

“Prueba y Verdad en la dinámica del proceso Acusatorio”. Reflexiones en torno a las facultades del Tribunal de Juicio.

Por Rubén A. Chaia¹

I-Introducción, II-¿Qué es la prueba?, III-Carga de la prueba, IV-El tribunal de juicio ante la búsqueda de la verdad, V-Distorsiones sobre las funciones del tribunal de juicio: ¿debe buscar la verdad?, VI-Consideraciones conclusivas.

I-Introducción:

En el presente artículo vuelvo sobre un tema que es a mi juicio neurálgico dentro del cambio de esquemas de enjuiciamiento que se intenta en muchas jurisdicciones, en las cuales se va girando en torno a establecer sistemas de corte acusatorios. Digo esto pues si bien todos tenemos en claro que los procesos inquisitivos deben ser erradicados, hemos utilizado alguno de sus pilares en la nueva construcción procesal. Así la búsqueda de la verdad, la carga probatoria y la imparcialidad, en ocasiones se confunden o son mal definidas, con lo cual se corre el riesgo de cambiar todo para que nada cambie.

En las líneas que siguen he de exponer el alcance que sería importante darle a estos movimientos reformistas procurando desterrar de una vez y para siempre la idea de imponerle a los jueces el pesado lastre de buscar la verdad, ¡como si ello fuera fácil!, ¡como si ello fuera posible!, ¡como si ello fuera necesario!.

Para comenzar es imprescindible definir qué es la prueba, desde allí verificar si existe una teoría sobre carga probatoria y en su caso, quien tiene a su cargo probar los

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal, Secretario de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

hechos objeto de una acusación y por último, definir cuál es el vínculo entre la actividad procesal, la verdad y la carga probatoria.

II-¿Qué es la prueba?

Al tratar esta cuestión, es común que frente a frases como “*la sentencia que ha de versar sobre la verdad de los hechos de la acusación, tiene por base la prueba*”², suponemos que el tema no da para más, que hemos logrado aclarar nuestras dudas, que sabemos lo necesario sobre prueba y damos por sentado que la sentencia se construye a partir de la verdad. Ese es tal vez nuestro mayor error. La única certeza que podemos tener en relación a estos temas es aquella que nos impone la necesidad de revisar los conceptos que venimos manejando: ¡es alarmante la confusión que nos aqueja!

Cuando empleamos el vocablo prueba, debemos tener presente que proviene del sustantivo latín *probatio, probationis*, al igual que el verbo *probo, probas, probare* que derivan de *probus* que significa bueno, recto, honrado. Históricamente probar era buscar lo bueno, lo real, lo auténtico, por ese motivo la prueba imponía demostrar algo dudoso. En palabras de ZUFFUS, “*demonstratio indubitabilis et certa fides rei dubiae; fides veri legitimis modis facta causae cognitori; actus aducens rem dubiam in lucem cognitionis*”. De allí se toma la idea de probar como una actividad demostrativa, dirigida a resaltar lo auténtico y eliminar lo falso.

En nuestro medio, llamamos prueba³ a la actividad procesal llevada adelante con el fin de obtener certeza judicial, según el criterio uniformemente utilizado de “verdad

² MITTERMAIER, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, p. 4.

³ Entre otros consultar: BENTHAM, Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 11. MITTERMAIER, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, p. 57, ELLERO, De la Certidumbre en los Juicios Criminales, p. 74. BONNIER, Tratado de las pruebas en derecho civil y derecho penal, p. 5, FRAMARINO DEI MALATESTA, Lógica de las pruebas en materia criminal, p. 95, CARNELUTTI, Lecciones Sobre el Proceso Penal, T. I, p. 290, FLORIAN, op. cit. T. I, p. 43, MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, p. 197, LEONE, op. cit. T. II, p. 155, COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p. 215, JOFRE, Manual de procedimiento, T. III, p. 195, DEVIS ECHANDIA, Compendio de la Prueba Judicial, T. I, p. 22, ALSINA, T. III, p. 224. DOHRING, La Prueba, 1998, p. 15, VELEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal, T. I, p. 341. SENTIS MELENDO, La Prueba, p. 10. FERRAJOLI, Derecho y Razón, p. 130. TARUFFO, La Prueba de los Hechos, p. 84. UBERTIS GIULIO, *Fatto e Valore nel sistema probatorio penale*, p. 89, RUBIANES, Derecho Procesal Penal, T. II, p. 210, PALACIO, La

real”, sobre la imputación dirigida sospechoso o de cualquier otra afirmación o negación que interese, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, que tiende a provocar la convicción del juez, en mayor o menor grado de conocimiento, acerca de la existencia o inexistencia de un hecho pasado o, de una situación de hecho afirmada por las partes, a fin de verificar si se ha vulnerado el orden jurídico y en su caso, imponer la sanción correspondiente.

