero no sabe expresar lo que piensa, está en el mismo nivel del que no sabe pensar”, desde la educación primaria se enseña a leer y a escribir pero no a hablar, la educación universitaria no es la excepción. Se dijo previamente que la oratoria es un arte, porque el orador como el artista no sólo se expresa verbalmente sino también con el cuerpo, a los fines de persuadir, conmover o agradar. Estos tres fines le interesan al abogado, más aún a quien tiene que litigar frente a un jurado popular. La persuasión es la actividad de convencer al otro para que tomen una decisión o realicen una acción determinada, se intenta convencer que la teoría y la idea que expresa el orador son las correctas y las mueve a la acción de acuerdo a ellas. Conmover implica provocar a través de la oratoria, determinados sentimientos o emociones en las personas que escuchan, para ello la palabra debe llegar a las entrañas mismas de quien escucha y ve. Agradar por otra parte, significa crear belleza con la palabra, provocar placer con un fin determinado.

La oratoria analiza la personalidad del orador, ya que ésta es la combinación total del hombre (lo físico, lo espiritual, lo mental, sus características, gustos, temperamento, está integrado por sus vivencias y experiencias) y contribuye más al éxito que la inteligencia, porque aquel que ha logrado potenciar su personalidad sobresale por su iniciativa, seguridad, simpatía y empatía.

La confianza y seguridad personal de un orador es un estado psicológico producto de sus competencias, conocimientos y habilidades. Un buen abogado litigante debe comenzar por auto conocerse y trabajar en su personalidad, ya que debe ser una persona segura de sí misma y poseedora de gran autoestima, pero no a los fines ególatras, sino más bien a fines prácticos, no se podrá convencer a un jurado, no se puede transmitir seguridad si en verdad no se la tiene en sí mismo. El litigante no puede angustiarse por cualquier percance que surja y deba confrontar. Debe eliminar el concepto de la ofensa, no puede ofenderse por nada, una persona que se angustia por lo que le dicen es una persona insegura.

Otro rasgo de la personalidad es la timidez, y es producto de la falta de seguridad originada en una falta de preparación. Un buen abogado litigante debe vencer la timidez, puesto que alguien tímido e inseguro es incapaz de convencer o persuadir a otros de algo. Ahora bien, no significa que por estar preparado y sentirse seguro se caiga en el yerro de saberlo todo, debe tener un sentido de autocrítica, debe estar abierto a escuchar consejos y críticas de otros, debe ser capaz de analizarlo objetivamente y aceptarlo, si les encuentra razón.

El miedo, otro gran enemigo del orador. El temor al público, hace que las palabras no fluyan, se seque la boca y la garganta, genera movimientos torpes de cuerpo, traba la articulación y lo que es peor, nubla o anula la mente. Si bien el miedo es algo natural y humano, se origina en la falta de preparación y en la inseguridad en sí mismo. Los especialistas manifiestan que el miedo a veces funciona como herramienta (tener miedo a la electricidad, se torna en ser precavido en la elección de los cables), pero a veces tiene consecuencias dañosas (no atreverse a pedir un aumento de salario justo). Lo importante es saber controlar el miedo, para ello es necesario determinar qué tipo de miedo es el que se tiene, ya que en oratoria existen tres tipos:

- El temor de hablar por primera vez en público, el cual con el tiempo el mismo irá mermando al ir adquiriendo experiencia y seguridad.

- El miedo al fracaso: el miedo a equivocarse, que sólo se irá si se comprende que cada error es un aprendizaje y que lo importante es no volver a cometerlo.
- El miedo al qué dirán: este es un miedo sin razón y es una preocupación sobre la opinión que tendrá el resto.

David Fischman en su artículo “Hablando del miedo a hablar”, aconseja sobre cómo vencer el miedo de hablar en público. Y se puede sintetizar en cambiar de perspectiva, es decir, cuando se habla en público para pedir aprobación o aceptación (como podría ser el caso de enfrentarse con un jurado), debe pararse frente al público con actitud de servicio, pensando en que se va a ofrecer lo mejor que se tiene, en ayudar, y no como una tragedia, al ego si no se consigue aprobación. Otro remedio al miedo es la preparación, dar el discurso en voz alta por lo menos seis veces antes de hacer la presentación y conocer el público al que se va a dirigir. La última alternativa es poner las cosas en perspectivas, no es un gran problema de proporciones épicas, simplemente es hablar por unos minutos (Fischman, 1999).

