

Ingeniería de la verdad

Procedimiento penal comparado

Alberto Bovino

Abogado. Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Master in Law en la Universidad de Columbia, Nueva York.

«*E*ste 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»^(*).

I. INTRODUCCIÓN.

Un modelo de procedimiento penal puede ser estudiado, entre otras maneras, como un método de construcción de la verdad. Para ello, analizaremos la

estructura del procedimiento, los actores que intervienen en él y sus atribuciones. No intentamos un análisis detallado de algún código o de las cláusulas del Código Procesal Penal que fuera responsable de traer a Buenos Aires la costumbre de pronunciar las condenas penales a viva voz. Analizaremos, en cambio, ciertas características de dos modelos de procedimiento penal que confiesen un objetivo común como instrumentos realizadores de la búsqueda de la verdad.

Ambos modelos presentan profundas diferencias. Las razones de estas diferencias pueden ser halladas en la tradición jurídica propia de cada sistema y en las circunstancias históricas, políticas y sociales que les dieron origen y que actualmente conforman su sentido cultural. Sin embargo, estas razones serán dejadas de lado, para indagar, hoy, acerca de una lectura posible de dos modelos considerados antagónicos.

El primer modelo es el procedimiento estadounidense, modelo acusatorio formal de la tradición jurídica anglo-sajona. El segundo, el procedimiento federal de nuestro país, muestra del sistema inquisitivo reformado de la tradición jurídica continental europea del siglo XIX.

Antes de señalar diferencias, es preciso destacar similitudes. La literatura perteneciente a la tradición continental repite, casi al unísono, que la averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento penal consiste en la realización del Derecho Penal, en la aplicación del Derecho Penal Sustantivo, 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 nece-

(*) Luigi Ferrajoli, *Il caso «7 de aprile»*. *Lincamenti di un proceso inquisitorio*.

saría la respuesta punitiva. En el contexto anglo-sajón y, más particularmente, en el ámbito estadounidense, también se consolida la misma afirmación: la búsqueda de la verdad es el objetivo del procedimiento, aun cuando esta afirmación puede resultar extraña por diversas razones⁽¹⁾.

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 esa similitud de objetivos, 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 OF PUNISHMENT.

Llama la atención, al leer doctrina y jurisprudencia estadounidense, que su particular sistema de enjuiciamiento penal es considerado sólo como uno de los métodos posibles para averiguar la verdad, y no el único⁽²⁾. 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 -el juez- escuche cómo los abogados de ambas partes -fiscal y defensor- presentan su propia versión de los hechos discutidos de la mejor manera posible para el interés que representan. El tema a discutir es aquél que las partes presentan ante el

juzgador, es decir, aquél en el cual las partes no están de acuerdo.

b) El juzgador no profesional: las decisiones principales -el veredicto de culpabilidad en el juicio, la aplicación de la pena de muerte, la decisión inicial que permite al fiscal dar comienzo formal a la persecución- son tomadas por personas que no sólo no son profesionales del derecho sino que, además, ni siquiera son jueces permanentes⁽³⁾.

En el derecho continental, en cambio, se otorga facultades inquisitivas al tribunal, que van más allá de las tareas decisorias, y se destaca que tales facultades son necesarias por ser, precisamente, la búsqueda de la verdad el objetivo del procedimiento penal. A través de este mecanismo justificatorio se autoriza al tribunal a desempeñar una actividad que excede, ampliamente, el papel estrictamente decisorio propio del Poder Judicial. Así, 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, y también que el tribunal, por ocupar un lugar considerado «neutral», se halla en mejor posición que las partes para alcanzar la verdad. A esta consideración se agrega que -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.

