

“CONDENAS ERRÓNEAS EN LOS ESTADOS UNIDOS. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE EL ÁMBITO RECURSIVO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL” DE E. MATÍAS DÍAZ

Pablo ROVATTI*

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 26 de junio de 2020

DÍAZ, E. Matías, Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019, 104 pp.

I. Introducción

Esta no es la primera vez que Matías DÍAZ se ocupa de la protección de la inocencia en el proceso penal,¹ ni es la primera vez que vincula esta preocupación con el estudio de la revisión en segunda instancia de las decisiones condenatorias.²

Quien haya tenido la oportunidad de consultar los trabajos previos del autor sabrá que sus análisis llaman siempre a la reflexión e invitan a repensar asuntos conocidos bajo nuevas perspectivas. Es, por ende, una muy agradable tarea la de presentar aquí una reseña de su reciente obra.

En el apartado siguiente (II) expongo sintéticamente las ideas centrales del libro, evitando interrumpirlas con comentarios u observaciones parciales, a fin de que quede en evidencia el modo

* Abogado (UBA). Especialista en derecho penal (UBA). Magister en razonamiento probatorio (Universidad de Girona, España y Universidad de Génova, Italia). Profesor adjunto (int.) en la Facultad de Derecho (UBA). Agradezco las atentas lecturas de Carla SALVATORI, Alan LIMARDO, Pablo LARSEN y Rocío BUOSI a una versión preliminar de la reseña, que me ayudaron a repensar y mejorar la presentación de algunas ideas y a corregir aspectos oscuros o equivocados del texto.

¹ DÍAZ, *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

² DÍAZ, “¿El sistema de justicia juvenil de los Estados Unidos a la deriva? Un análisis de las condenas erróneas en el sistema de justicia juvenil estadounidense con particular hincapié en la instancia de apelación directa”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 4, Buenos Aires, 2017, pp. 112-160. La dedicación de sus esfuerzos al estudio de los sistemas recursivos se desprende también de que ha dirigido, junto con J. L. FINKELSTEIN NAPPI, la obra colectiva titulada *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016.

en que DÍAZ va construyendo argumentalmente su principal tesis normativa. En otro acápite (III) presento mi opinión sobre la monografía y algunas críticas. Dejo para el final (IV) un breve comentario sobre la importancia del trabajo reseñado.

II. Sinopsis de la obra

1. En su introducción el autor indica, en sustancia, que es posible trazar una vinculación entre “el fenómeno de las condenas erróneas” y un aspecto muy particular del sistema de administración de justicia estadounidense: el “funcionamiento de la instancia de apelación directa (*direct appeal*) de la declaración de culpabilidad de las personas acusadas”. Más concretamente, DÍAZ se propone “averiguar cuáles son las características estructurales de la instancia de apelación directa” que permitirían, en su mirada, “comprender las razones de su defectuosa labor como ámbito de corrección de las condenas erróneas” (pp. 11-13).

2. El segundo capítulo de la monografía se ocupa de explicar algunos aspectos del sistema. DÍAZ expone, primero, que “el acceso a la revisión en apelación de las condenas” no ha sido considerado un componente necesario del debido proceso en la jurisprudencia de la corte norteamericana (pp. 13-14). Señala, no obstante, que hay amplio reconocimiento de una instancia de apelación en el plano infra-constitucional y en algunas constituciones estatales, pero considera que “definir su estatus constitucional permitiría adecuar ciertas inconsistencias que actualmente se aprecian en el tratamiento de los asuntos propios de la instancia de apelación de cara a la necesidad de evitar y corregir condenas de personas inocentes” (p. 19).

Tras un breve repaso histórico, el autor avanza hacia el análisis de la configuración actual de la apelación directa y se interesa particularmente por los diferentes “tipos de estándares de revisión”, utilizados “según el tipo de cuestión decidida e impugnada”.³ En este contexto, expone como una “idea *crystalizada* aquella que establece que los tribunales de apelación deben brindar una gran deferencia a los juzgadores de la instancia de juicio” (p. 29). En lo que concierne a los aspectos fácticos del juicio, indica que “las posturas deferenciales hacia la decisión del jurado o el juez... no

³ Aquí DÍAZ presenta la división tripartita recogida por la corte estadounidense en *Pierce v. Underwood* —487 U.S. 552, (1988)— que ordena los *grados de deferencia* del tribunal de apelaciones al órgano apelado: cuestiones de derecho, revisables *de novo*; cuestiones fácticas, a las cuales se aplica un “estándar de claro error” y cuestiones discrecionales, “revisables a través de un estándar llamado de abuso de discreción” (p. 27).

varían” y que la idea de “suficiencia de la evidencia” acaba por confundirse con la constatación de la existencia de “alguna evidencia” (pp. 33-34).⁴

La última parte del capítulo se refiere a los efectos en la decisión recurrida de los errores advertidos por el tribunal de apelación. El sistema privilegia, dice DÍAZ, la discusión y examen de potenciales errores jurídicos, particularmente los procedimentales, antes que “las discusiones directas sobre la inocencia factual del recurrente” (pp. 34-35). Ahora bien, la constatación de un error de procedimiento abre el paso a una segunda pregunta, la de los efectos del error en la decisión apelada. El autor le dedica una considerable atención al estudio de la *harmless error doctrine*, repasa su evolución y, con cita y análisis de algunos precedentes importantes en materia de errores de naturaleza no constitucional⁵ y errores de orden constitucional,⁶ reconstruye el estado de la cuestión en la actualidad, que luego analiza críticamente.

En este sentido, señala que la corte estadounidense “para decidir sobre la nocividad del error, ha puesto énfasis tanto en la evidencia de la culpabilidad del acusado como en el efecto o

⁴ El autor se ocupa del estándar fijado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Jackson v. Virginia* —443 U.S. 307 (1979)— que tiene incidencia en el asunto, señala, en tanto la apelación como tal no es considerada un derecho constitucional. En cambio, el estándar probatorio *más allá de toda duda razonable*, derivado de la presunción de inocencia según el criterio fijado *in re Winship* —397 U.S. 358 (1970)— sí es un instrumento de control de los procedimientos estaduales a través de la cláusula de debido proceso de la decimocuarta enmienda. Para cumplir con esta, según el criterio de *Jackson v. Virginia*, un tribunal debe preguntarse no tanto cuál es su propia evaluación de la prueba, sino “simplemente si después de analizar la prueba a la luz más favorable a la acusación, algún juzgador podría encontrar los elementos esenciales del crimen más allá de la duda razonable” (p. 31).

⁵ Se trata, por ejemplo, de errores en materia de *discovery*, o en la evidencia presentada a los jurados, o en conductas del fiscal o del juez que pueden incidir en las funciones del jurado, como errores en la formulación de las instrucciones o en deslealtad o mal comportamiento en las audiencias o alegatos. Respecto de cuestiones de admisibilidad de pruebas, el autor menciona las complejidades que plantea la diferenciación entre errores en la aplicación de la *hearsay rule* y errores en la aplicación de la *confrontation clause* de la Sexta Enmienda, pues estos últimos serían de índole constitucional.