Otro rasgo de la personalidad que un abogado litigante debe eliminar es la indecisión. No se puede ser indeciso, incluso en el debate y lo vertiginoso que es. Como ya se mencionó antes, el abogado tiene milésimas de segundo para tomar decisiones. Las decisiones deben tomarse aunque sean erróneas, la infalibilidad no está garantizada. Las personas que se exigen a sí mismas mucha seguridad o no admiten un error son indecisas, el abogado debe saber que tiene un abanico de opciones, que debe elegir una y debe ser responsable del resultado. Pero no tendrá miedo al resultado porque primero, sabe que el éxito no está garantizado y segundo porque debe tomar la decisión de acuerdo a un razonamiento lógico y fundamentado de ese momento.

El abogado debe ser elocuente, saber hacer un discurso retórico, para ello deberá ampliar su vocabulario a través de la lectura permanente, hacer de la lectura un hábito.

El litigante en líneas generales debe saber identificar las controversias, ésta es una habilidad que se desarrolla con análisis y lógica, debe comprender e identificar la naturaleza del problema y ser capaz de llegar a conclusiones correctas entre las distintas soluciones posibles.

Algo que parece ajeno al hombre de derecho, es tener imaginación e iniciativa. El abogado debe tener muchos recursos para no caer en el convencionalismo, que podía

funcionar frente a un tribunal técnico (aunque no por ello deja de ser mediocre), pero frente a un jurado lego y las nuevas oportunidades que se plantean, es un desperdicio y un riesgo ejercer la profesión de manera ritualista.

Un abogado litigante debe ser asertivo, es decir, que se exprese con firmeza pero sin ofender a nadie, puede transmitir lo que siente de forma clara y directa sin herir a nadie. Si no está de acuerdo con algo, lo expresa con respeto. Sabe disculparse y acepta la crítica. La asertividad se comunica no sólo con el contenido de lo que se dice sino también con el lenguaje corporal, mediante el contacto visual, la postura, el tono de voz, las expresiones y movimientos del cuerpo. Sería inconcebible un abogado, en un debate, que se refiera a la víctima de forma agresiva o intente ridiculizar la labor del fiscal, pensando que con ello el jurado se adquirirá una imagen negativa de los mismos.

Algo no menor, es ejercer la profesión con honestidad y alto nivel de ética, quizás para un determinado juicio comportarse de manera engañosa o acudiendo a artimañas (chicanas), le dé el éxito, pero en el corto o largo plazo perderá el capital más grande que tiene un abogado que es su credibilidad y reputación.

Tener buena presencia es parte del trabajo y ello no solo es vestirse de manera formal, sino comportarse de buena manera desde que sale de su hogar. Siempre habrá alguien mirando o escuchando, quizás ese alguien sea un testigo o jurado que participara del proceso. Debe ser una persona capaz de ganarse el respeto y admiración, y eso lo hace siendo cordial, comprensivo y considerado incluso con las personas que piensen distinto.

La puntualidad y responsabilidad no deben faltar, de lo contrario es una falta de respeto para la víctima, el acusado, y todos los operadores jurídicos que participen del proceso.

Finalmente, imagínese la percepción que tendrá el jurado de un abogado que llegue tarde, agitado por correr los pasillos de tribunales, por lo tanto desalineado, que al iniciar el discurso de apertura no pueda modular de los nervios, que se le traben las palabras y que se olvide de lo que debe decir por falta de preparación, que no pueda respirar bien, que frente a su visible fracaso quiera desacreditar la investigación del fiscal acudiendo a la agresividad y desprestigio... No habrá teoría del caso que pueda hacer que el jurado cambie de perspectiva, por más excelente que sea. Será imposible que el abogado obtenga empatía del jurado con tales conductas y en esas circunstancias.

Es aquí donde se pone de manifiesto que el abogado no sólo tiene la responsabilidad de mantenerse actualizado en el saber jurídico, sino que debe preocuparse por obtener conocimientos y aptitudes que lo convertirán en un orador excelente y completo.

2.7.1. Lenguaje corporal

Según lo desarrollado hasta aquí, para ser eficaz en el desempeño como abogados frente a un tribunal lego, no sólo es necesario una buena técnica o método de litigación y una adecuada elaboración de la teoría del caso, sino que además es necesaria una buena oratoria, la cual no sólo versa sobre el lenguaje verbal sino también sobre el corporal, como ya se mencionó en el apartado anterior.

