

## Ingeniería de la verdad

### Procedimiento penal comparado

Por Alberto Bovino

*Este enfoque historiográfico de tipo retrospectivo representa el rasgo más característico de la inquisición. La inquisición no es sólo instrucción secreta, ausencia de defensa y exclusión del contradictorio. Es, antes que eso, un método de investigación, una lógica, una teoría del conocimiento. El método consiste precisamente en la formulación y en la fundamentación autoreflexiva de las acusaciones o de las hipótesis historiográficas, que no siguen, sino que preceden a la investigación, la orientan y son, ellas mismas, guía y clave de la lectura de los hechos. La forma lógica y argumentativa es aquella del razonamiento circular y de la petición de principios. El resultado es la infalseabilidad preordenada de las acusaciones. En fin, dada su base tautológica no disponible ni a la verificación ni a la refutación empírica, la inquisición se configura como un modelo investigativo marcado por un específico objeto procesal: no los delitos sino el reo, no los hechos concretos sino la personalidad misma —moral, intelectual— del imputado.*

*De esta base epistemológica, en la que coinciden la historiografía idealista-conspirativa y la lógica procesal inquisitiva, desciende la tendencia a considerar como falsas, o inatendibles, o multisignificativas, todas las fuentes de prueba que contradigan las acusaciones y a volver a buscar, entonces, los elementos que le resultan concordantes.*

*Luigi FERRAJOLI, Il caso '7 de aprile'. Lineamenti di un proceso inquisitorio.*

## I. Introducción

Una de las formas posibles de estudiar un modelo de procedimiento penal es a partir de su consideración como un método de construcción de la verdad. Para ello, analizaremos la estructura del procedimiento y, al mismo tiempo, los actores que en él participan, y las atribuciones y facultades de estos actores. Así, nuestras consideraciones no estarán referidas al articulado de un código determinado. Nos dedicaremos, en cambio, al análisis de ciertas características estructurales de dos modelos de procedimiento penal que, supuestamente, comparten un objetivo común, como instrumentos realizadores de la búsqueda de la verdad. Los modelos elegidos para el análisis presentan profundas diferencias entre sí

La afirmación de que el sistema de enjuiciamiento penal adoptado por una comunidad jurídica determinada es el reflejo de sus valores socio-políticos es, en la actualidad, una proposición aceptada entre los juristas. Intentaremos llevar a cabo, entonces, un análisis del procedimiento penal como forma de construcción de la verdad a partir de dos modelos que, de acuerdo con la literatura procesal penal, son presentados como antagonicos.

El primero de ellos es el procedimiento estadounidense, representante acabado de un modelo acusatorio formal en el marco de la tradición jurídica anglosajona. El segundo,

el procedimiento federal argentino, muestra del sistema inquisitivo reformado propio de la tradición jurídica continental europea.

Antes de señalar las diferencias entre ambos modelos, es menester destacar sus similitudes. La literatura perteneciente a la tradición continental afirma que la averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento penal reside en la realización del derecho penal, esa meta sólo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva. En el contexto estadounidense, también se consolida la misma afirmación: la búsqueda de la verdad es el objetivo del procedimiento, aun cuando esta afirmación pueda resultar extraña por diversas razones<sup>1</sup>.

Frente a estas similitudes, podríamos creer que la única diferencia entre ambos modelos es instrumental, esto es, que sólo existe en la medida en que a través de distintos métodos se persigue un objetivo común. Sin embargo, a pesar de la similitud del objetivo declamado para el proceso penal, es posible indagar diferencias en el significado de los distintos presupuestos que fundan cada uno de los modelos de construcción de la verdad considerados. Pasemos, ahora, a esas diferencias.

## II. *The American way*

Lo que primero llama la atención, al leer doctrina y jurisprudencia estadounidenses, reside en que su sistema de enjuiciamiento penal es considerado sólo como *uno* de los métodos posibles para averiguar la verdad, y no el único<sup>2</sup>. Si tuviéramos que describir las particularidades del procedimiento estadounidense que más interesan en esta discusión, deberíamos destacar dos de ellas:

a) La estructura del procedimiento: todas las reglas del proceso están diseñadas para que un juzgador profesional inactivo escuche cómo los abogados de ambas partes presentan su propia versión de los hechos discutidos de la mejor manera posible para el interés que representan. El tema a discutir es, claramente, aquél que las partes presentan ante el juzgador, es decir, aquél en el cual las partes no están de acuerdo, como sucede, en nuestro derecho, en un proceso civil.

b) El juzgador no profesional: las decisiones principales son tomadas por personas que no sólo no son profesionales del derecho sino que, además, ni siquiera son jueces permanentes<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Nos referimos a la ausencia del principio de legalidad procesal (contenido, en nuestro derecho, en el CP, 71), a la posibilidad de respuestas no penales aun para los casos en los cuales se intenta dar respuesta a ciertos conflictos a través de la justicia penal —*diversion*—, a la facultad del fiscal de negociar los cargos que constituirán, finalmente, la imputación formal. Lo cierto es que cuando el caso llega a juicio, es claro que el objeto del juicio es demostrar ante el jurado la verdad de la imputación formulada por el fiscal.

<sup>2</sup> Los estadounidenses no sólo reconocen a su sistema de enjuiciamiento como uno de varios métodos posibles para averiguar la verdad, sino que también afirman que es el mejor. Sin embargo, ello no les impide, como le sucede a los juristas continentales, caer en la confusión de creer que su procedimiento sea el único método posible para averiguar la verdad. En nuestro medio, cada vez que se pretende justificar alguna facultad inquisitiva otorgada al tribunal se invoca la necesidad de averiguar la verdad, como si esa fuera la única forma posible de hacerlo. En otras palabras, se asume, sin discusión, que el tribunal inquisitivo es la única forma existente de averiguar la verdad, sin reconocer que el mismo objetivo puede alcanzarse a través de otras formas de organización del procedimiento.