El primer modelo asume que hay diferentes maneras de presentar, apreciar o evaluar las circunstancias de hecho y los principios normativos aplicables

(1) Nos referimos a la ausencia del principio de legalidad procesal (contenido, en nuestro Derecho, en el Código Penal, artículo 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 -diversión-, a la facultad del fiscal de negociar los cargos que constituirán, finalmente, la imputación formal. Sin embargo, cuando el caso llega a juicio, se debe demostrar ante el jurado la verdad de la imputación formulada por el fiscal; la misma obligación de determinar la verdad de la imputación existe, si bien mucho más limitadamente por el carácter propio de la práctica del *plea bargaining*, cuando el imputado se declara culpable a través de un *guilty plea* -con o sin *plea bargaining*, puesto que, si bien esto es lo que sucede en la gran mayoría de los casos, no todas las declaraciones de culpabilidad implican la existencia de un *plea bargaining*- antes del juicio. Es un requisito, en el orden federal, que el juez compruebe de algún modo la probabilidad de que sea cierto el hecho que el imputado reconoce como propio. Por otra parte, en este trabajo el análisis comparativo se realiza a partir de los dos modelos de juicios que ambos sistemas regulan, con lo cual deberíamos dejar de lado el sistema de *plea bargaining*, que permite las condenas sin juicio. Si bien cualquier intento de estudio serio del procedimiento estadounidense debería dedicarse extensamente a la práctica del *plea bargaining*, por ser este el método a través del cual se resuelven más del 90% de los casos penales en los Estados Unidos, en este trabajo nos dedicaremos a analizar ciertos aspectos del juicio de ese país por el significado de sus reglas, que resulta interesante contrastar con las de nuestro procedimiento.

(2) 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, en cambio, 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.

(3) 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 esta garantía no se aplica a los Estados; ver *Hurtado v. California* (1884).

a cada caso y que hay dos partes con intereses diferentes. Esas partes actúan como representantes de un interés que configura una interpretación determinada del caso. El interés por la persecución penal es considerado un interés más, 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, cada parte ofrece la prueba como propia. Existen los testigos de la acusación y los testigos de la defensa. Hay dos partes que pugnan por la construcción de la verdad que servirá de fundamento a la decisión del caso. No sólo se trata de una pugna cuyo fin busca la mejor manera de establecer frente al juzgador la verdad jurídica posible, sino que, además, el mismo método tiene como fundamento un concepto de verdad fundamentalmente comprensivo de los intereses que intentan configurarla.

Se podría sostener que esta configuración del procedimiento se debe a la necesidad de dar entrada a otros valores de rango superior o similar a la averiguación de la verdad. El derecho de contrainterrogar a los testigos de la otra parte se podría considerar, para el imputado, una consecuencia del derecho de defensa⁽⁴⁾, y no un problema conceptual sobre el método para alcanzar la verdad jurídica. Pero 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 para que el procedimiento pueda servir a su fin: **la averiguación de la verdad.**

Es cierto que las garantías que operan en el ámbito de la persecución penal constituyen 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. Sin embargo, al reconocer que las dos partes se enfrentan con una actividad expresiva de intereses concretos y opuestos en la solución del caso, y que éste es el mejor modo de estructurar la participación de los actores para la búsqueda de la verdad que se construirá judicialmente, las garantías procesales no representan sólo aquellos 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, precisamente, para estructurar un método que permitirá construirla a través de la actividad de las partes.

“El derecho de contrainterrogar a los testigos de la otra parte se podría considerar, para el imputado, una consecuencia del derecho de defensa, y no un problema conceptual sobre el método para alcanzar la verdad jurídica”

Cuando el fiscal estadounidense, en el curso de la investigación preparatoria para el juicio, obtiene prueba que puede beneficiar al 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 la eventual condena⁽⁵⁾. La decisión jurisprudencial entiende, simplemente, que no puede existir una persecución «objetiva» por parte de quien es, precisamente, encargado de perseguir. En cambio, envía una señal clara al fiscal, como mecanismo preventivo: si oculta ese tipo de prueba, la condena puede ser revocada, porque se impidió al imputado presentar el caso del modo más conveniente para él. Pero lo más importante que la decisión expresa es que no puede imponerse al fiscal una tarea imposible: no puede esperarse que quien representa al interés persecutorio actúe objetivamente, de modo neutral, tratando de conciliar ese interés con el del imputado

(4) Así, para el modelo continental, MAIER. Derecho procesal penal. Segunda edición. Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 1995, § 6, D.