En esta materia (errores no constitucionales), DÍAZ cita *Kotteakos v. United States* —328 U.S. 750 (1946)— donde, según explica, la corte estadounidense “aclaró que el estándar no requería al tribunal de apelación determinar la culpabilidad o la inocencia, ni preguntar si el jurado había actuado correctamente en su declaración de culpabilidad a pesar del error”, sino precisar “qué efecto tuvo o pudo haber tenido el error sobre el veredicto” (p. 40).

⁶ DÍAZ cita primero el precedente de la corte estadounidense *Chapman v. California* —386 U.S. 18 (1967)—, que presenta como aquel caso “en el que se quebró la regla según la cual las violaciones constitucionales provocaban de manera automática la revocación del veredicto”, aunque reconoce que ese precedente “también dispone de un alto estándar para que la fiscalía demuestre que el error es inocuo” y que el test podía entenderse como una indagación acerca de si el veredicto pudo haber sido influenciado por el error (p. 41). Luego, el autor recuerda *Harrington v. California* —395 U.S. 250 (1969)— donde la corte consideró que la admisión como evidencia de cargo de la confesión de un coimputado que la defensa no había podido contra-examinar era equivocada, pero el error era (más allá de toda duda razonable) inocuo en tanto existía “más evidencia abrumadora sobre su culpabilidad”. Por último, cita el algo más reciente *Arizona v. Fulminante* —499 U.S. 279 (1991)— donde la corte incluyó entre los casos sometidos al test del error inocuo también los casos de la admisión de confesiones involuntarias y, según expresa, el examen se enfocó nuevamente en la prueba remanente contra el acusado (p. 43).

contribución del error en el resultado” (p. 44), aunque luego enfatiza que “se pasó de un análisis basado en ‘el efecto del error en el veredicto’ hacia uno basado ‘en la culpabilidad del recurrente’” (pp. 46-47).

Para DÍAZ, ese “enfoque direccionado a la prueba remanente para decidir si un error es nocivo” es “problemático tanto desde un punto de vista formal como material”, porque estando en juego una protección constitucional “la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo” (p. 44). Desde la primera perspectiva —la “formal”— el autor dice que el efecto o influencia de un error en el veredicto “conceptualmente no tiene el mismo significado” que la afirmación de que, a pesar del error, hay prueba remanente suficiente para afirmar la culpabilidad. Desde el punto de vista “material”, que “atiende a la calidad de las decisiones”, a DÍAZ le preocupa que los tribunales de apelación se conviertan “de modo clandestino en juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio (*trier offact*), cuestión para la que en principio, de acuerdo con aquel diseño, no se encuentran habilitados ni jurídica ni epistemológicamente” (pp. 45-46).

3. El tercer capítulo se dedica a lo que el autor identifica como las “características salientes del fenómeno de las condenas erróneas” en el sistema penal estadounidense. Se trata de un capítulo breve, donde DÍAZ recoge algunos de los preocupantes hallazgos del *Innocence Movement*. El autor señala que el estudio de los numerosos casos que resultaron en exoneraciones ha permitido reconstruir el panorama, en busca de una explicación acerca de qué es lo que ha fallado en el proceso, y, con cita de diversas fuentes, reproduce un conocido listado sobre las causas más frecuentes de condenas erróneas. Este conjunto de hallazgos y su estudio posterior conduce a la pregunta acerca de las “estrategias más efectivas para reducir los errores o anticiparse a ellos” (p. 55).

4. En el cuarto capítulo, el autor presenta su tesis de que las apelaciones podrían ser eficaces “medios de solución del problema”, lo que permite conectar los dos capítulos anteriores.

Por un lado, retoma algunas críticas a la deferencia de los tribunales de apelación a la decisión del jurado en materia de valoración de la prueba y determinaciones fácticas.⁷ Para DÍAZ, la aplicación

⁷ En este sentido, no lo convence el argumento tradicional basado en la distribución de competencias que puede derivarse de la Sexta Enmienda, argumento según el cual el rol preponderante que el sistema constitucional estadounidense le asigna al enjuiciamiento por jurados ocuparía un papel deslucido si el tribunal de apelación pudiera reemplazar la valoración de la

del estándar de *Jackson v. Virginia* se traduce en que el control en segunda instancia prácticamente no tenga incidencia en “el examen de la fiabilidad de un medio probatorio o bien en sus derivaciones inferenciales” (p. 64), algo que le parece equivocado, pues las causas más frecuentes de condenas erróneas “conforman un espacio sobre el cual un tribunal de apelación puede brindar soluciones a los problemas que ‘el sentido común’ de los jurados no ha sabido afrontar, soluciones basadas en su conocimiento y en su experiencia” (p. 70).

Por otro lado, se ocupa de “las doctrinas jurídicas que, impregnadas de un sesgo sobre la culpabilidad de recurrente, relativizan la nocividad de los errores procesales cometidos durante el juicio” (p. 81). La primera de estas cuestiones sobre la que DÍAZ vuelve es la doctrina del error inocuo. La segunda problemática que aborda es la de “los altos estándares que el apelante debe alcanzar para lograr la revocación de una decisión que admitió o se basó en una prueba inválida o cuestionable”.⁸ En tercer y último lugar, se ocupa de comentar críticamente el modo en que los tribunales de apelación lidian con dos errores procedimentales importantes: “la violación del fiscal de su deber de revelar prueba exculpatoria o que favorece al acusado” en los términos de la doctrina que emerge de *Brady v. Maryland*—373 U.S. 83 (1963)—y “la ineficaz defensa técnica del acusado durante la investigación y el juicio”, según el estándar de *Strickland v. Washington*—466 U.S. 668 (1984)—.⁹

prueba presentada ante el jurado por la suya propia a partir del análisis del registro del caso. DÍAZ contesta que “la Enmienda no representa una barrera para revisar la corrección de los veredictos de culpabilidad, pues el derecho al juicio por jurados que esta reconoce en los casos penales es un derecho del acusado únicamente” (p. 68).

⁸ Aquí DÍAZ presenta sucintamente algunos de los errores más habituales de litigantes y jueces al atribuir confiabilidad a identificaciones oculares de personas o al asignar un valor desmedido a confesiones obtenidas de modo irregular, en particular en casos del sistema penal juvenil. Sobre lo primero, critica con buenas razones la importancia que la corte estadounidense —*Neil v. Biggers*, 409 U.S. 188 (1972) y *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977)— ha conferido al escrutinio del acto de reconocimiento practicado en el juicio y la pareja relativización de “la irregularidad cometida durante la investigación y demostrada por el apelante”, pese a que, como pone de relieve la literatura especializada sobre la base de estudios empíricos, el primer acto de reconocimiento tiene una influencia decisiva en las posteriores identificaciones. Sobre lo segundo, DÍAZ indica que, aunque la corte estadounidense ha independizado el análisis de la exclusión sobre bases constitucionales de las confesiones del examen de su confiabilidad, “en la práctica, los jueces de apelación... sí hacen foco en la aparente exactitud de las confesiones y mantienen las condenas que se basan en ellas, y a partir de esa premisa implícita las encuentran también voluntarias” (pp. 85-90).