<sup>3</sup> La decisión inicial de permitir la persecución penal sólo está en manos de legos, necesariamente, en el sistema federal, pues la Corte Suprema ha establecido que la garantía del gran jurado no se aplica a los Estados; ver *Hurtado vs. California* (1884). Ésta es una de las pocas garantías incluidas en la Constitución Federal de los EE.UU. que la Corte no ha extendido a los procedimientos estatales. De acuerdo con la regla 7 de las Reglas Federales del Procedimiento Penal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), la

Si tuviéramos que describir el procedimiento a través de una figura geométrica, podríamos utilizar un triángulo que descansa sobre su base, en el cual el ángulo superior representa al juez, y los dos inferiores a las partes. La figura del triángulo, sin embargo, sólo puede resultar útil para describir las etapas del procedimiento en las cuales no interviene activamente el jurado, es decir, desde el inicio de la investigación hasta que el jurado se retira a deliberar para alcanzar un veredicto.

En el derecho continental, en cambio, cada vez que se intenta justificar cierto tipo de facultades del tribunal que van más allá de la actividad decisoria sobre las peticiones formuladas por las partes, se destaca que tales facultades son necesarias por ser, precisamente, la búsqueda de la verdad el objetivo del procedimiento penal<sup>4</sup>. A través de este mecanismo justificatorio se autoriza al tribunal a desempeñar una actividad que excede, ampliamente, el papel estrictamente decisorio que es, supuestamente, propio del poder judicial. Este mecanismo permite realizar dos inferencias. En primer lugar, se presume que al otorgarle a dos órganos diferentes la obligación de descubrir la verdad —ministerio público y tribunal—, el objetivo resulta alcanzable más fácilmente. En segundo lugar, se presume que el tribunal, por ocupar un lugar considerado "neutral", se encuentra en mejor posición que las partes para alcanzar la verdad. A esta consideración se agrega que —al menos en nuestro país— el tribunal está integrado, exclusivamente, por jueces permanentes y profesionales, esto es, por personas que se ocupan profesionalmente de estos menesteres y que han sido entrenadas en un saber específico: el saber jurídico.

Así, mientras el primer modelo asume que hay diferentes maneras de presentar, apreciar, evaluar o considerar las circunstancias de hecho y los principios normativos aplicables a cada caso, reconoce, a la vez, que hay dos partes con intereses diferentes. En este marco procesal, las *partes* actúan como *representantes de un interés* que, como consecuencia, configura una interpretación determinada de la situación sometida a decisión. En este sentido, el interés por la persecución penal es considerado un interés más, es decir, como la expresión de ciertos valores, y al mismo tiempo, es equiparado —puesto al mismo nivel— al interés individual que resiste la persecución estatal.

En la lucha por la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso penal estadounidense —como en todo proceso en el cual se discute un conflicto—, cada parte ofrece la prueba como propia. Así, existen los testigos de la acusación y los testigos de la defensa. Queda claro, desde un comienzo, que hay aquí dos partes que, a través del procedimiento, luchan por la construcción de la verdad que servirá de fundamento a la decisión del caso. Puede sostenerse, entonces, que no sólo se trata de una lucha cuyo fin se limita a buscar la mejor manera de establecer frente al juzgador la verdad jurídica posible, sino que, además, el mismo método a través del cual este enfrentamiento se desarrolla tiene como fundamento, en sus cimientos, un concepto de verdad fundamentalmente comprensivo de los intereses que intentan configurarla.

Se podría sostener, sin embargo, que el procedimiento está formulado de este modo al solo efecto de dar entrada a otros valores de rango superior o similar a la necesidad de averiguar la verdad. En este sentido, el derecho de conainterrogar a los testigos de la otra parte se podría considerar, al menos en el caso del defensor, una consecuencia del

---

persecución de todo delito cuya pena exceda de un año de prisión debe ser iniciada a través de un *indictment* que el fiscal debe obtener de un gran jurado. La misma regla establece que esta exigencia puede ser renunciada por el imputado, con excepción de los delitos que prevén la pena de muerte.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, CLARIÁ OLMEDO justifica este tipo de facultades del tribunal "por la indisponibilidad del objeto sustancial y la necesidad de una investigación integral". Cf. CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. III, p. 176.

derecho de defensa, y no un problema conceptual sobre la verdad jurídica a alcanzar en el juicio. Sin embargo, esto no explica que el derecho existe para *ambas* partes y no sólo para el defensor. Los estadounidenses consideran este derecho como una de las facultades básicas que deben tener ambas partes, en todo procedimiento, para que este pueda servir a su fin, esto es, a la averiguación de la verdad.

Por lo demás, si nos detenemos en el estudio pormenorizado de la jurisprudencia sobre las garantías que operan en el ámbito de la persecución penal, advertiremos que, en verdad, ellas aparecen como una manera de poner ciertos *límites* al interés que la actividad del fiscal y la policía representan en su misión de exposición y construcción de la verdad interesada en la persecución penal y obtención de condenas. Así, al reconocer que las dos partes se enfrentan en el procedimiento con una actividad expresiva de intereses concretos y opuestos en la solución del caso, y que este es el mejor modo de estructurar la participación de los actores necesarios para la búsqueda de la verdad que habrá de construirse en él, los límites impuestos por la aplicación de las garantías no representan sólo el reconocimiento de otros valores que deben ser considerados, sino que, también, son un presupuesto básico del sistema de construcción de la verdad que requiere de la actividad de las partes. La limitación, entonces, no existe únicamente para relativizar la necesidad de averiguar la verdad sino, además, para colocar ciertos límites al modo necesario según el cual la actividad de las partes contribuye a la construcción de la verdad judicial.

Cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, encuentra prueba que permite eliminar o atenuar la responsabilidad del imputado, no tiene la obligación de producir esta prueba en el juicio. Pero la jurisprudencia ha establecido que el fiscal debe notificar al defensor sobre la existencia de esta prueba si no desea correr el riesgo de anulación de una eventual condena<sup>5</sup>. La decisión jurisprudencial entiende, simplemente, que no puede existir una persecución "objetiva" por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. En su lugar, se limita a enviar una señal clara a los fiscales: si en su actividad persecutoria ocultan prueba que puede servir a la defensa, la condena, si es obtenida, será revocada, porque el fiscal impidió que la otra parte presentara el caso del modo más conveniente para el interés de su cliente. La posible revocación de la decisión condenatoria y, como consecuencia, la realización de un nuevo juicio, operan como mecanismos preventivos para que el fiscal no oculte prueba que puede beneficiar al imputado. Pero lo que la decisión expresa, también, es que no puede imponerse al fiscal una tarea imposible, esto es, no puede esperarse que quien representa al interés persecutorio actúe objetivamente, de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del acusado que resiste la imputación<sup>6</sup>.

En estos términos, el procedimiento es considerado como un conjunto de disposiciones que regula la actividad de dos partes que, representando intereses contrapuestos, luchan por obtener una construcción de la verdad acorde con esos intereses. El presupuesto es que ambas partes, por ser tales, es decir, por estar interesadas en la solución del caso, deben ser controladas por el juzgador. El tribunal y el jurado sólo escuchan a las partes

---

<sup>5</sup> Las principales decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. que impusieron este deber al fiscal, de avisar al defensor sobre la existencia de prueba exculpatória, son *Mooney vs. Holohan*, 294 US 103 (1935); *Brady vs. Maryland*, 373 US 83 (1963) y *United States vs. Agurs*, 427 US 97 (1976).

<sup>6</sup> Así, basta trasladar la información al representante del interés opuesto. Él se ocupará de valorar ese elemento y, de este modo, determinará si su incorporación al procedimiento es conveniente. Se trata, además, de una señal de respeto por el interés del imputado, que evita el ingreso autoritario al procedimiento de aquello que el Estado, sin consulta, considera favorable para el interés de su contraparte.

y no participan en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso.

La participación del jurado, por otra parte, permite consideraciones adicionales. La tarea del jurado es determinar la culpabilidad o inocencia del acusado en el juicio. Para ello, el jurado escucha a ambas partes, presencia la producción de la prueba y recibe las instrucciones del juez respecto de los cargos y el derecho aplicable. La discusión del jurado es secreta y al pronunciar su veredicto no debe dar razones. Estructurado el sistema de este modo, resulta imposible controlar la decisión a la cual arriba. Quizá esta imposibilidad, unida al significado político referido a la participación de los ciudadanos en los casos penales, sea una explicación del poder del jurado de no aplicar la ley en el caso concreto —*nullification*—. Esta facultad permite que el jurado no aplique la ley en aquellos casos en los cuales la prueba, según criterios continentales tradicionales, indica de modo manifiesto la responsabilidad del acusado.

### III. El procedimiento federal argentino

Pasemos, ahora sí, al procedimiento vernáculo. Desde el comienzo del procedimiento, el sistema prevé que un integrante del poder judicial —el juez de instrucción— desarrolle una investigación, considerada imparcial y objetiva, sobre un hecho hipotético ocurrido en el pasado, que implica la supuesta realización de una figura delictiva. Este personaje, que, extrañamente, pertenece al poder judicial, a través de un procedimiento por lo menos oscuro, lleva adelante la averiguación y decide sobre la imputación del hecho respecto de ciertas personas que aparecen, en principio, como responsables.

El fiscal, luego de requerir el comienzo de la investigación formal del caso —requerimiento que se limita al hecho y no a los imputados—, habilita a este buen señor, paradigma de la aplicación imparcial de la ley, a perseguir a los habitantes que considere involucrados. Tras cumplir esta tarea requirente originaria —y en algunos casos sin ella— el fiscal puede, si lo desea, gozar de inmerecidas vacaciones, puesto que el diseño federal lo convierte en el convidado de piedra, al conceder la suma de las facultades persecutorias al tribunal. Durante la etapa del juicio y con anterioridad, en su preparación, nuevamente las posibilidades del tribunal y, especialmente, el papel que el código expresamente le otorga, convierte al fiscal, en el mejor de los casos, en un partícipe secundario del procedimiento. Además, el código establece tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes que, según dicen algunos, no son los que nuestra Constitución establece para las causas penales<sup>7</sup>.

El modelo federal, como otro modelo posible para instrumentar la averiguación de la verdad, adopta un esquema que construye la verdad de un modo diferente a la del ejemplo estadounidense antes considerado.

En primer lugar, las decisiones estarán a cargo de personas especialmente entrenadas en el campo del saber jurídico. Sólo podrá determinar cuál fue exactamente la verdad sobre el hecho investigado quien cumpla ciertos requisitos formales. Para alcanzar la verdad jurídica que resuelve el caso, entonces, el prisma de la formación en el saber que se difunde en las facultades de derecho resultará imprescindible. La verdad a alcanzar en el proceso, de este modo, sólo puede ser vista, evaluada, alcanzada, por los iniciados.