(5) Las principales decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que impusieron este deber al fiscal, de avisar al defensor sobre la existencia de prueba exculpatoria, son *Mooney v. Holohan*, 294 US 103 (1935); *Brady v. Maryland*, 373 US 83 (1963) y *United States v. Agurs*, 417 US 97 (1976).

que resiste la imputación⁽⁶⁾.

El procedimiento regula la actividad de dos partes que, representando intereses contrapuestos, intentan obtener una construcción de la verdad acorde con esos intereses. Ambas partes, por ser tales, están interesadas en la solución del caso y deben ser controladas. El tribunal y el jurado no participan en la actividad que pretende formular una interpretación determinada de la verdad jurídica aplicable al caso.

El jurado presencia la producción de la prueba, escucha los alegatos y recibe las instrucciones del juez respecto de los cargos y del derecho aplicable. Discute, luego, en secreto y no da razones sobre su veredicto. La imposibilidad de controlar su veredicto unida al significado político de la participación ciudadana en asuntos penales explica el poder del jurado de no aplicar la ley en el caso concreto *-nullification-*, aun en aquellos casos en los cuales la prueba, según criterios continentales tradicionales, indica de modo manifiesto la responsabilidad del acusado⁽⁷⁾.

III. EL PROCEDIMIENTO FEDERAL ARGENTINO.

Pasemos, ahora sí, al procedimiento vernáculo. El sistema prevé que un juez de instrucción desarrolle una investigación, considerada imparcial y objetiva, sobre un hecho eventualmente punible. Este personaje lleva adelante la pesquisa y decide la situación de los posibles responsables.

El fiscal, luego de requerir que se investigue el hecho *-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 quienes considere involucrados. El diseño federal, al conceder la suma de las facultades persecutorias al tribunal *-de modo mucho más acentuado durante la instrucción, pero también durante el debate y su preparación-*, convierte al fiscal en una figura secundaria.

El modelo federal, como otro modelo posible, adopta un esquema que construye la verdad de un

modo diferente a la del ejemplo estadounidense.

Las decisiones estarán a cargo de personas especialmente entrenadas en el campo del saber jurídico. Para alcanzar la verdad jurídica que resuelve el caso, el prisma de la formación difundida en las facultades de derecho resultará imprescindible: la verdad sólo puede ser alcanzada por los iniciados. Esta sola circunstancia ya indica que aquí la verdad se construye de un modo diferente. Pero ésta no es la única señal, la actividad de los intervinientes agrega diferencias respecto del modelo anterior.

La posición activa del tribunal, a cargo de la representación de intereses contradictorios-persecutorios y defensas, con el triunfo inevitable de los primeros, permite afirmar que la verdad puede ser definida de una sola manera, en términos supuestamente neutrales⁽⁸⁾. Se parte de la negación de los diversos intereses que intervinen 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 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 investigadoras y requirentes. Y si afirmamos que quien investiga y persigue no puede ser imparcial para decidir situaciones tales como el **procesamiento** o la **detención preventiva**, no por una cuestión personal sino por su posición investigadora y persecutoria, la afirmación es rechazada porque se trata de jueces, personas que, especialmente según la particular cultura jurídica porteña, son imparciales por definición.

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 sobre la admisibilidad de la prueba en el caso.

La información sobre los antecedentes del im-

(6) El fiscal sólo debe trasladar la información al defensor. Él se ocupará de valorar ese elemento y determinará si le conviene utilizarlo: se respeta el interés del imputado y, al mismo tiempo, se evita el ingreso autoritario al procedimiento de aquello que el Estado, sin consulta, considera favorable para el interés de su contraparte.