⁹ En cuanto a lo primero, DÍAZ considera que, al requerirse del apelante que demuestre “una razonable probabilidad de que, si hubiese sido entregada la prueba [no revelada], el resultado del proceso habría sido distinto” se habilita “un amplio examen de toda la prueba de cargo del caso del fiscal” a ese fin y, con ello, “la apelación pierde mucha de su capacidad para revocar decisiones de culpabilidad irregularmente alcanzadas”. Una crítica parecida desarrolla con respecto a lo segundo, al aseverar que no es razonable que, además de la demostración de que la defensa técnica fue deficiente, se requiera la existencia de perjuicio, *i.e.* “una razonable probabilidad de que, sin los errores técnicos del defensor, el resultado del procedimiento podría haber sido distinto” (pp. 96-100).

El autor lamenta este estado de cosas y, como propuesta de cambio, aboga por el “reconocimiento del derecho al recurso como vía para incorporar la carga axiológica del principio de inocencia”. Indica que actualmente “el apelante debe cargar con una presunción de culpabilidad y asumir la responsabilidad de demostrar la incorrección del veredicto de culpabilidad”, pero que con un derecho constitucional al recurso “podría lograrse la extensión de la operatividad de la carga moral del principio de inocencia que valora de distinta manera la condena que la absolución” (p. 79).

5. En el capítulo dedicado a las conclusiones, DÍAZ insiste en que hay un vínculo fuerte entre “la inexistencia de un constitucional derecho a la apelación” y una “consecuente presunción de culpabilidad que sufre el apelante, que no solo dificulta sus reclamos fácticos, sino que impregna sus efectos de manera implícita al aspecto jurídico de la revisión de su condena”. Esa “presunción de culpabilidad”, en fin, es lo que explicaría la tendencia a considerar la fortaleza del caso de la acusación, o si el recurrente es culpable o no, en el marco del examen de la nocividad de constatados errores jurídicos o procedimentales. En este proceder se encuentra presente “la idea de que el apelante que cuestiona su condena es, o debe ser, presumido culpable, punto desmentido por las evidencias del fenómeno de las condenas erróneas” (pp. 100-104).

III. Algunos comentarios y observaciones

1. El trabajo de Matías DÍAZ es un buen material de divulgación de los estudios sobre condenas erróneas y de ciertos aspectos centrales del sistema recursivo estadounidense. El autor presenta una síntesis de las críticas que se han formulado a la forma que ha tomado la doctrina del error inocuo en ese país y a la marcada deferencia de los tribunales de apelación a las determinaciones probatorias del jurado. Su monografía constituye en este sentido un aporte para el público hispanohablante y este solo mérito justifica su lectura.

DÍAZ, sin embargo, es más que un observador desapasionado del fenómeno que da título a su investigación, y no se priva de formular una propuesta normativa. Su tesis central es que la forma que ha tomado la *harmless error doctrine* en la jurisprudencia estadounidense sería consecuencia de una “presunción de culpabilidad” en la instancia de apelación y que, a su vez, esa “presunción” derivaría de que no se ha reconocido en ese país un derecho constitucional a la revisión de la condena como parte integrante del *fair trial*.

En mi opinión, ese doble enlace que se construye es algo artificioso y no resulta el más adecuado para la difícil tarea de proponer una alternativa a la configuración actual de la doctrina del error inocuo.

En primer lugar, el argumento parece presuponer en cierta medida lo que dice demostrar, esto es, que la asignación de un cierto rango a la instancia de apelación directa significaría *eo ipso* que esta tenga tal o cual contenido o alcance o, en un plano aún más distante, que imponga tal o cual relación entre la constatación de un error de procedimiento —de la clase que fuera— y la revocación de la sentencia. En contra de esa suposición del autor, estimo que no hay nada que haga incompatible *a priori* la existencia de un derecho constitucional a la instancia de apelación directa y una doctrina judicial sobre *harmless error* orientada al resultado del juicio.¹⁰ En todo caso, si se piensa lo contrario y se cree que hay alguna conexión necesaria entre el reconocimiento de un “derecho constitucional al recurso” y una concreta configuración de la doctrina del error inocuo, esa es una relación que debería ser explicada y no tan solo asumida.

El eslabón intermedio —la idea de que las cortes de apelación parten de una “presunción de culpabilidad”— no parece más prometedor. En efecto, no se ve la utilidad de esa etiqueta para discutir en profundidad cómo podría mejorarse, si es que ello puede hacerse, la doctrina sobre *harmless error* en el contexto de revisiones de sentencias condenatorias. Después de todo, ¿qué quiere decir que haya una “presunción de culpabilidad” en la instancia de apelación directa?

Si esto quiere decir que se le exige al apelante que exponga convincentemente en su recurso cuál es su agravio y explique en qué ha consistido el error procedimental o constitucional, entonces

¹⁰ Acerca de esta “orientación al resultado” de la *harmless error doctrine*, conviene tener presente que, aunque regulan distintos universos de casos (errores constitucionales o no constitucionales, preservados mediante una objeción hecha en tiempo oportuno o no, examinados en apelación directa o en una revisión colateral), cuyo análisis de detalle aquí no interesa, el rasgo común a *Chapman* [386 U.S. 18 (1967)], *Kotteakos* [328 U.S. 750 (1946)] y *Olano* [507 U.S. 619 (1993)], entre otros muchos, es que *la revocación del fallo está justificada solo cuando el error pudo haber afectado el resultado*. Esto no implica perder de vista que en otros variados aspectos esos precedentes difieren. En este sentido, por un lado, *Chapman* y *Kotteakos* ponen en cabeza de la acusación la carga de demostrar que el error es inocuo, mientras que *Olano* asigna a la defensa la carga de demostrar el perjuicio. Por el otro, cada uno de esos precedentes exige un estándar de prueba distinto para aceptar como probado que el error incidió en el resultado. Ahora bien, más allá de que estas diferencias son obviamente importantes, se refieren exclusivamente a la carga y al estándar de prueba aplicables. Los tres criterios son, por lo demás, sustancialmente análogos, en el sentido de que definen el daño o perjuicio en términos de la probabilidad de que el error haya incidido en el resultado. En esta reflexión sigo a MURRAY, “A Contextual Approach to Harmless Error Review”, en *Harvard Law Review*, vol. 130, n.º 7, 2017, pp. 1799-1800.

todos los sistemas *recursivos* parten de una “presunción de culpabilidad”, pues lo contrario significaría instaurar una suerte de sistema de *consulta* obligatoria, en lugar de un medio de impugnación.