---

<sup>7</sup> Cf. GORANSKY, *¿Un juicio sin jurados?*; HENDLER y CAVALLERO, *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*. Una sentencia interesante sobre jurados en la causa n° 1.456, publicada en “No Hay Derecho”, s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 5, p. 14, con comentarios de BIDART CAMPOS, *¿Hay omisión constitucional en la ausencia de juicio por jurados?*; y Pastor, *Acierto e hipocresía de una sentencia trascendente*.

El hecho de que en algunos países, también pertenecientes a la tradición continental, participen, como miembros del tribunal y junto a los jueces profesionales algunos jueces legos no permanentes, no anula la afirmación anterior. En todo caso, la relativiza, pues resulta innegable que, en cierto sentido, la conformación del tribunal no expresa más que esta necesidad del prisma jurídico, idóneo, según ese modelo, para la determinación de la verdad que se discute en el proceso.

La mera integración del órgano decisor indica, entonces, que la verdad se construye, entre nosotros, de un modo diferente. Pero esta decisión de nuestro modelo no es la única señal de cómo será la construcción de la verdad configurada en el procedimiento. La actividad de los intervinientes agrega diferencias respecto del modelo anterior.

La posición activa del tribunal, a cargo, supuestamente, de la representación de intereses contradictorios —persecutorios y defensas, con el triunfo inevitable de los primeros—, permite afirmar que las reglas del procedimiento están previstas para que quienes lo integran puedan alcanzar una verdad que sólo puede ser definida de una sola manera, en términos supuestamente neutrales. Así, el modelo parte de la base de la negación de los intereses que intervienen en el proceso de construcción de la verdad judicial.

Si el tribunal puede reemplazar al fiscal, o en otras ocasiones, colaborar con él, es, entre otros motivos, por el deber persecutorio “objetivo” que pesa sobre el fiscal. Si aceptamos la ficción que postula que el fiscal, interesado en la persecución, puede obrar objetivamente, con mucha más razón esta tarea puede resultar posible para el tribunal y, por ello, no parece irrazonable que este último ejerza funciones investigativas y requirentes. Y cuando argumentamos que quien dirige la investigación no puede ser imparcial para decidir situaciones tales como el *procesamiento*, no por una cuestión personal sino, antes bien, por la posición que ocupa en el diseño procesal, la afirmación es rechazada porque se trata de jueces, personas que, especialmente según la particular cultura jurídica porteña, han venido al mundo con el don de la imparcialidad.

Argumentaciones de este estilo resultan incomprendidas y consideradas como una especie de afrenta o agresión personal a quien o quienes integran el tribunal<sup>8</sup>. Respecto a este tipo de cuestiones, el sistema de jurados clásico presenta la gran ventaja de que permite una discusión franca sobre las normas que regulan la producción de la prueba y, consecuentemente, de las situaciones en las cuales se discute la admisibilidad de cierto tipo de pruebas.

Consideremos, por ejemplo, la información sobre los antecedentes del imputado, que, como regla, no resulta admisible en un juicio penal estadounidense. La razón de esta regla consiste en que se presume que esta información puede desviar la atención del jurado a una cuestión que no tiene relación alguna con el hecho que se discute en el juicio. Por tratarse de legos, no ofenderemos a ningún miembro del tribunal si argumentamos sobre el peligro que genera la introducción de estos datos<sup>9</sup>. En el fondo,

---

<sup>8</sup> Para apreciar el problema, resulta particularmente interesante ver el incidente de recusación en la causa "Sosa, M. I. s/art. 302 del CP", radicada en el fuero penal económico, resuelta el 23/11/92 con los votos de Oyuela y Landaburu. El fiscal Gustavo Bruzzone solicitó la recusación de Cortelezzi, integrante del tribunal de juicio, porque éste había confirmado, como juez de cámara, la prisión preventiva de quien sería llevado a juicio oral. El planteo fue rechazado. Un comentario a este fallo en BOVINO, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*.

<sup>9</sup> "Es un principio de larga trayectoria en nuestro derecho que la prueba sobre la comisión anterior de un delito es inadmisibles para probar la *disposición* para cometer delitos, de la cual el jurado pueda inferir que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Dada que esta probabilidad es alta, los tribunales presumen el perjuicio y excluyen las pruebas sobre otros delitos, a menos que ellas resulten admisibles

el significado de la objeción representa un mensaje que podría expresarse del siguiente modo: "su señoría, son legos, no podrán entender cómo pueden utilizar esta información". En realidad, se trata de que los miembros del jurado son humanos, y, por ello, que se debe evitar que supongan —como hacemos muchos de nosotros, jueces o no, legos o abogados— que porque el imputado una vez cometió un delito, esta vez también lo ha hecho, cuando la condena, por un principio normativo, debe fundarse exclusivamente en la prueba producida en el juicio y referida al hecho objeto de la imputación.

Sin embargo, resulta difícil, sino imposible, que algunos adeptos a la cultura inquisitiva comprendan que, por jueces que sean, el conocimiento de los antecedentes del imputado o, para agregar otro ejemplo, del expediente resultado de la instrucción, proyecta su influencia sobre su percepción del caso. Un buen ejemplo de esta incompreensión son algunas resoluciones que rechazan una recusación no sólo para jueces que habrán de integrar el tribunal de juicio y conocen el expediente, sino que, además, han dictado resoluciones de mérito —confirmación como juez de cámara del auto de procesamiento— en etapas anteriores de la causa. Este tipo de planteo sólo provoca una reacción corporativa que manifiesta la fe en la posibilidad de que un juez, que ya adoptó una hipótesis afirmativa expresa sobre la responsabilidad del imputado, ingrese al debate para tomar una decisión fundada sólo en la prueba allí producida.