(7) Esta facultad puede complicar la tarea del fiscal en cierto tipo de casos. Ello sucedía, por ejemplo, durante la vigencia de la «ley seca».

(8) Sólo intentamos sugerir aquí, sin entrar en mayores desarrollos, que los conceptos de verdad que presuponen ambos modelos de procedimiento son diferentes. El concepto de verdad que sustenta y da forma a ambos modelos de enjuiciamiento sólo coincide en su significado y no en su significado.

No discutimos aquí si es la forma (el procedimiento y sus reglas) la que determina el concepto de verdad de cada modelo o si, por el contrario, es el procedimiento el que resulta determinado por el concepto de verdad que se pretende alcanzar a través de sus reglas.

putado, como regla, no resulta admisible en un juicio penal estadounidense, porque se presume que esta información puede desviar la atención del jurado a una cuestión que no tiene relación alguna con la imputación⁽⁹⁾. Si argumentamos sobre el peligro de la introducción de estos datos, no ofenderemos a ningún miembro del tribunal. La regla trata de evitar que los jurados supongan -como 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 los 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, influye, necesariamente, sobre su percepción del caso⁽¹⁰⁾.

El modelo federal descansa sobre una piedra basal: un concepto de **verdad objetiva**. Se asume que la determinación del hecho y -más insólito aun- la interpretación de datos fácticos a la luz de principios normativos de los que resultan inescindibles, es una apreciación objetiva, realizada de modo aséptico. Se justifica la realización de una tarea imposible: la construcción judicial de una verdad desinteresada, en ejercicio de una actividad investigadora, requirente y decisoria que obliga a la representación de **intereses contradictorios**. Mientras todo el ordenamiento jurídico reconoce como uno de sus **principios generales** la imposibilidad de que un sujeto represente intereses de partes que se hallen en conflicto, este principio es ignorado completamente por ciertos sujetos -los jueces penales- llamados a decidir sobre cuestiones relativas a la aplicación del castigo.

Todo el procedimiento federal es el reflejo de esta creencia. El papel procesal del fiscal y las funciones del juez de instrucción y 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.

El procedimiento inquisitivo histórico estuvo informado por este particular método de construcción de la verdad judicial. Cuando el inquisidor negaba la defensa del imputado, no negaba un derecho, sino que utilizaba el único método que creía posible para averiguar la verdad. La actividad defensiva, formulada la hipótesis persecutoria, sólo podía actuar como impedimento de la verificación de esa hipótesis. Iniciada la persecución, la hipótesis originaria se alimentaba a sí misma y, al mismo tiempo, orientaba la actividad destinada a su confirmación.

Hoy, la noción de delito, definida en términos de infracción de una norma estatal, reemplaza a la vieja idea de pecado. Sin embargo, así como el inquisidor era el único funcionario idóneo para alcanzar la verdad, hoy son los jueces los constructores exclusivos de la verdad judicial. El ilícito penal continúa fundándose en el quebrantamiento de una norma antes que en la producción concreta de un daño a un tercero.

La intervención del imputado sigue reflejando la desconfianza hacia su versión de los hechos una vez que un miembro del Poder Judicial decide que él puede ser culpable. Un buen ejemplo de esta concepción es la declaración indagatoria. El imputado 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**.