Creo que puede afirmarse, entonces, que el autor debió estar pensando en *otra cosa* al hablar de “presunción de culpabilidad” en la instancia revisora. Para que tenga algún sentido específico, y no se refiera de manera genérica a la constatación de que ha habido un número elevado de falsos positivos no detectados en instancias de revisión, esa *otra cosa* solo puede ser la *relación* entre la constatación de un error y la respuesta que correspondería dar al tribunal revisor; más sencillamente, la cuestión de las *consecuencias* de un error constatado. Resulta, sin embargo, que de resolver esta espinosa cuestión se ocupa justamente la doctrina del error inocuo, lo que nos devuelve al punto de partida.

2. Más allá de esa “cuestión de fe” en un derecho constitucional a la revisión de la condena como cura para todos los males,¹¹ DÍAZ se ocupa en otros pasajes de la doctrina del error inocuo y, a juzgar

¹¹ Se ha hecho notar, lúcidamente, que “existen buenas razones para mostrarse escéptico acerca de la utilidad que puede tener el ‘lenguaje de los derechos fundamentales’ para analizar determinados problemas del derecho probatorio para el proceso penal, que calificar como ‘antigarantistas’ a ciertas propuestas consideradas ‘polémicas’ puede ser una decisión apresurada, y que ello debería alertar sobre la necesidad de utilizar otros enfoques que permitan discutir sobre esos temas con herramientas más productivas” (LARSEN, “El uso problemático de los derechos fundamentales en algunas discusiones sobre derecho probatorio”, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 98).

A lo anterior cabe agregar que, en un sistema como el estadounidense y, en general, en sistemas de *jury trial*, sin motivación del veredicto, vale especialmente el proverbio según el cual *es mejor prevenir que curar*. En palabras de FERRER BELTRÁN (*La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 44-45): “[e]l número y alcance de las reglas jurídicas que regulan la conformación del conjunto de elementos de juicio varía en función de los distintos ordenamientos y, dentro de ellos, en función de los tipos de proceso y de jurisdicción. Quizá pueda decirse, de forma general, que son más abundantes y detalladas en los ordenamientos de *common law*, respecto de los que se ha desarrollado, además, una vasta literatura. DAMAŠKA [se cita: *Evidence Law Adrift*, New Haven-London, Yale University Press, 1997, pp. 41-46] sostiene la tesis de que la falta de una exigencia jurídica de motivación del juicio sobre los hechos en los ordenamientos de *common law* explica la especial proliferación en ese ámbito de reglas jurídicas que excluyen pruebas que se considera que aportan información poco fiable para evitar que en la valoración de las mismas se les otorgue un peso excesivo. En algún sentido estas reglas pretenden garantizar *ex ante* una mayor racionalidad general de las decisiones sobre los hechos a costa de excluir elementos de juicio que, aun con un valor relativamente escaso, pudieran aportar informaciones relevantes. En los ordenamientos de *civil law*, en cambio, el control de la racionalidad de la decisión se realizaría *ex post* mediante el control de la motivación [se cita: IGARTÚA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 135]. Así, por ejemplo, ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja fiabilidad, el control de racionalidad podrá funcionar *a posteriori* siempre que se exija al decisor sobre los hechos probados que justifique por qué ha declarado probados esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en el que ha basado su decisión. Podrá comprobarse, entonces, si el decisor ha otorgado un peso excesivo a una prueba cuya fiabilidad resulte cuestionada. En cambio, si no se exige motivación de la

por la extensión dedicada al asunto, ese pretende ser su aporte central, o al menos uno de ellos. Por ese motivo, y por tratarse del tema más polémico y menos abordado en nuestro medio, vale la pena poner el foco aquí en las páginas que siguen.

Ya vimos que la obra se hace eco de las críticas de buena parte de la doctrina estadounidense a la manera en que la corte de ese país ha ido moldeando la evaluación acerca de la nocividad o inocuidad del error. El autor se queja, en particular, de que se haya pasado de un examen de la incidencia del error en el veredicto a consideraciones sobre la fuerza "abrumadora" de la prueba de cargo remanente.

A su vez, este último enfoque es problemático por un doble orden de razones. En primer lugar, señala, cuando está en juego una protección constitucional "la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo" (p. 44). Desde esta perspectiva, que llama "formal", ese criterio para determinar la inocuidad o no del error "hace perder vigor a la máxima según la cual el acusado tiene derecho a un juicio justo aun cuando él sea claramente culpable" (p. 45). En cambio, desde el punto de vista "material", resultaría preocupante que los tribunales de apelación se conviertan "de modo clandestino en juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio (*trier of fact*), cuestión para la que, en principio, de acuerdo con aquel diseño, no se encuentran habilitados ni jurídica ni epistemológicamente" (pp. 45-46).

Lo primero que llama la atención en este último párrafo es cierta inconsistencia interna. Por un lado, el autor reclama de los tribunales de apelación un análisis más robusto de "las inferencias o conclusiones fácticas" del jurado;¹² a la vez, sin embargo, se queja de que examinen si existía prueba

decisión sobre los hechos, el único modo de asegurar normativamente que no se tome la decisión sobre la base de pruebas poco o nada fiables es, directamente, excluirlas del conjunto de elementos de juicio disponibles".

En este escenario, es comprensible que, frente al fenómeno de condenas erróneas, los esfuerzos no se dirijan tanto a los controles posteriores a la emisión del veredicto (*curar*), sino más bien al establecimiento de más y mejores controles previos (*prevenir*), como criterios rigurosos de admisibilidad en casos de pruebas especialmente "riesgosas", introducción de testigos expertos en psicología del testimonio para educar al jurado sobre el funcionamiento de la memoria, mejora de las instrucciones al jurado empleadas, etc. Puede consultarse a este respecto: DEANESI / VARELA, "Tres temas para pensar la prueba en el juicio por jurados: las instrucciones sobre el reconocimiento de personas, la prueba *bad character* y la condena del coimputado", en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 199-256.

¹² Así, ya en la introducción, DÍAZ adelanta que "las dificultades para examinar las cuestiones fácticas del juicio" en la instancia de apelación directa permiten entender "su defectuosa labor como ámbito de corrección de las condenas erróneas" (pp. 11-13). Luego desarrolla esta idea en el tercer acápite del capítulo segundo y, sobre todo, en el cuarto capítulo, en cuyos apartados segundo y tercero critica la deferencia de los tribunales de apelación a las determinaciones de hecho y prueba del jurado; en otras palabras, que estos se concentren en los errores de índole procedimental y dediquen escasa o nula atención

“abrumadora” de la culpabilidad del acusado al examinar la incidencia del error en el veredicto. Al parecer, DÍAZ promueve la clandestinidad de la que se lamenta.