Ahora bien, ¿cuáles son las implicancias del papel asignado al tribunal en términos del mecanismo de la construcción de la verdad que representa el juicio penal?

En primer lugar, el modelo descansa sobre una piedra basal: un concepto de *verdad objetiva*. Se asume, sin duda alguna, que la determinación y evaluación de una compleja situación, que incluye la valoración sobre la realización de ciertos acontecimientos y, lo que resulta más insólito aún, sobre la interpretación de datos fácticos a la luz de principios normativos de los que resultan inescindibles, es una apreciación objetiva y posible de ser realizada de modo aséptico por quienes poseen cierto saber. Desde este punto de vista, se justifica la realización de una tarea imposible: la construcción de la verdad desinteresada construida judicialmente, en ejercicio de una actividad investigativa, requirente y decisoria que implica, mediante el remanido argumento de la objetividad, la representación de intereses contradictorios. Mientras todo el

---

para otros propósitos sustanciales y legítimos..." [trad. nuestra]. *Drew vs. US*, 331 F.2d 85, 88 (D.C. Cir. 1988). En un caso en el cual se había admitido la confesión del coimputado, dando la instrucción al jurado para que sólo considere esa declaración contra quien confesó y no contra su compañero, la Corte Suprema estadounidense sostuvo que: "en algunos contextos, el riesgo de que el jurado no siga, o no pueda seguir, las instrucciones es tan grande, y las consecuencias de ese riesgo tan vitales para el acusado, que las limitaciones prácticas y humanas del sistema de jurados no pueden ser ignoradas" [trad. nuestra]. *Bruton vs. US*, 391 US 123, 135 (1968). Nótese que exactamente la misma afirmación puede realizarse respecto de nuestros jueces profesionales. En el sistema anglosajón, en cambio, el hecho de que el juez decida sobre la admisibilidad de la prueba —discusión que, cuando tiene lugar, se realiza en ausencia del jurado—, su decisión, y el mismo hecho de tomar conocimiento de la prueba que después es considerada inadmisibile, no puede afectar el resultado del juicio, porque no será el juez quien decidirá sobre la culpabilidad del acusado, sino el jurado.

Esta fe ciega en las capacidades del juez profesional, verdadero axioma de nuestro procedimiento, se ve reflejada claramente en legislaciones que establecen un sistema de jurados escabinados. Así, frente a una disposición de la Ordenanza procesal penal alemana que impide a los *jueces legos* tomar contacto con el expediente, es decir, con el resultado de la investigación preparatoria, explica, acriticamente, GÓMEZ COLOMER: "El contenido de los autos está excluido en principio como fundamento de la sentencia. En este sentido, el Juez técnico puede tomar conocimiento de los mismos, pero el lego no lo tiene permitido, por regla general, por el peligro grave de influencia inconsciente" (*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, p. 168).

ordenamiento jurídico reconoce como uno de sus *principios generales* la imposibilidad de que un sujeto represente intereses en conflicto, este principio es supinamente ignorado por ciertos sujetos —los jueces penales— llamados a decidir sobre cuestiones relativas a la aplicación del castigo.

Todo el procedimiento federal es el reflejo acabado de esta creencia. El papel procesal del fiscal desde el comienzo del procedimiento hasta la etapa de impugnación de la sentencia y, más especialmente, las funciones del juez de instrucción y de los miembros del tribunal de juicio, no son más que la expresión clara y detallada de esta noción de que resulta posible, a través del procedimiento penal, que estos actores construyan objetivamente la verdad condenatoria del acusado.

Si tuviéramos que explicar este procedimiento con una figura geométrica deberíamos, nuevamente, recurrir a un triángulo, sólo que esta vez invertido, es decir, descansando sobre uno solo de sus ángulos (el imputado), con los otros dos ángulos (fiscal y tribunal) hacia arriba.

El procedimiento inquisitivo histórico incluye esta particular concepción de cómo habrá de construirse la verdad judicial. Cuando el inquisidor negaba la defensa del imputado, no negaba un derecho, sino que utilizaba el único método que consideraba posible para averiguar la verdad. La actividad defensiva, una vez formulada la hipótesis sobre la responsabilidad de quien era perseguido, sólo podía actuar como impedimento para la verificación de la hipótesis. Iniciada la persecución, la hipótesis originaria se alimentaba a sí misma y, al mismo tiempo, orientaba la actividad que estaba destinada a su confirmación.

Hoy, la noción de delito, definida en términos de infracción de una norma estatal y no de daño a un tercero, ha reemplazado la vieja idea de pecado. Sin embargo, así como antes el inquisidor era el único idóneo para descubrir y decidir sobre la verdad, hoy son los jueces los constructores exclusivos de la verdad judicial. De todos modos, el ilícito penal continúa fundándose en el quebrantamiento de una norma antes que en la producción concreta de un daño a un tercero.

Por otro lado, la intervención del imputado en el procedimiento sigue reflejando la desconfianza hacia su versión de los hechos una vez que un miembro del poder judicial decide que existen motivos suficientes para considerarlo responsable de un hecho punible. Disposiciones expresas del código sobre su intervención —o la interpretación que de ellas realiza la jurisprudencia— reflejan esta concepción. Un buen ejemplo consiste en el caso en el cual el imputado concurre a prestar declaración indagatoria. En esta declaración, él no puede ver el expediente antes de su declaración, sólo tiene derecho a confiar en la versión del caso que le brinda el juez de instrucción, que es, precisamente, *quien lo está persiguiendo*. Otra expresión de esta concepción consiste en los artículos 378 y 379 del CPP Nación, que regulan la manera en la cual declara el imputado durante el debate: la idea es encontrar contradicciones en su declaración, sorprenderlo.