IV. LAS PALABRAS DE LA LEY.

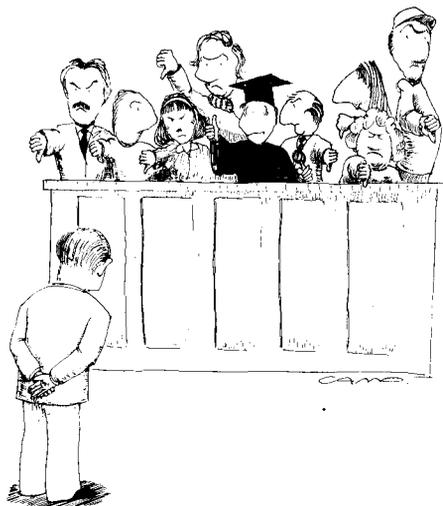
El lenguaje del texto legal ayuda a comprender los presupuestos del modelo. Cuando el juez de instrucción cita al imputado no lo escucha, lo «indaga». La carga de sospecha del término sugiere el valor que se dará a sus explicaciones. La construcción de la verdad condenatoria se realiza por etapas sucesivas que agregan porciones de culpabilidad, del mismo modo que en el procedimiento inquisitivo histórico.

El término «imputado», a su vez, diluye a la figura del acusador y destaca la existencia de una im-

(9) «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. Dado que esta probabilidad es alta, los tribunales presumen el perjuicio y excluyen las pruebas sobre otros delitos, a menos que ellas resulten admisibles para otros propósitos sustanciales y legítimos...». *Drew v. US*, 331 F.2d 85, 88 (D.C. Cir. 1988).

(10) Un caso particular de esta situación es el de los jueces correccionales -que instruyen y juzgan-. El Código Federal también permite, ahora, que quien intervino como camarista confirmando el procesamiento o la prisión preventiva del imputado durante la instrucción integre el tribunal de juicio. Frente a estas violaciones groseras a la garantía de imparcialidad, resulta una sutileza cuestionar las tareas del tribunal de juicio durante la preparación del debate o sus facultades inquisitivas ya en el debate.

putación, de la atribución de un hecho. La persecución se objetiviza, se dirige a la discusión sobre un hecho, y desaparece la atención sobre quien realiza la persecución. La objetivación, paradójicamente, viene acompañada por un proceso de subjetivación. 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. Sólo permanecen, en la escena del procedimiento, dos elementos: el hecho -el delito, este-reotipo del disvalor- y la persona sometida a persecución.



En el ámbito estadounidense, las palabras también brindan señales significativas. El equivalente al «imputado» es el *defendant*: quien se defiende. Una causa federal se llamará, por ejemplo, «*United States versus Smith*». La idea de oposición de intereses es inequívoca; también lo es la identificación de los enfrentados⁽¹¹⁾. Quien se defiende, lo hace porque está siendo atacado, agredido. La expresión no destaca la realización de un hecho sino la circunstancia inequívoca de que alguien persigue (se opone) a quien se defiende. Se relativiza el hecho y, consecuentemente, la posibilidad de la construcción objetiva de la imputación. El conflicto de intereses, las pretensiones opuestas, son el centro de atención en el ámbito del proceso. Por otra parte, en este escenario el juzgador sólo se ve obligado a formular una hipótesis sobre la cuestión que debe decidir luego de que ambas partes completan toda su actividad probatoria y argumentativa. Cada interviniente tiene clara su función; la verdad condenatoria no se asume, debe ser construida a través de la

actividad «dialógica» de las partes, y decidida por quienes entran en contacto con el caso sólo cuando comienza el juicio.

Nuestro procedimiento, en cambio, representa una suma de pasos y etapas tendientes a confirmar la hipótesis persecutoria original. Su modelo de construcción de la verdad orienta la actividad que, de modo circular y tautológico -como señala Ferrajoli- conduce a la confirmación y autojustificación del proceso iniciado.

Si el procedimiento anglo-sajón -efectivamente contradictorio- significa un diálogo entre las partes, el procedimiento federal podría, en ciertos casos, ser definido como un monólogo del tribunal inquisidor -aun cuando en muchos casos el procedimiento no será un monólogo, también es cierto que con seguridad no parecerá un diálogo-.

V. LA CONFESIÓN.

Las reglas referidas a la declaración del imputado representan, en ambos sistemas, un buen indicio de sus presupuestos valorativos. Veamos, primero, cómo funciona el juramento de decir la verdad del imputado en el proceso de los Estados Unidos.