La sala de audiencias en tal sentido se convierte en una especie de sala de teatro donde distintos sujetos se comunicarán entre sí, incluso la disposición de esos actores dentro de la sala está dispuesta por ley de una manera determinada.

En todo momento los sujetos estarán enviándose mensajes no verbales y de ello debe ser consiente el abogado, tanto para ser receptor de esos mensajes como cuando él los está enviando. Para ser claros, se está hablando, por ejemplo, de la reacción del jurado frente al alegato de apertura de un fiscal. En el caso mencionado el defensor debe estar atento al lenguaje corporal del fiscal así podrá notar su seguridad o no, y también debe observar al jurado, a medida que ellos escuchen el alegato realizarán expresiones faciales, ademanes, posturas corporales, etc., que pondrán de manifiesto cómo repercute el mensaje en ellos, debe además tener escucha activa. Cuando llegue el turno del alegato de la defensa, debe ser capaz de poder leer el lenguaje corporal de quienes están recibiendo su mensaje y tener la habilidad de dominar su lenguaje corporal y gestual.

El médico Daniel Rosetti manifiesta que los seres humanos no son seres racionales sino seres emocionales que razonan¹³, y eso es lo que un litigante tiene que tomar como herramienta, saber que las personas a las que se dirige perciben a través de sus sentidos y se ven influenciados por sus emociones.

A los jurados se les está permitido decidir por la percepción de sus sentidos, por las emociones, cuenta de ello da que la ley no exige que expresen su razonamiento incluso veda que sean conocidos y que se conozca el sentido de su voto. Las emociones, la

¹³ (Lopez Rosetti, 2019)

creencia y las experiencias previas de cada jurado inciden en las decisiones que tomen, porque todo ser humano tiende a rechazar aquella información que sea inconsistente a sus creencias y expectativas.

El lenguaje corporal es una gran herramienta para saber que está sucediendo realmente con el resto de los sujetos procesales y para ser capaz de transmitir un mensaje correcto.

Poder observar el lenguaje corporal es lo que justifica de alguna manera los principios de oralidad e intermediación de la prueba. Sería inconcebible que hoy se modifique el proceso penal y el tribunal tome contacto con un testimonio a través de un acta. No es lo mismo leer lo que alguien dice, que poder escuchar lo que dice y ver cómo lo dice. Los elementos paraverbales junto con el discurso brindan una información completa y de alta calidad.

El Código Procesal de Santa Fe indica que los alegatos deben ser realizados de pie, aunque no traen una sanción correlativa sino lo hacen. Quizás lo que tuvo en miras el legislador es que las exposiciones que se realizan sentados en general son más extensas, una persona de pie por el contrario, tiende a concentrar los argumentos, es concreto conciso. Una persona que puede desarrollar la actividad sentado tiende a leer escritos o memorandos, y esto no es lo que necesita un jurado lego para ser motivado. Una persona de pie puede expresarse de distinta forma y hacer uso del lenguaje corporal, puede gesticular y el resto de las personas podrán observar y percibir el mensaje de la forma correcta.

No solo es necesario un vocabulario llano, claro sino que son necesarios los ademanes o distintos gestos que le darán fuerza a la palabra. ¿Por qué? Porque lo que necesita el abogado litigante frente a un jurado lego es manejar un lenguaje audiovisual, es decir que el jurado debe percibir lo que dice, sentirlo. Véase un ejemplo al respecto: un homicidio donde se utilizó un arma blanca y la teoría del defensor es la atenuación del delito. El abogado tendrá más efectividad si en vez de decir “el testigo dirá que el imputado tenía en su mano el arma blanca con la que la víctima lo atacó y con la que ésta resultó ultimada”, diga: “el testigo dirá que Juan estaba bañado en su propia sangre por los cortes que le efectuó previamente Pedro con la cuchilla de 20 cm que traía y que al quitársela lo apuñaló en el estómago” y mientras verbalice el discurso haga los ademanes de quitar el arma y apuñalar. El efecto visual que causan las expresiones y los gestos serán casi imposibles de quitar para el jurado.