#### **IV. Las palabras de la ley**

El lenguaje del texto legal también ayuda a la comprensión de los presupuestos del modelo de construcción de la verdad que el proceso penal representa. Cuando el juez de instrucción cita a quien considera responsable no lo escucha, lo "indaga". La carga de sospecha que contiene esta palabra nos saca de dudas sobre la consideración que podrá concederse a la explicación exculpatória de quien declara en esta ocasión. La

construcción de la verdad condenatoria, en este marco, se realiza por etapas sucesivas que van agregando porciones de culpabilidad<sup>10</sup>.

El término "imputado", a su vez, diluye a la figura del acusador y destaca la existencia de una imputación, es decir, de la atribución de un hecho. De este modo, la persecución se objetiviza al dirigirse a la discusión sobre un hecho, y la atención sobre quién realiza la persecución desaparece. Esta objetivación, paradójicamente, termina en un proceso adicional de subjetivización, que se agrega al anterior, con lo cual la situación se agrava. Así, el término "imputado" trae consigo un aspecto objetivo —el hecho supuestamente cometido— y, además, un aspecto subjetivo que apunta directamente hacia la persona perseguida penalmente. A través del simple uso de un término que puede parecer, a simple vista, neutral, sólo permanecen en la escena estos dos elementos: el hecho —un delito, estereotipo del disvalor— y, en segundo lugar, la persona sometida a persecución.

Mientras que muchos juristas se horrorizan ante la posibilidad de que la instrucción esté a cargo de un fiscal y no de un juez, entre otras razones por la posibilidad de que el fiscal realice ciertas actividades que pueden resultar perjudiciales para el imputado —tales como, por ej., tomar declaración a un testigo—, estas mismas personas consideran que no existe peligro alguno cuando quien realiza este tipo de actividad es un juez que, además, decide sobre el procesamiento, la detención preventiva y la elevación a juicio del caso. Al menos, si el testimonio fuera recibido por el acusador se tornaría transparente la desconfianza sobre su contenido y la necesidad de que los jueces que decidirán el caso lo escucharan en la audiencia.

En el ámbito estadounidense, las palabras también nos brindan señales significativas. El equivalente a nuestro "imputado" es el "*defendant*", es decir, quien se defiende. Una causa federal se llamará, por ejemplo, "*United States versus Smith*". La idea de lucha, de enfrentamiento, de oposición de intereses, es inequívoca; también lo es la identificación de los enfrentados<sup>11</sup>. Quien se defiende, lo hace porque está siendo atacado, agredido. Estas expresiones, además, no destacan la realización de un hecho sino, claramente, que alguien, al perseguir penalmente, está atacando a quien se defiende. Ambas expresiones, de este modo, relativizan el hecho y, consecuentemente, la posibilidad de su construcción objetiva a través de un procedimiento, destacando que este es un ámbito en el que se cruzan pretensiones que manifiestan intereses diferentes en un conflicto.

En este contexto, por otra parte, el juzgador debe esperar, para tomar la decisión, el momento en el cual los dos oponentes terminen de producir toda su prueba y presenten todos sus argumentos, para formular alguna hipótesis sobre la cuestión que debe decidir. Cada interviniente tiene claro cuál es su función; la verdad condenatoria no se asume, debe ser construida a través de la actividad "dialógica" de las partes, y evaluada y decidida por quienes entran en contacto con el caso sólo cuando comienza el juicio.

Nuestro procedimiento puede ser descripto, en cambio, como una suma de pasos y etapas tendientes a confirmar la hipótesis persecutoria original. El modelo de construcción de la verdad que representa tiene como característica fundamental la orientación de la actividad que, de modo circular y tautológico —como señala Ferrajoli— conduce a la confirmación y autojustificación del proceso iniciado.

---

<sup>10</sup> La consideración del procedimiento como una suma de etapas que agregan "porciones" de culpabilidad no es novedosa. Esa fue la base sobre la cual se fundaba el procedimiento inquisitivo histórico.

<sup>11</sup> Compárese con nuestra forma de mencionar las causas, por ejemplo: "Pérez por estafa". El valor simbólico del nombre de la causa puede apreciarse en los medios de comunicación a través de lo que los periodistas denominan, incorrectamente, "cambio de carátula".

Mientras que el procedimiento anglosajón puede ser descripto como un diálogo entre las partes, por su carácter efectivamente contradictorio, el procedimiento federal que aquí analizamos podría ser, en ciertos casos, definido como un monólogo del tribunal inquisidor.

Piénsese en un caso, más que posible, en el cual no existió requerimiento fiscal inicial para que el juez de instrucción abriera formalmente la etapa de investigación —v. gr., porque la causa se inició por prevención policial—. Llegado el caso a la etapa de crítica instructoria el fiscal solicita el sobreseimiento y el juez, en desacuerdo con él, eleva a la Cámara, quien decide a favor del juez. Reemplazado el fiscal, este podrá permanecer sin realizar actividad alguna durante el debate y, al final, solicitar la absolución. A pesar de ello, el tribunal tiene plenas facultades, según el CPP, para producir prueba no pedida por las partes y, además, al menos en opinión de algunos tribunales, para condenar<sup>12</sup>.