Iniciada la persecución formal, el juez describe al imputado el hecho que el fiscal le atribuye y le pregunta cómo se declara. La pregunta, que no es un pedido de explicaciones, sólo significa, aproximadamente: «¿cómo reacciona usted frente a la imputación?». Las únicas respuestas posibles son: «me considero culpable», con lo cual se evita la realización del juicio y se avanza sin escalas a la etapa siguiente, la audiencia de determinación de la pena; o «me considero no culpable», con lo cual el fiscal, para lograr una condena, debe probar la imputación en el juicio.

En ningún momento, durante el juicio, el imputado recibe preguntas o pedidos de explicación; él puede decidir si declara o no lo hace. El fiscal y el defensor abren el juicio con un breve alegato sobre el caso y, a continuación, el fiscal debe presentar toda la prueba que intenta verificar la imputación. El defensor recién interviene cuando el fiscal termina, y puede introducir prueba o no hacerlo, si considera que la prueba de cargo no alcanza para un veredicto condenatorio. Si produce prueba, el imputado puede declarar, pero lo hará bajo juramento.

La pregunta del juez, al principio del procedimiento, no es un interrogatorio al imputado, sino sólo

(11) Compárese con nuestra forma de mencionar las causas, por ejemplo: «Pérez por estafa».

una pregunta sobre la actitud del imputado frente a la imputación, para determinar si la resistirá (en el juicio) o prefiere no hacerlo. La última opción es posible a través de un *guilty plea* (reconocimiento formal de su responsabilidad penal). El significado y la función de este acto procesal se aprecia más precisamente cuando el imputado, a través de un *plea de nolo contendere*, acepta la imposición de la pena y, a la vez, rechaza su responsabilidad personal por el hecho⁽¹²⁾.

En cuanto al juicio, el imputado es considerado un testigo más y, como tal, sometido al mismo juramento. Él declara del mismo modo que un testigo del fiscal y su testimonio es considerado, en abstracto, en términos idénticos. Por otra parte, nadie lo interroga ni le pide explicaciones, y su decisión de no declarar no puede ser mencionada frente al jurado; tampoco manifiesta expresamente su decisión de no declarar en ejercicio de sus derechos. Aun cuando el jurado conoce la decisión del imputado de no declarar, es posible que ella sea considerada como una decisión estratégica más del defensor, especialmente si el caso indica -como es usual- que las partes sólo seleccionaron las pruebas más importantes.

Más importante aun es el momento en el cual el imputado toma su decisión. Él decide si declara después de que el fiscal presentó el caso, es decir, sólo después de que esta hipótesis ha sido demostrada en cierta medida, y no antes.

En nuestro procedimiento, cada vez que se interroga al imputado, se pide alguna explicación sobre la imputación. Pedir explicaciones supone, necesariamente, asumir que la imputación puede ser cierta o, también, que tiene algo de cierta. En el debate, antes de que el fiscal haya demostrado nada, el juzgado pide explicaciones al imputado. La pregunta, previa a toda actividad probatoria, supone, hasta cierto punto, la responsabilidad del imputado. Las reglas sobre declaración de varios imputados indican la misma suposición: sin presumir su culpabilidad, no tiene sentido excluir de la audiencia a aquellos que declaran últimos. Por otra parte, las reglas sobre el orden de producción de la prueba -del proceso y no de las partes-, no sólo admiten que el orden sea dispuesto por el tribunal, sino también que se produzca prueba exculpatoria antes de

introducir prueba incriminatoria. Antes de incorporar prueba condenatoria que indique, al menos en cierta medida, la responsabilidad del imputado no tiene sentido -a menos que asumamos la responsabilidad del imputado- producir prueba que lo disincrimina, y mucho menos aun cuando se supone que la regla de inocencia anticipada deposita el *onus probandi* en la parte acusadora.