No está de más recordar al lector que todas estas herramientas están en función a la teoría del caso que plantee la defensa, por lo tanto todo lo que se diga, cómo se diga y lo que se “actúe”, debe ser para provocar las emociones en el jurado, para persuadirlo para que adquieran el punto de vista de la defensa. Un caso contrario a esto, fue lo sucedido en el juicio oral por jurados en la Provincia de Córdoba el año 2020, donde la acusada Barattini, había cortado los testículos de la víctima que era sindicada como su pareja. La fiscalía iba por el homicidio en grado de tentativa, agravado por el vínculo preexistente en concurso con lesiones graves. Por el lado de la defensa se planteó la teoría del caso fundada en violencia de género que sufría la acusada, que en realidad lo que había sucedido era un intento de violación y que la imputada era realmente la víctima y que cortó los testículos para defenderse. Bastaba ver los gestos forzados de la manipulación de una tijera de podar de casi 50 cm de hierro y madera, que supuestamente había sido colocada en la axila de la acusada y accionada con el brazo y “un busto”, para echar por tierra la teoría que planteaba la defensa y provocar incredulidad total en el jurado (no hacía falta siquiera analizar las pruebas de cargo).

Es por ello que surge de interés comprender cómo funciona la interacción entre el emisor y el receptor en un juicio por jurados.

2.8. Competencias blandas e inteligencia emocional

Previamente se manifestó que un buen abogado litigante debe tener aptitudes aparte de un título habilitante, estas eran la vocación de servicio, competencias cognitivas y competencias blandas, llegó el momento de examinar estas últimas. La competencia blanda responde al interrogatorio ¿Cómo se gestionan los sentimientos y emociones para dirigir pensamientos y acciones? Si lo que se busca es ser capaz de seducir a un jurado debe tenerse una capacitación especial para lograr empatía en éste.

Las habilidades blandas son aquellas que impulsan la inteligencia emocional. También llamadas soft skills, habilidades transversales o socioemocionales, enfocadas en desarrollar ciertos valores y rasgos que fomentan la comunicación y la relación efectiva de una persona con aquellas que le rodean. Algunas de ellas son la comunicación, flexibilidad, liderazgo, motivación, paciencia, persuasión, capacidad de resolución de problemas, trabajo en equipo, entre otras. Estas habilidades permiten relacionarse con los demás de manera más efectiva y en este sentido es que se relaciona con la inteligencia emocional ya

que la relación y comunicación efectiva se ve afectada principalmente por la capacidad de conocer y manejar las emociones, tanto en sí mismo como en los demás. Para algunas labores es necesario desarrollar habilidades blandas por encima de las habilidades duras, por ejemplo la gerencia de una empresa, o donde hay una relación directa con el público. Pero con el cambio de paradigma que implicó la participación ciudadana en el ámbito de la justicia, hoy es importante que un abogado conozca que existen estos tipos de habilidades y que pueda aprenderlas, de hecho existen numerosos manuales al respecto pero dirigidos a otros ámbitos, no hay material dedicado al abogado litigante.

El proceso de aprendizaje de las habilidades blandas tiene 4 etapas:

- Incompetencia inconsciente: no se sabe que existen estas competencias y no se sabe que se las tiene
- Incompetencia consciente: el sujeto se da cuenta que hay cosas que no sabe y toma la decisión de aprender
- Competencia consciente: el sujeto ya conoció y aprendió habilidades blandas pero para ejercerlas debe hacerlo con atención y concentración.
- Competencia inconsciente: la habilidad se convirtió en un hábito automático, pudiendo realizar tareas simultáneas sin tener que prestarle atención. Para llegar a este grado es necesario poner en práctica constante la habilidad.

Un abogado debe ser capaz de adquirir las siguientes capacidades blandas, puesto que son esenciales para ser eficaz como profesional del derecho en estos tiempos.

- Comunicación y Escucha activa. El abogado es más productivo cuando sabe cómo comunicarse. Tener una buena comunicación con su equipo de trabajo es fundamental, saber comunicar sus ideas y recibir las de los colaboradores, es parte clave. En relación con el debate, el litigante debe saber que existe una diferencia entre oír, que es la actividad fisiológica del oído y escuchar, esto es tomar conciencia de lo que se dice, saber lo que el sujeto piensa a través de la palabra, es esencial que lo adquiera para poder establecer interrogatorios eficaces. Saber preguntar es una cosa, pero con una escucha activa podrá saber qué repreguntar o que nueva pregunta hacer. En este mismo sentido debe realizarse una observación activa, no es lo mismo ver que mirar. El abogado debe ser capaz de observar “el todo” de un debate y las partes que lo integran, podrá conocer lo que piensan los sujetos a través del lenguaje corporal

que tengan. Sólo con una escucha y observación activas se tendrá información suficiente para tomar decisiones.