## V. La confesión

Las reglas referidas a la declaración del imputado representan, en ambos sistemas, un buen indicio de sus presupuestos valorativos. Muchas personas pertenecientes a la tradición continental se asombran frente al hecho, que consideran negativo, de que el imputado, en el juicio estadounidense, declare bajo juramento. Veamos cómo funciona esta declaración, al menos en dos momentos del procedimiento.

Iniciada formalmente la persecución penal, el juez estadounidense explicará al imputado el hecho que motiva el proceso y le preguntará cómo se declara. La pregunta que le formula no implica el pedido de una explicación, sino que significa, aproximadamente, lo siguiente: "el fiscal ha decidido perseguirlo por el hecho tal, ¿cómo reacciona usted frente a esa imputación?". Las únicas respuestas posibles son: a) me considero culpable, con lo cual no se realiza el juicio y se pasa a la etapa de determinación de la pena; o b) me considero no culpable, con lo cual el fiscal, si decide continuar la persecución, debe probar su imputación en el juicio.

Durante el juicio, por otra parte, el imputado puede decidir si declara o no lo hace. Pero cuando se inicia el juicio nadie le pregunta nada, ni le pide explicación alguna. El fiscal y el defensor abren el juicio explicando al jurado su interpretación de los hechos y cómo piensan probarla y, a continuación, el fiscal debe producir toda su prueba para demostrar la imputación realizada. Cuando el fiscal termina con su caso, recién interviene el defensor, que puede optar por producir su prueba o no hacerlo, si considera que el caso del fiscal es lo suficientemente débil como para provocar un veredicto absolutorio<sup>13</sup>. Si decide producir prueba, el imputado, si lo desea, puede declarar, pero lo hará bajo juramento.

La primera pregunta del juez, en la etapa inicial del procedimiento es, claramente, una pregunta que no versa sobre el hecho y la responsabilidad, sino sobre la actitud del imputado en el procedimiento, tendiente a obtener la respuesta de si el imputado va a

---

<sup>12</sup> En este sentido, ver el fallo "Ferreyra, Julio" (CNCP, Sala I, 14/4/94). Posteriormente la Corte reafirmó la doctrina contraria a la de "Ferreyra", en su fallo "Cattonar", del 13/6/95. Un análisis de estos y otros fallos similares en MAIER y LANGER, *Acusación y sentencia*, ps. 617 y siguientes.

<sup>13</sup> El defensor también puede plantear, bajo ciertas circunstancias, que el caso ni siquiera pase a consideración del jurado, cuando la prueba de cargo producida por el fiscal no alcanza un mínimo de razonabilidad. Así, si el juez considera que la prueba acusatoria es lo suficientemente débil como para que ningún jurado compuesto por personas razonables pueda alcanzar un veredicto de culpabilidad, puede cerrar el caso, una vez finalizada la actividad probatoria del fiscal, con efectos de cosa juzgada, sin someter el caso a la consideración del jurado (en realidad, le ordena al jurado que absuelva).

resistir la imputación del fiscal o no va a hacerlo<sup>14</sup>. El *guilty plea* no se asemeja a una confesión. Es una aceptación de la responsabilidad penal del imputado que expresa, además, la renuncia al derecho de ir a juicio. Admitida la culpabilidad, el tribunal remite el caso directamente a audiencia para determinación de la pena.

En cuanto a la declaración en el juicio, cabe señalar dos cuestiones. La primera de ellas es que el imputado, en su propio juicio, es considerado otro testigo más y, como tal, sometido a las mismas reglas referidas al falso testimonio. Ello supone que el imputado puede declarar del mismo modo que un testigo de la parte contraria y que su testimonio, que contradice la prueba acusatoria, puede ser considerado en términos idénticos. En segundo lugar, nadie llama a declarar al imputado en ningún momento y el ejercicio de su derecho a no declarar no es manifestado expresamente frente al jurado y, por lo tanto, no se ve obligado a expresar que no declara en ejercicio de sus derechos constitucionales. Si bien es cierto que el hecho de que el imputado no declare es un hecho visible para el jurado, también es posible que sólo sea considerado como una de las tantas decisiones sobre la prueba que el defensor realiza, especialmente si el caso indica —como sucede en la mayoría de los casos— que de todas las pruebas posibles las partes seleccionaron sólo algunas —aquellas que consideraron relevantes—.

De este modo, el imputado no tiene que dar explicación alguna, y sólo decide si declarará una vez que el fiscal hizo su trabajo, es decir, si considera que hay razones para creer en la hipótesis que lo acusa, una vez que esta hipótesis ha sido demostrada en cierta medida, y no antes de esa ocasión.

En nuestro procedimiento, cada vez que se interroga al imputado, esta interrogación consiste en un pedido para que él brinde una explicación sobre la hipótesis que inicia la persecución. Pedirle explicaciones a alguien supone, necesariamente, partir de la base de que la imputación puede ser cierta o, también, de que tiene algo de cierta. En el debate ello se aprecia claramente. Antes de que el fiscal haya demostrado nada, el juzgador pide explicaciones al imputado. La pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone, de modo manifiesto, la responsabilidad del imputado. Por otra parte, las reglas que regulan el orden de producción de la prueba —que es la prueba del proceso y no de las partes—, y que permiten que ese orden sea dispuesto por el tribunal, admiten la posibilidad de que se produzca prueba exculpatoria *antes* de que la prueba condenatoria haya sido producida. Antes de la producción de prueba condenatoria que demuestre, al menos en cierta medida, la responsabilidad del imputado no tiene sentido —a menos que asumamos que si hemos llegado a esta etapa es porque el imputado es, de algún modo, responsable por el hecho— producir prueba que lo desincrimina, y mucho menos aún cuando se supone, como debemos suponer, por principio, que la regla de inocencia anticipada deposita el *onus probandi* en la parte acusadora.