Podría replicarse que el reclamo de que los tribunales de apelación controlen las determinaciones fácticas del jurado es uno que procura favorecer a las personas condenadas, mientras que sucede lo contrario cuando se atiende a la fortaleza de la evidencia remanente contra el acusado para evaluar la nocividad o inocuidad de un error. Aunque esto sea cierto, el problema subsiste, porque el punto es que DÍAZ incluye razones epistémicas entre aquellas que inhabilitarían a los tribunales de apelación a convertirse en “juzgadores sobre los hechos y las pruebas del juicio”. No se ve cómo esa clase de razones deberían impedir el tipo de examen del cual el autor se queja, pero, en cambio, no representarían un obstáculo para la revisión más robusta de “las inferencias o conclusiones fácticas” del jurado en casos de veredictos inmotivados de culpabilidad.

En segundo lugar, su argumento en el “plano formal” resulta también problemático, sobre todo porque se lo expone sin suficientes matices o precisiones. DÍAZ dice, como vimos, que “la culpabilidad como interés debe ceder ante una violación procedimental del juicio justo”. ¿Qué quiere decir con esto? ¿Sugiere, acaso, que una *revocación automática* de la decisión del jurado debería seguir a la constatación de cualquier vicio de procedimiento?

En algunos pasajes de esta monografía, pero también de trabajos previos,¹³ el autor parece acercarse a esa posición extrema que, en mi opinión, es realmente difícil de justificar.

al control de la corrección de la valoración y suficiencia de la prueba, por considerar que se trata de una competencia exclusiva del jurado (v. especialmente las pp. 67 ss.).

La difícil e importante cuestión de *cómo* controlarían los tribunales de apelación las inferencias probatorias del jurado, o que se haya alcanzado el nivel de suficiencia determinado por el estándar de prueba aplicable, es una que, llamativamente, DÍAZ desatiende. Pueden consultarse a este respecto: ROBERTS, “Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials?”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, pp. 213-235; FERRER BELTRÁN, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* de la CIDH”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 1, 2020, pp. 359-382; LIMARDO, “Una confusión conceptual y una oportunidad perdida? Comentario del caso ‘V. P. C. y otros vs. Nicaragua’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en ROVATTI/LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n.º 1, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 119-143.

¹³ Así, p. ej., en su trabajo previo *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, pp. 97, nota 141, pp. 163-164, nota 131, DÍAZ pareciera aproximarse a ese posicionamiento extremo, o al menos eso sugieren algunos pasajes muy críticos del precedente “Gallo López” (Fallos: 334: 725) de la Corte Suprema. El caso es uno suficientemente conocido, de modo que omito aquí las referencias. Es cierto que la decisión de la corte, aunque correcta, presenta algunos problemas en su fundamentación, en buena medida examinados en un trabajo de PIQUÉ (“El conflicto entre el derecho de interrogar a los

Si a alguien le quedase alguna duda a ese respecto, piense en este ejemplo hipotético. Suponga que en un juicio diez testigos, que no se conocen entre sí (no hay posibilidad de confabulación), declaran haber visto al imputado asesinar a la víctima. Hay un video en alta definición donde se observa la ejecución del homicidio. El material genético tomado de restos subungueales de la víctima arroja como resultado la existencia de una mezcla del perfil genético de la propia víctima y del acusado. En la declaración indagatoria recibida durante la instrucción el acusado confesó el crimen y el registro en audio y video de ese acto se incorporó al debate según a la regla del art. 378 del Código Procesal Penal de la Nación. Resulta, no obstante, que la fiscalía también había ofrecido como prueba la declaración de un amigo del acusado, a quien este le había confiado días antes que mataría a la (futura) víctima.

Resulta también que, llegado el momento del juicio, este amigo del acusado no puede ser ubicado en el domicilio conocido, de modo que, a pedido del fiscal y con oposición de la defensa, el tribunal decide incorporar por lectura la declaración que había sido registrada en un acta en la etapa de investigación (art. 391, inc. 3.º, CPPN). Suponga que, en su recurso de casación contra la sentencia de condena, la defensa se queja de esta incorporación por lectura, invoca su derecho constitucional a interrogar a los testigos de cargo (art. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), indica que jamás tuvo oportunidad de ejercer ese derecho y que se opuso en tiempo oportuno a la admisión. Suponga también que el tribunal de casación coincide con la defensa en que ese testimonio no debió ser introducido por lectura (no importa aquí la corrección o incorrección de un criterio tal). Se trata de un error de índole constitucional, pues el tribunal de casación entiende que, en ausencia de una oportunidad de confrontación previa, la incorporación por lectura de esa evidencia de cargo conculca el art. 8.2.f de la CADH. ¿Acaso debería el tribunal de casación anular el fallo del tribunal oral y ordenar la celebración de uno nuevo en función de ese error de tipo constitucional?

testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de «Gallo López», en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.º 16, 2014, pp. 124-157), pero lo importante aquí es señalar que, incluso ante un caso como ese, DÍAZ sostiene que la restricción de la facultad de interrogar a la testigo de cargo no disponible “bastaba, desde la idea del procedimiento como un todo en sí mismo y ámbito para la protección de la inocencia jurídica, para revocar la sentencia de condena, sin necesidad de analizar si se había alcanzado la verdad sobre la culpabilidad por otros medios distintos al de la regla quebrantada, ni de ponderar tal descubrimiento de la verdad con la violación de la garantía constitucional del acusado” (p. 97, nota 141). En el otro pasaje DÍAZ indica que le parecen “cuestionables” las decisiones que, como la de la corte en “Gallo López”, consideran que la “incidencia epistemológica en el resultado” de la “vulneración del derecho de defensa” debe ser tenida en cuenta para “medir sus efectos procesales, puntualmente, la revocación de la sentencia y la reedición del juicio” (pp. 163-164, nota 131).

A mi ver, la respuesta es un no rotundo, y las razones que la sustentan son aquellas que justifican la existencia misma de cualquier doctrina del error inocuo. En un escenario tal, la pregunta del tribunal de casación a la defensa parece incluso obligada: “Muy bien, usted lleva razón en que el tribunal de juicio se equivocó al incorporar esa pieza de información. Pero, ¿qué me dice de los diez testigos, de la filmación, de la prueba de ADN y de su propia confesión?”. El abogado defensor podría insistir en que nada de eso importa, que aquí los derechos constitucionales de su asistido fueron violados y que la prueba remanente no debería ser considerada de ninguna manera. Pero creo que nadie tomaría en serio esta clase de planteos.¹⁴

En resumen, ante una propuesta como la señalada, bastaría con recordar, por un lado, que el enjuiciamiento penal moderno es de una riqueza y complejidad tal que ciertos errores procesales son prácticamente inevitables, lo que ha llevado con razón a decir, ya largas décadas atrás, que “el acusado tiene derecho a un juicio justo, pero no a uno perfecto, pues no existen los juicios perfectos”.¹⁵ Por el otro lado, que cualquier doctrina razonable del error inocuo debería considerar seriamente el tiempo y los costos asociados a los juicios de reenvío, particularmente para víctimas y testigos; el efecto probable de esa doctrina en litigantes y público¹⁶ y, especialmente, el modo en que la naturaleza (extrema) del remedio (revocación automática) puede incidir en la interpretación judicial de los alcances del derecho sustantivo implicado, a través de lo que se ha llamado *remedial deterrence*,¹⁷ entre otras razones.