- Trabajo en equipo. “La unión conlleva al éxito”. Saber trabajar en equipo es hoy en día una habilidad indispensable para todos. Si los miembros de su equipo son individualistas será difícil lograrlo. Un abogado debe tener un equipo de trabajo que también se desempeñe con eficacia para poder confiar en él, no se trata de dividir tareas y dar instrucciones, debe funcionar como un perfecto engranaje. En la vertiginosidad de un debate es esencial.
- Liderazgo. Liderar no es tarea fácil, no solo implica dar una instrucción, va más allá. Se trata de saber motivar al equipo y lograr potenciar sus habilidades al máximo.
- Planificación y Gestión del tiempo. Una buena planificación de las tareas diarias y una óptima organización ayudará a que el tiempo del equipo rinda para realizar las actividades correspondientes.
- Flexibilidad. En su equipo necesita colaboradores que sean flexibles, que puedan adaptarse a los cambios y mantener la organización actualizada.
- Toma de decisiones. La toma de decisiones es algo cotidiano, ya sea a nivel profesional o personal. El litigante necesita ser determinado a tomar decisiones y tener colaboradores que sean “solucionadores de problemas”, que sepan tomar la decisión correcta aún en situaciones complicadas.
- Orientación a resultados. Consiste en dirigir todos los actos de una labor para alcanzar una meta. Se deben conocer las metas y objetivos a los que se quiere llegar para así aumentar el compromiso.
- Negociación. Es la habilidad de llegar a un acuerdo entre dos o más partes. El abogado debe saber que siempre hay opciones que beneficien a ambas partes.

La inteligencia emocional como habilidad de entender lo que se siente para poder gestionarlo es importante, tanto en la vida personal como en la profesional. Nótese un ejemplo sencillo, sentir enojo o irritabilidad, es algo cotidiano, pero si se conoce cuál es la causa de ese sentimiento se podrá gestionarlo, a veces el origen no es superficial y la búsqueda debe ser más profunda. Conocido el origen se aprende a regular la emoción, ya sea aceptarla o rechazarla.

Daniel Goleman en su best-seller “Inteligencia emocional”, explica que para comprender el poder que tienen las emociones sobre la mente pensante debe entenderse como funciona el cerebro y cuál fue su evolución. Primitivamente el cerebro estaba compuesto por el

tronco encefálico que regula las funciones básicas. De ese cerebro primitivo emergieron centros emocionales, que luego dieron lugar al neocórtex que es el cerebro pensante. Por lo tanto se puede ver la relación que tienen las emociones con los pensamientos, ya que estas son una derivación. El neocórtex permite un aumento de la sutileza y la complejidad de la vida emocional pero no las gobierna, eso lo hace el sistema límbico. La amígdala (dos, una de cada lado del cerebro) y el hipocampo eran las piezas claves en el primitivo cerebro olfativo, que con la evolución dieron origen primero al córtex y al neocórtex. La amígdala está especializada en las emociones y es considerada una estructura límbica ligada al aprendizaje y la memoria, es la encargada de activar la secreción de dosis masivas de noradrenalina, que estimula los sentidos y pone al cerebro en estado de alerta. Esa respuesta emocional ansiosa e impulsiva es regulada por el área prefrontal, permitiendo una respuesta analítica y proporcionada. Las conexiones existentes entre la amígdala (y las estructuras límbicas) y el neocórtex constituyen el centro de gestión entre los pensamientos y los sentimientos. Esta vía nerviosa explicaría el motivo por el cual la emoción es fundamental para pensar eficazmente, tomar decisiones inteligentes y permitirnos pensar con claridad. Las emociones son importantes para el ejercicio de la razón. Se dirían que existen dos cerebros uno racional y otro emocional cada uno con una inteligencia determinada, el coeficiente intelectual por un lado y el coeficiente emocional por el otro. Las características de la inteligencia emocional son capaces de motivarnos a nosotros mismos, de perseverar en el empeño a pesar de las posibles frustraciones, de controlar los impulsos, de diferir las gratificaciones, de regular nuestros propios estados de ánimo, de evitar que la angustia interfiera con nuestras facultades racionales y la capacidad de empatizar y confiar en los demás ¹⁴.