## VI. Últimos párrafos

---

<sup>14</sup> La posibilidad de declararse no culpable y, a la vez, aceptar las consecuencias de la imputación (la pena) señala claramente el carácter y la función de este paso procesal. Ello resulta posible no sólo a través del *guilty plea* (reconocimiento de la culpabilidad por el hecho imputado), sino, además, a través del *plea de nolo contendere*, por el cual el imputado acepta la imposición de la pena pero sostiene su inocencia. La manera usual de declararse culpable es a través de un *guilty plea*, que implica el reconocimiento de la culpabilidad. Sin embargo, existe la posibilidad de utilizar el *plea de nolo contendere*, que sólo implica la aceptación de la pena al mismo tiempo que niega o, más precisamente, no asume la responsabilidad por el hecho. La particularidad del *plea de nolo contendere* es que no implica el reconocimiento de la responsabilidad civil por el hecho. El *plea de nolo contendere* no es muy común porque los fiscales suelen rechazarlo.

A través de este enfoque, el tratamiento de la declaración del imputado en ambos sistemas contribuye a destacar los presupuestos sobre los cuales cada uno de ellos se funda para lograr el objetivo de averiguar la verdad. Mientras que en el modelo estadounidense las facultades de los intervinientes en el juicio —fiscal, imputado, tribunal y jurado— están claramente diferenciadas y limitadas, y existe una descentralización del poder decisorio, en nuestro modelo, el tribunal representa la máxima concentración de poder en el proceso de construcción de la verdad.

La participación ciudadana en el primer modelo, por otra parte, produce consecuencias que, en cierta medida, exceden el sentido político de esa participación<sup>15</sup>. Al mismo tiempo, en este modelo se presume que la persecución penal que se canaliza a través del proceso reconoce, de modo inequívoco, distintos y opuestos intereses en el marco del procedimiento y, además, que la persecución, como hipótesis interesada en la construcción de la verdad, debe ser diferenciada de la actividad de quienes realizan tareas decisorias. Por otra parte, la forma en que se decide en el modelo estadounidense reconoce que la decisión que resuelve el conflicto no sólo tendrá en cuenta los intereses en juego sino que, además, puede tener en cuenta y, al mismo tiempo, dejar de lado, aquellas consecuencias jurídicas consideradas injustas.

El modelo estadounidense, de este modo, reconoce al imputado como titular de derechos, y lo coloca, al enfrentarlo, en pie de igualdad con su acusador. Nuestro procedimiento, en cambio, coloca al perseguido en una posición de desventaja. Ello porque sus reglas presumen la verdad sobre la imputación en la misma medida en que el procedimiento avanza. En este camino, el imputado se enfrenta con dos acusadores: el tribunal y el fiscal —que, eventualmente, pueden ser acompañados por el querellante y por el actor civil—. En estos términos, el imputado, más que un titular de derechos —siempre limitados por la necesidad de averiguar la verdad— es un objeto del método de indagación elegido para la construcción de la verdad.

A pesar de estas consideraciones, no queremos aquí glorificar el procedimiento estadounidense o denostar el propio. En primer lugar, porque el juicio estadounidense no es, actualmente, el principal método de atribución de responsabilidad penal en ese país, ya que menos del 10 % del total de condenados obtienen su veredicto en un juicio<sup>16</sup>. En segundo lugar, porque nuestro procedimiento y nuestra organización judicial, en aras de la obtención de la verdad material que supone alcanzar, establece un método y una distribución de esfuerzos altamente ineficiente para obtener pronunciamientos condenatorios.

En este sentido, puede afirmarse que nuestro modelo procesal actúa, al menos para quienes no son perseguidos por la misma incapacidad del sistema, como *garantía*<sup>17</sup>. Así, resulta imposible con un procedimiento tan formalizado y burocrático, que exige la participación judicial en tareas persecutorias que no son propias, obtener un alto índice de individuos sometidos a persecución penal. A pesar de la voluntad inquisitiva de sus

---

<sup>15</sup> La existencia del jurado produce consecuencias que van más allá de su papel decisorio. Así, la presencia de un jurado que no ha tenido contacto alguno con el caso obliga a las partes a desarrollar *toda* su actividad probatoria frente a este grupo de ciudadanos, actividad que caracteriza el juicio e impone, por necesidad, el principio de inmediación en la recepción de la prueba. Otra consecuencia positiva de la participación de los jurados es que el lenguaje utilizado durante el juicio no es el lenguaje típico de los abogados, sino un lenguaje capaz de ser comprendido por los legos. Esta circunstancia, además, garantiza el sentido que tiene la publicidad del juicio.

<sup>16</sup> Cf. LANGBEIN, *Torture and Plea Bargaining*, ps. 3 y siguientes.

<sup>17</sup> Es decir, como límite al poder del Estado, aunque es claro que no es éste el sentido de las garantías del procedimiento penal.

operadores, la ineficiencia del modelo de construcción de la verdad resulta, paradójicamente, un límite a la persecución necesaria de todos los hechos punibles que dispone el art. 71 de nuestro Código Penal.

Ello no significa que nuestros jueces sean ineficientes, o que no estén de acuerdo con la posibilidad de aumentar la capacidad represiva del sistema. Significa, simplemente, que han sido llamados a cumplir una tarea que, debido al texto legal, resulta imposible de cumplir.