¹⁴ En materia de *Confrontation Clause* y *harmless error* viene bien consultar el precedente *Delaware v. Van Arsdall*, 475 US 673 (1986).

¹⁵ *Brown v. United States*, 411 U.S. 223, pp. 231-232 (1973), con cita de *Bruton v. United States*, 391 U.S. 123, p. 135 (1968). En este mismo sentido: MURRAY, *supra* nota 10, p. 1792.

¹⁶ La corte estadounidense ha insistido en que “[l]a doctrina del error inocuo reconoce el principio de que el propósito central de un juicio penal es decidir la cuestión de hecho de la culpabilidad o inocencia del acusado [...] y promueve el respeto público por el proceso penal al centrarse en la justicia [fairness] subyacente del juicio, en lugar de en la presencia prácticamente inevitable de error insustancial” [*Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, p. 681 (1986)], con cita de *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225, p. 230 (1975) y de TRAYNOR, *The Riddle of Harmless Error*, Columbus: Ohio State University Press, 1970, p. 50: “Revocar sentencias frente a la mera constatación de un error, independientemente de su efecto en el fallo, alienta a los litigantes a abusar del proceso judicial e impele al público a que lo ridiculice”].

¹⁷ Este es un punto de suma importancia, que suele ser desatendido en nuestro medio, pero que la doctrina foránea ha sabido poner de relieve. LEVINSON señala: “[e]l derecho puede ser moldeado por la naturaleza del remedio que se aplicará si se declara que ese derecho ha sido violado [...]. A esta relación directa entre derecho y remedio puede llamársela *remedial deterrence*. El rasgo definitorio es que la amenaza de un remedio que conduce a consecuencias indeseables lleva a los tribunales a construir el derecho de manera tal que esas consecuencias sean evitadas” (LEVINSON, “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, n.º 4, 1999, pp. 884-885). Véase también, en esa línea: FRIEDMAN, “When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies”, en *Southern California Law Review*, vol. 65, 1992, pp. 735-780;

3. Sin perjuicio de lo dicho, no creo que pueda atribuirse al autor aquella posición tan radical. Otros pasajes indican que, más razonablemente, él sencillamente se queja, como parte de la doctrina estadounidense, de que la jurisprudencia de ese país utilice en algunas oportunidades una referencia a la existencia de “abrumadora” prueba de cargo como un factor decisivo para descartar la nocividad del error. Con otras palabras, DÍAZ señala que se habría pasado de un examen basado en “el efecto del error en el veredicto” (*effect-on-the-verdict test*) hacia otro basado “en la culpabilidad del recurrente” (*guilt-based harmless error test*), algo que le resulta preocupante. Aquí vamos ingresando en la cuestión más interesante, pero quizá menos profundizada en la obra.

En este sentido, a pesar de que las críticas sugieren que existiría una diferencia sustancial entre las consecuencias de aplicar uno u otro criterio, la obra no provee una explicación o clarificación a ese respecto. Esta omisión podría ser algo sin mayor relevancia si tal diferencia fuese evidente, pero me parece que no es el caso. Por el contrario, varios interrogantes nos asaltan cuando intentamos entender qué quiere decir cada cosa:¹⁸ ¿cuándo —en qué universos de casos— la aplicación de un criterio o del otro conduce a resultados distintos? ¿Hay relaciones entre tales criterios? En caso afirmativo, ¿cuáles son esas relaciones?

En la tarea de identificar las diferencias entre esos dos criterios, uno se topa pronto con muchas semejanzas, como en esos pasatiempos gráficos de búsqueda de errores o “encuentra las diferencias”. Por un lado, parece indiscutible que tanto el criterio del “efecto en el veredicto” como el —así llamado— de la “culpabilidad del recurrente” se orientan al resultado, en el sentido de que, cualquiera sea la gravedad del error constatado, la existencia de daño o perjuicio depende de la probabilidad de que el error haya incidido en la decisión.¹⁹ También parece necesario conceder que entre la fortaleza del caso de la fiscalía y el “efecto del error en el veredicto” hay una relación bastante estrecha, una que podríamos decir de proporcionalidad inversa. Cuando la evidencia de cargo remanente es verdaderamente “abrumadora”,²⁰ está justificado pensar que el error constatado no ha

STARR, “Sentence Reduction as a Remedy for Prosecutorial Misconduct”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 97, n.º 6, 2009, pp. 1514-1516.

¹⁸ A punto tal es difícil apreciar esta diferencia entre los dos criterios o exámenes que algunos de los *Justices* no considerarían a la distinta formulación del criterio algo de importancia práctica en la mayoría de los casos (cf. SOLOMON, “Causing Constitutional Harm: How Tort Law Can Help Determine Harmless Error in Criminal Trials”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 3, 2005, p. 1064, n. 54).

¹⁹ Véase *supra*, nota 10.

²⁰ Un problema distinto es que se diga que hay evidencia “abrumadora” cuando, en verdad, se trata de un caso débil. Esto es algo que DÍAZ indica a propósito del fenómeno de condenas erróneas, pero que, evidentemente, no depende de la doctrina

incidido en el veredicto, o no lo ha hecho de un modo tal que pudiera haber cambiado el sentido de la decisión.

Quizá pueda atribuirse a SOLOMON el intento más fructífero de clarificar la escurridiza distinción, al menos en el plano teórico. Según este autor, el enfoque basado en la culpabilidad (*guilt-based test*) formula un interrogante contrafáctico, que conduce a hipotetizar sobre el resultado al que se habría llegado en ausencia del error, mientras que el enfoque del efecto en el veredicto (*effect-on-the-verdict test*) no emplea una pregunta contrafáctica sino una histórica, acerca de si el error fue o no un factor sustancial en el veredicto del jurado.²¹

Aunque esta es una buena propuesta teórica, no puede obviarse que en la práctica los dos enfoques a menudo se confunden o desdibujan considerablemente, ya que es muy difícil determinar el efecto que tuvo un error en un jurado en particular sin sopesar independientemente la evidencia que había contra la persona acusada.²² En efecto, sin negar que la distinción teórica puede ser útil en ciertos casos, es necesario admitir que, en ausencia de indicadores o pistas que permitan contestar de otro modo ese interrogante histórico,²³ la existencia de “abrumadora” evidencia de cargo remanente, o la consideración de la fortaleza del caso de la fiscalía con independencia del error, es cuando menos un factor de peso para intentar reconstruir si el error pudo haber incidido o no en el veredicto.

del error inocuo sino de la razón o razones que explican que se tome por caso fuerte a uno débil. Como señala también el autor, el estudio de los casos de exoneraciones ha permitido identificar que entre las causas más frecuentes de condenas erróneas están la identificación errónea realizada por un testigo ocular, las confesiones falsas producto de contextos coercitivos, la *junk science* que se presenta ante el jurado como evidencia forense confiable, etc.