Para Goleman, el coeficiente emocional alto no implica éxito, ya que existen dos grupos de inteligencia emocional, por un lado se encuentra la inteligencia intrapersonal que es la capacidad de formarse una idea de uno mismo, teniendo acceso a los sentimientos propios y usarlos como guía. Por el otro lado se encuentra la inteligencia interpersonal que es la capacidad de comprender a los demás, qué los motiva, cómo actúan y cómo relacionarse adecuadamente. Es la capacidad de un sujeto de percibir y reaccionar frente a las emociones de otro, poder entender cómo se sienten y piensan. Está asociado con la empatía.

¹⁴ (Goleman, 1996)

Las emociones no son buenas o malas en sí mismas, sólo son útiles o inútiles en una determinada situación. El miedo es sólo miedo, pero frente a una situación de peligro es positivo (dilata pupilas, agudiza la vista y predispone a correr), pero frente a un jurado popular cuando se está realizando un alegato, es totalmente inútil y negativo.

En resumidas cuentas un abogado litigante debe tener inteligencia emocional, que hace a las capacidades blandas que debe poseer. Para desarrollar un alto nivel de IE, debe comenzar por autoconocerse, reconocer sus puntos débiles y sus virtudes. Si se quiere transmitir seguridad a un jurado, debe estar seguro de si mismo, por lo tanto con una introspección deberá analizar cuáles son los motivos que le provocan inseguridad, incluso hay quienes recomiendan que se haga un cuestionario por escrito y que se responda a preguntas como: ¿Qué sucedió? ¿Qué sintió en ese momento? ¿Qué sentía exactamente el cuerpo? (acaloramiento, palpitaciones, molestias en el estómago, sudor...) ¿Cuánto duró el sentimiento? ¿Afectaron las emociones a la forma de solucionar la situación? ¿Tuvieron las emociones una función positiva o negativa? ¿Por qué se actuó de esa forma?. El autoconocimiento da seguridad y permite que se tomen decisiones bajo presión o frente a incertidumbre.

Luego viene el turno del autocontrol o autorregulación, que permite no dejarse llevar por las emociones del momento. Esto permite que determinada emoción no se convierta en una preocupación. El abogado debe saber que no tiene garantizado el resultado de un juicio, incluso está obligado éticamente a no garantizar un determinado resultado al cliente, en ese sentido preocuparse no tiene sentido, por el contrario debe ocuparse esto es prepararse, conocer el caso, adaptarse al debate con una guía, ser flexible. Entonces frente al testimonio de una persona con la que se trabajó previamente, que se le dedicó tiempo para prepararla, se sienta en el estrado y dice cualquier cosa, eso seguramente molestará y enojará al abogado pero debe tener el autocontrol de dejar ir esa emoción y continuar frente a la nueva situación.

El autocontrol implica confiabilidad (ser honesto y sincero), integridad (responsables con las obligaciones), adaptabilidad (afrentar los cambios con flexibilidad) e innovación (estar abierto a nuevas ideas).

Aparte de autoconocerse y autolimitarse, el abogado debe ser capaz de automotivarse, esto es dirigir las emociones hacia un objetivo macro que lo impulse a conseguir metas y no se

fijará la atención en los obstáculos. Debe ser optimista y positivo, esto evitará que sienta frustración porque la mente estará dirigida a solucionar el problema.

También debe ser empático, más aún si se desea seducir al jurado. Debe tener la capacidad de percibir lo que sienten los demás, de forma verbal o lenguaje corporal como ya se mencionó anteriormente. Reconocer las emociones es el primer paso para entenderlas e identificarse con ellas. Un abogado que pueda percibir lo que siente el jurado a medida que se va desarrollando el debate es positivo, porque se adelantará a tomar decisiones, sabrá a quien dirigirse, podrá reconocer la diversidad y trabajar con ella. Podrá percibir qué jurados están aceptando su teoría del caso y quienes se encuentran dubitativos y trabajar con esa información.