VI. PARA ACABAR.

Las cuestiones tratadas, aunque escasas, sirven para sugerir y destacar algunos de los presupuestos que fundan cada uno de los modelos.

En el modelo estadounidense las facultades de los intervinientes -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.

La participación de jurados en el primer modelo, por otra parte, produce consecuencias que exceden el sentido político que se puede otorgar a esa participación⁽¹³⁾. Al mismo tiempo, la persecución penal articulada en el proceso reconoce la existencia de intereses diversos y opuestos y, además, que la persecución, como hipótesis interesada en la construcción de la verdad, debe ser diferenciada de la tarea decisoria. El proceso que culmina en la decisión posibilita la consideración de los diversos intereses y, también, la no imposición de consecuencias jurídicas consideradas injustas.

El modelo estadounidense 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 difícil. Sus reglas presumen la verdad sobre la imputación en la misma medida en que el procedimiento avanza. El imputado se enfrenta, durante todo el procedimiento, con dos acusadores: el tribunal y el fiscal. La necesidad de averiguar inclina la balanza en su perjuicio y limita su posibilidad de ejercer efectivamente sus derechos. Él es, en todo caso, una víctima del método de indagación elegido para la construcción de la verdad.

(12) La manera usual de declararse culpable es a través de un *guilty plea*. Pero en ocasiones, el imputado usa el *plea de nolo contendere*, que, generalmente, no acarrea el reconocimiento de la responsabilidad civil por el hecho.

(13) Toda la estructura del juicio está condicionada por el jurado. La necesidad de que toda la actividad probatoria se realice durante el juicio, el contenido de las reglas sobre la actividad probatoria, el lenguaje comprensible utilizado por abogados y peritos, son, entre otras, consecuencias de la presencia y función del jurado. Piénsese, por ejemplo, que los jurados ni siquiera se enteran de la existencia de prueba que ha sido declarada inadmisibles, a diferencia de nuestros jueces.

Aunque suene paradójico, no hemos intentado aquí glorificar el procedimiento estadounidense o denostar el propio. El juicio estadounidense no es, hoy, el principal método de atribución de responsabilidad penal en ese país: sólo el 10% de las condenas son resultado de un juicio⁽¹⁴⁾. Por otra parte, nuestro procedimiento y nuestra organización judicial, en aras de la obtención de la verdad que pretende alcanzar, establece un método y una distribución de esfuerzos altamente ineficientes para obtener pronunciamientos condenatorios.

Nuestro modelo procesal actúa, para quienes no resultan perseguidos por la ineficiencia del sistema, como garantía⁽¹⁵⁾. Resulta imposible obtener un alto índice de sentencias condenatorias con un procedi-

miento tan formalizado y burocrático, aun cuando la participación e iniciativa de los jueces, en tareas persecutorias impropias de su función, se suma a los esfuerzos de los fiscales⁽¹⁶⁾. A pesar de la voluntad inquisitiva de sus operadores, la ineficiencia del modelo de construcción de la verdad resulta, hasta cierto punto y paradójicamente, un límite a la persecución obligatoria de todos los hechos punibles que dispone el artículo 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. ☞

(14) Alrededor del 90% de las condenas son el resultado de un *guilty plea*, principalmente por la práctica de *plea bargaining* entre fiscal y defensor, es decir, se impone condena sin juicio. Cf. LANGBEIN, John H. «Torture and plea-bargaining». En: *The University of Chicago Law Review*, 1978-1979, vol. 46, págs. 3-22.

(15) Sólo como límite cuantitativo al poder de persecución penal efectivo del Estado, aunque es claro que no es éste el sentido de las garantías del procedimiento penal.

(16) Esta incapacidad del sistema explica su necesidad de acudir a la «pena de proceso» para regular la imposición de castigo, especialmente a través de la detención preventiva, que se asemeja inconfundiblemente a la vieja «pena de sospecha» de la Inquisición.