²¹ SOLOMON, *supra* nota 18, pp. 1053-1099, esp. p. 1076.

²² “The Supreme Court 2005 Term - Leading Cases”, en *Harvard Law Review*, vol.120, 2006, p. 202.

²³ Aunque la ausencia de razones del veredicto impide en general conocer si el error ha tenido o no una incidencia sustancial en el resultado (véase *infra* la referencia de COOPER a la imposibilidad de “leer la mente del jurado”), en raras ocasiones tales indicadores pueden existir. Con cita de *Bollenbach v. United States* —326 U.S. 607 (1946)—, MURRAY señala que los modernos criterios de *harmless error* orientados al resultado “no permiten que los tribunales superiores confirmen la decisión recurrida sobre la base de que la prueba de cargo era abrumadora en aquellos casos en los cuales el registro contiene indicadores confiables de que el jurado no consideró que la prueba fuese de una solidez tal” (*supra* nota 10, p. 1804, nota 69; véase, asimismo, p. 1796, nota 23). En *Bollenbach* (326 U.S. 607, p. 614), en efecto, la corte rechazó el argumento de la fiscalía de que la fortaleza de su caso hacía inocuo el error de la instrucción al jurado, señalando en sentido contrario el “hecho elemental de que durante siete horas el jurado no pudo decidirse por la culpabilidad del acusado en relación con el cargo principal, pero arribó a un veredicto de culpabilidad sobre el cargo de conspiración cinco minutos después de que su consulta fuese respondida con una indicación legal insostenible”.

No sin razón se suele subrayar, por un lado, la *imposibilidad fáctica* de leer la mente de los jurados²⁴ y, por el otro, que también las distintas formulaciones del test del “efecto del error en el veredicto” exigen del tribunal de apelación un examen de la fortaleza o debilidad del caso de la acusación, aun cuando se lo encare con el fin último de determinar si fue el error o bien una “causa inocente” —la prueba no contaminada— lo que explica el resultado. En este último sentido, no se trataría de concluir en que el acusado es, en efecto, culpable, sino de preguntarse con qué probabilidad habría alcanzado el mismo resultado un *jurado promedio* y, a partir de ello, por vía inferencial, *el concreto jurado que emitió el veredicto real*.²⁵

Parece obligado admitir, entonces, que “[l]a pregunta planteada por el enfoque basado en la culpabilidad —si la evidencia de cargo no contaminada es tan abrumadora que cualquier jurado razonable habría llegado al mismo veredicto que el jurado real— es [...] un ingrediente indispensable del test del efecto sobre el veredicto y no algo externo o ajeno a este”.²⁶ Si esto es correcto, en suma, “[q]uienes argumentan que el análisis de error inocuo debería prestar poca o nula atención a la evidencia de cargo remanente, no contaminada, y, en cambio, debería simplemente preguntarse si el error incidió en el resultado, proponen una tarea imposible, ya que los tribunales no pueden evitar examinar el contexto en el cual tuvo lugar el error para discernir cuál pudo ser su probable efecto, y ese contexto necesariamente incluye la evidencia remanente, no alcanzada por el error”.²⁷

4. Como decía, la obra desafortunadamente no dialoga con este tipo de argumentos, lo cual limita en cierta medida el análisis del asunto y debilita la crítica del autor a que los tribunales consideren la existencia de “abrumadora” evidencia de cargo remanente como un factor de peso a la hora de juzgar si un error ha sido inocuo.

²⁴ En este sentido, por ej., COOPER, “Searching for Harmlessness: Method and Madness in the Supreme Court’s Harmless Constitutional Error Doctrine”, en *University of Kansas Law Review*, vol. 50, 2002, pp. 330-331: “La imposibilidad de leer la mente del jurado significa que si un tribunal está decidido a considerar el efecto del error en el veredicto, en lugar del peso de la evidencia remanente, el tribunal debe considerar no al jurado real que intervino en el caso, sino a un jurado hipotético razonable”. Cf., asimismo, “The Supreme Court 2005 Term...”, *supra* nota 22, pp. 201-202.

²⁵ Cf. MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1802-1803. Como indica este autor, “no le llevó demasiado tiempo a la Suprema Corte [estadounidense] advertir, apenas dos años después de *Chapman*, que en algunos casos la evidencia de cargo es realmente ‘tan abrumadora’ que su ‘probable impacto’ en un jurado racional o ‘promedio’ es tan certero que un tribunal de apelación puede sostener ‘más allá de toda duda razonable’ que el veredicto fue el fruto de esa prueba, antes que del error en cuestión”. Se citan en ese sentido: *Harrington v. California*, 395 U.S. 250, 254 (1969).

²⁶ MURRAY, *supra* nota 10, pp.1084-1085.

²⁷ MURRAY, *supra* nota 10, p. 1798.

A su vez, al perder de vista la señalada conexión entre los dos criterios, DÍAZ se ve impedido de proponer o tomar prestado algún otro criterio de *harmless error* que, al menos en ciertos grupos de casos, pueda funcionar de un modo que condiga mejor con sus intuiciones morales. Después de todo, merece una consideración seria la opinión de que “el uso casi ubicuo de una regla de error inocuo, centrada en el resultado del juicio [...] denigra importantes protecciones constitucionales [...] que promueven valores distintos de la rectitud de los veredictos”.²⁸

En esta línea, si en un extremo inaceptable está la revocación automática de una sentencia ante la constatación de cualquier error o vicio de procedimiento, un examen orientado exclusivamente al resultado podría acercarse al otro extremo, en tanto parece conducir inevitablemente a que, cualquiera sea la entidad y naturaleza del error o vicio constatado en el proceso, el fallo no pueda ser anulado si el caso de la fiscalía era uno lo suficientemente fuerte y la evidencia remanente era verdaderamente “abrumadora”. Quizá esta sea una consecuencia que debemos aceptar y la creatividad deba ser puesta en el diseño de remedios menos drásticos, que escapen a la lógica *todo o nada*.²⁹ Pero si esto no nos convence, proponer mejoras o alternativas a la doctrina de *harmless error* es un camino para explorar.

Precisamente por ello, creo que habría enriquecido la obra que se considerasen y discutiesen propuestas novedosas que buscan sortear el problema de los análisis centrados únicamente en el resultado. Viene al caso, para citar un ejemplo, aunque sin entrar en detalles ni encarar un examen crítico, la propuesta de MURRAY consistente en una aproximación “contextual” a la *harmless error review*.

Este autor, como DÍAZ, parte de la base de que el proceso penal no puede ser entendido solo como un instrumento para la obtención de resultados correctos; una visión ética más amplia del enjuiciamiento criminal abarca un conjunto de intereses no directamente vinculados con la rectitud del fallo, entre los que menciona los de proporcionar a las personas acusadas un ámbito para la toma de decisiones autónomas, el de evitar el empleo de criterios discriminatorios, o el de hacer transparente el funcionamiento interno de la justicia penal. Esto le permite afirmar que, al concentrarse exclusivamente en la corrección del resultado, las doctrinas del error inocuo

²⁸ STACY / DAYTON, “Rethinking Harmless Constitutional Error”, en *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, pp. 80-81.