Por último, está la capacidad de relación, esta es una habilidad social que permite no sólo conocer los sentimientos de los demás sino hacer algo para transformarlo, cuando se interactúa con otras personas se transmiten emociones que los afecta. Las personas que tienen la capacidad de producir sentimientos en los demás son aquellas que son simpáticas y suelen “caerle bien a todos”. Si bien el abogado no está en una audiencia tratando de hacer amigos, si está tratando de seducir al jurado por lo tanto debe tener un trato especial, ser capaz de influenciar, esgrimiendo tácticas eficaces de persuasión, tener buena comunicación enviando un mensaje claro y convincente, gestionando conflictos, negociando y resolviendo desacuerdos. Esta es una herramienta fundamental en el desarrollo de un alegato de apertura cuando se explicó que debían utilizarse palabras suaves o fuertes de acuerdo a la emoción que se busque provocar.

Se ve que desarrollar competencias blandas e inteligencia emocional es fundamental para un abogado que pretenda litigar, más aún cuando quien sea el encargado de juzgar sea un jurado lego que hable en un código de lenguaje distinto al que adquirió un abogado en sus años de estudios universitarios.

3. Conclusiones

- La ley 9.106 produjo un cambio de paradigma en el proceso penal oral y la administración de justicia penal de Mendoza.

- El abogado durante sus años de carrera universitaria no aprendió a litigar, conoció el derecho de fondo y adquirió competencia cognitiva en algunas áreas, pero que no bastan para desempeñar con responsabilidad un juicio penal, menos aún si el tribunal es lego.
- El abogado debe adquirir un método propio de litigación o tomar la técnica de algún colega para iniciar, y con el paso del tiempo y la práctica podrá insertarle su propia impronta. Pero es necesario contar con una técnica de litigación para ser ordenado y organizado, tener un esquema de trabajo que no le haga caer en la improvisación y se predestine al fracaso.
- El abogado debe ser un orador excelente, ello implica poder transmitir un mensaje de manera verbal y no verbal, a través del lenguaje corporal, y que ese mensaje sea asequible por el jurado lego.
- El nivel de oratoria necesario debe ser alcanzado con capacitación anexa a la universitaria. Para ello es necesario que el abogado tome conocimiento de esta debilidad en la falta de su preparación.
- Comprender que aún teniendo un excelente nivel de oratoria necesita adquirir inteligencia emocional, para ello debe transitar los cuatro estadios de la misma: Incompetencia inconsciente-Incompetencia consciente-Competencia consciente-Competencia inconsciente.
- Para que el abogado sea un litigante exitoso deberá adquirir nuevas capacidades cognitivas, esto es cursos alternativos sobre otras ciencias o temas (medicina forense, psicología forense, balística, ciencias de la litigación, cursos de oratoria, etc.) y deberá desarrollar competencias blandas e inteligencia emocional (autoconocimiento, autocontrol, motivación, empatía y capacidad de relación)
- La capacidad cognitiva y la capacidad blanda guiarán al abogado en toda su vida profesional, más aún cuando asuma la defensa de un caso en particular.
- Para elaborar una teoría del caso debe contarse con un equipo de trabajo eficaz, debe investigarse y prepararse desde que llegue el caso a sus manos, deben explorarse todas las alternativas en vistas de un resultado a obtener, absolucón para el cliente o atenuante. Debe elegirse la mejor alternativa y preparar a los testigos en tal sentido. En ese proceso de preparación interviene las capacidades blandas de un abogado, tanto como líder del equipo de trabajo para que éste funcione correctamente, como en la empatía que debe tener con el testigo en un examen directo o contraexamen.

- En el *voire dire* se seleccionarán los jurados o mejor dicho se deseleccionarán, para ello debe ejercitarse las capacidades blandas. Escuchar activamente, observar activamente y ser capaz de percibir las emociones y sentimientos de un jurado para saber lo que piensa y decidir si será persuasible con la teoría del caso que se tenga.
- Con el cambio de paradigma el alegato de apertura tomó una relevancia indiscutida, por lo que el abogado litigante no puede perder la oportunidad de hacerlo y cuando lo haga debe estar preparado, tanto en el conocimiento de la teoría del caso que está planteando (los extremos de hecho, derecho y promesa de prueba), como en las herramientas de persuasión que le permite el nuevo procedimiento, que es ilimitado y a la fecha inexplorado. Debe contar con una estructura eficaz y organizada para que el jurado tenga el primer contacto con la historia y les sea comprensible. Pero desde ese momento comienza la persuasión, el abogado debe llegar a esa instancia con las herramientas adecuadas y ser consciente de que “el cómo” se dicen las cosas es igual de importante que el mensaje en sí mismo.
- El abogado que esté al tanto de que la educación universitaria no basta para ejercer la profesión de manera responsable y tenga la inteligencia emocional de autoconocer sus debilidades y se autodetermine a buscar información y nuevos conocimientos, que esté abierto a seguir aprendiendo, logrará una seguridad personal que lo hará destacable entre otros colegas y cosechará éxitos en los tribunales.
- Recordad que el abogado es un operador más en el ámbito de la justicia, que aún cuando el constitucionalista haya receptado la participación ciudadana en la imposición de justicia y exista una ley moderna como la 9106, si los letrados no están debidamente capacitados se seguirá vulnerando el derecho de defensa del imputado y echando por tierra el objetivo del legislador. Será el ciudadano mendocino quien verá sus derechos coartados por la falta de preparación de un abogado.

Bibliografía

Alban Alencar, A. (s.f.). *Manual de oratoria, El arte de hablar en pú.blico*. Lima: MARKETING MIX EDITORES.

- Baytelman, A., & Duce, M. (2004). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Benavente Chorres, H. (2015). *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. J.B. Bosch.
- Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez, V., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., Hairabedián, M., . . . Arocena, G. (s.f.). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Advocatus.
- Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria, 461 (CSJN 2019 de Mayo de 2019).
- Espinoza Bonifaz, A. (s.f.). *TEORÍA DEL CASO: TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN EFICAZ DE LA MISMA*. Lima.
- Fierro - Mendez, H. (2006). *Sistema procesal penal de EE.UU: Guía elemental para su comprensión*. Bogotá D.C.: IBAÑEZ.
- Fischman, D. (9 de Junio de 1999). HABLANDO DEL MIEDO A HABLAR. *El Comercio*.
- Fuchs, M. C., Fandiño, M., & Gonzalez Postigo, L. (2018). *La justicia penal adversarial en America Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. Santiago de Chile: CEJA- KAS.
- Goldberg, S. (1994). *Mi primer Juicio Oral*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Goleman, D. (1996). *Inteligencia emocional*. Barcelona: Kairós.
- González Vásquez, M., Quintana, N., & Puppio, V. (2003). *Ciencias penales, temas actuales: homenaje al R.P. Fernando Pérez Llantada*. Caracas.
- Granillo Fernández, H., & Harfuch, A. (20 de Septiembre de 2020). Un cambio necesario en la justicia de Córdoba. *La Voz del Interior*.
- Harfuch, A. (2013). Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico. *Revista Derecho Penal*, 113-150.
- Juicio por jurados: Testigos desvirtuaron la teoría del caso de la fiscalía*. (25 de Abril de 2018). Obtenido de Ministerio de Defensa de la Provincia de Neuquén: <http://www.mpdneuquen.gob.ar/index.php/2-sin-clasificar/751-juicio-por-jurados-los-testigos-que-declararon-hoy-desvirtuaron-la-teoria-del-caso-de-la-fiscalia>
- Letner, G., & Piñeyro, L. (2017). *JUICIO POR JURADO Y PROCEDIMIENTO PENAL*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jusbaire.
- Levene, R. (. (1993). *Manual de Derecho Procesal, tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- Ley 14543. (2015). Buenos Aires, Argentina.
- Ley 2784. (2011). Neuquén, Argentina.
- Ley 5020. (2019). Rio Negro, Argentina.
- Ley 7661. (2015). Chaco, Argentina.
- Ley 9182. (2005). Córdoba, Argentina.

- Ley Orgánica 5/1995. (1995). España.
- Lopez Rosetti, D. (2019). *Equilibrio*. Buenos Aires: Planeta.
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Moreno Holman, L. (2012). *Teoria del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Ortega Jarpa, W. (2012). *Litigación oral para el proceso penal*. Santiago de Chile: RIL editores.
- Ossorio, M. (2013). *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Guatemala: Datascan S.A.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Quiñones Vargas, H. (2003). *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*. El Salvador.
- Roxin, C. (s.f.). *INTRODUCCIÓN A LA LEY PROCESAL PENAL ALEMANA*.
- Scarsini, A. (s.f.). Estudios e Investigaciones. *Juicio por Jurado*. Buenos Aires, Argentina: Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación.
- Schenone, Carlos s/causa, 1423 (CSJN 3 de Octubre de 2006).
- Valdez Díaz, M. (2011). *Diccionario práctico del juicio oral*. México: Ubijus.