²⁹ STARR, *supra* nota 17, pp. 1513-1518.

empleadas habitualmente incurrir en un equivocado reduccionismo, uno que pierde de vista la complejidad de valores e intereses que forman parte del proceso.³⁰

Por tal razón, la propuesta de MURRAY procura formular un enfoque alternativo que refleje mejor la gama completa de intereses considerados en las distintas normas de procedimiento penal. Ese enfoque, que llama “revisión contextual del error inocuo”, se implementa mediante un análisis de dos pasos.

En una primera etapa, el tribunal debería identificar el interés o conjunto de intereses que la norma procesal infringida está llamada a servir. Cuando la regla trasgredida tiene como objetivo único el de promover la rectitud del fallo, el análisis “contextual”, como admite MURRAY, no divergirá en sus consecuencias de las doctrinas de error inocuo orientadas al resultado. Pero el método “contextual” es analíticamente distinto y conducirá a soluciones potencialmente divergentes cuando la regla violada es una que protege o promueve intereses o valores distintos, o complementarios, del de la averiguación de la verdad.³¹ Este es el primer sentido en el cual la evaluación del error inocuo presentada es “contextual”: exige una indagación de los valores o intereses que subyacen a la norma infringida.

En el segundo paso, tras haber discernido el universo pertinente de intereses protegidos, el tribunal debería examinar si ha existido una afectación sustancial de ese interés o valor y poner en

³⁰ MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1794-1795.

³¹ En el trabajo citado, MURRAY indica, correctamente, que aspectos tan importantes del proceso criminal como la regla de exclusión de la prueba ilícita o irregularmente obtenida, o el privilegio contra la autoincriminación forzada, ciertamente no promueven la averiguación de la verdad, sino que son reglas de sentido contrario a ese interés. Dentro de las reglas no orientadas (o no orientadas exclusivamente) al objetivo de rectitud del veredicto, a su vez, el autor luego distingue, como tipos ideales, dos clases de intereses que podemos encontrar detrás de aquellas. Por un lado, un “interés *correlacionado* con el resultado” es uno tal que, aunque no promueve la verdad, se vincula igualmente con el resultado, tal como sucede en el caso de exclusión de prueba ilícita (véase la utilización de este ejemplo en las pp. 1814-1816). Por el otro, un “interés *independiente* del resultado” es uno respecto del cual no hay una correlación estricta entre el grado en que el error afecta a ese interés y la probabilidad de que ese error haya incidido en el resultado. El ejemplo que MURRAY emplea —siguiendo el caso *Neill v. Gibson*, 263 F.3d 1184 (10th Cir. 2001)— es el de la infracción de reglas que prohíben la utilización de argumentos y evidencia que puedan provocar en el jurado una decisión basada en prejuicios y estereotipos discriminatorios (como, en ese caso, que se tuviera en cuenta la orientación sexual del condenado para examinar si cabía, o no, aplicarle la pena de muerte). Está claro que ese tipo de reglas antidiscriminatorias promueven la rectitud de la decisión (p. 1817), pero ese no es su único objetivo, algo que queda en evidencia cuando se aprecia que el empleo de expresiones racistas, sexistas, etc., es igualmente censurable cuando se dirige contra un acusado evidentemente culpable que cuando se dirige contra uno inocente. En ambos casos se dañan por igual valores elementales que no están correlacionados con el resultado, en el sentido de que una violación grosera de normas antidiscriminatorias puede tener, contingentemente, mayor o menor incidencia en la decisión a tomar (pp. 1817-1820).

relación este daño causado por el error con el costo social de la revocación del fallo, debiendo revocarlo cuando el primero supere al segundo.³²

Es fácil advertir que la propuesta de MURRAY tiene potencial para conducir a resultados distintos de los alcanzados por la tradicional doctrina de *harmless error* solo cuando el interés protegido es uno diverso al de promover decisiones correctas y, a su vez, no está correlacionado con el resultado. Pero incluso en este universo más acotado de casos el examen de la fortaleza del caso de la fiscalía no es del todo superfluo. En efecto, la confiabilidad de la evidencia remanente —no “contaminada” por el error— conserva cierta relevancia para la revisión “contextual” del error porque generalmente es más costoso revocar un fallo respaldado por evidencia “abrumadora” que uno que tiene un apoyo probatorio más débil.

Sin embargo, la ventaja de la aproximación “contextual” de MURRAY estaría en que la existencia de evidencia “abrumadora” ya no podría ser tratada como un factor dirimente del juicio sobre la inocuidad del error, en tanto ese examen no se orientaría a la corrección de la cuestión decidida cuando se trata de valores distintos del de la averiguación de la verdad y, además, no correlacionados con el resultado.³³

En fin, creo que tener en cuenta los aportes de posiciones teóricas como la repasada —de modo sumamente simplificado— en los párrafos anteriores habría enriquecido el análisis de un aspecto central, polémico y sumamente interesante de la obra.

IV. Palabras de cierre

En síntesis, el trabajo de DÍAZ es uno que vale la pena leer. Su estudio metódico de buena parte de la jurisprudencia y doctrina estadounidense en la materia tratada contribuye al conocimiento del público hispanohablante en asuntos que, con las cautelas necesarias cuando se examina una tradición jurídica distante, pueden iluminar nuestras propias prácticas.

³² MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1795 y 1814-1820.

³³ MURRAY, *supra* nota 10, pp. 1818-1820. Además, como indica el autor, pareciera que los enfoques de *harmless error* orientados exclusivamente al resultado no dan cuenta de ciertos rasgos de la práctica judicial en casos en que se revocan sentencias sobre la base de errores procedimentales. En este sentido, no es sencillo comprender por qué una doctrina del error inocuo orientada a la incidencia del error en el resultado debería considerar cuestiones tales como si el “error” ha sido intencional o imprudente; si se ha tratado de un evento aislado o, en cambio, de un patrón recurrente de inconducta, etc. El enfoque “contextual” podría explicar de mejor manera estos rasgos presentes en el modo de resolver de las cortes de justicia (pp. 1825-1826).

En efecto, no es necesaria demasiada agudeza para notar que la formulación de alguna doctrina del error inocuo es verdaderamente inevitable, que esa pregunta se plantea recurrentemente en nuestros procesos judiciales y que, sin embargo, son escasos los trabajos de habla hispana que se ocupan seriamente de la cuestión.

En este sentido, más allá de que quizá algún aspecto pudo haber sido explorado con mayor profundidad, y sin perjuicio de que se coincida o no con sus críticas y sus propuestas, el trabajo de DÍAZ tiene el mérito de abrir un espacio de discusión, de poner sobre la mesa un problema y de estimular la investigación de tópicos lamentablemente infra-teorizados en nuestro medio.