Como vemos, la prueba no es un concepto unívoco, comprende al menos tres cuestiones: 1) indica el método, proceso, operación o actividad encaminada a comprobar la exactitud de una proposición, 2) hace referencia a los elementos, datos, evidencias o motivos que analizados concretamente al tiempo de tomar una decisión permiten fundarla o motivarla, 3) señala el resultado obtenido, esto es, lo que se tiene por probado.

En este estadio, se preguntarán ¿qué vinculación tiene definir prueba en el marco de un sistema acusatorio?, la respuesta necesariamente tiene que ver con que no existe posibilidad de discutir la implementación de un modelo de enjuiciamiento acusatorio sobre la base de mecanismos de prueba y verdad reinantes en los procesos inquisitivos, mecanismos que pareciera que se han empeñado en continuar su tránsito en las nuevas legislaciones. Por ese motivo, es necesario establecer que se entiende por carga probatoria, quien tiene en sus espaldas esa actividad, y finalmente decidir si es tarea del tribunal buscar la “verdad” de los hechos sujetos a debate.

III-Carga de la prueba:

Si bien no es muy común que se trate esta cuestión, es menos frecuente todavía que se ligue carga de prueba y estado de inocencia, elementos constitutivos del modelo acusatorio. En primer lugar debemos tener presente que nuestro sistema constitucional impone que todo individuo sometido a proceso goce del llamado principio de inocencia, esto en la práctica implica que quien intente demostrar la culpabilidad del imputado

tendrá a su cargo probar que es culpable de un hecho delictivo concreto y por tanto el juez no podrá fundar una sentencia condenatoria en la omisión del acusado de acreditar su inocencia: “*actori incombis probatio, actore non probante, reus absolvitur*”⁴, principio reconocido por la jurisprudencia al señalar: “El juez no puede pretender que el imputado de la prueba de su inocencia y del hecho de no haberla dado no puede sacar argumento para condenar”⁵

En cuanto a la carga probatoria, si bien algunos autores reniegan respecto de la posibilidad de aplicar una regla en el proceso penal y sostienen que debe ser el juez o los órganos predispuestos del estado los encargados de probar los hechos⁶, no debemos perder de vista que los tiempos y sobre todo los sistemas de enjuiciamiento, respecto de los cuales prestigiosos autores opinaban han cambiado notablemente. Hoy es imposible no contar con una regla clara que fije los límites de todos los sujetos involucrados en el proceso.

⁴ GORPHE sostiene que en virtud del principio de inocencia, la carga de la prueba le incumbe al acusador. De la apreciación de las pruebas, p. 27.

⁵ Corte de Casación Italiana, 18/02/1929, en Riv. Ital. di Diritto Penale, 1929, p.531

⁶ cfr. FLORIAN, De las Pruebas Penales, T. I, p. 142 y ss. Para otros autores consideran que poner en cabeza del acusado o acusador la obligación de probar es una fórmula impropia extraída del derecho civil. CAFFERATA NORES, afirma que el principio de carga probatoria no tiene mayor aplicación práctica en el campo procesal penal. La prueba en el proceso penal, p. 35. En igual sentido: JAUCHEN, Tratado de la prueba en materia penal, p. 38 y ss. Entre quienes sostienen que es misión de la acusación suministrar la prueba de los hechos, encontramos a MITTERMAIER, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, p. 4. Con matices: BENTHAM, Tratado de las Pruebas Judiciales, p. 289. MANZINI, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.III, p.200. JOFRE, Manual de procedimiento, T. II, p. 93. Al profundizar este tema, no debemos perder de vista el contexto histórico de estas afirmaciones, pues algunos de estos autores, han analizado la cuestión de la carga probatoria al amparo de sistemas procesales mixtos o inquisitivos, en donde era el juez y en su caso, el propio tribunal el que tenía la obligación de buscar la verdad, por tanto era responsable de la investigación y en su caso, de demostrar la “culpabilidad del reo”. Esta cuestión aparece con nitidez en la obra de MITTERMAIER, quien pone en cabeza del Magistrado la responsabilidad de investigar la verdad aportando las pruebas de cargo y descargo. ver: op. cit. p. 4, 32, 45, 50 y 154. También en MANZINI, al afirmar que el juez no se puede remitir a la habilidad o diligencia de otros, como tampoco puede verse constreñido por lo alegado y probado. Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, p. 202. Vale la pena rescatar la inclinación de FRAMARINO DEI MALATESTA en favor de los sistemas acusatorios, toda vez que si bien señala el deber que pesa sobre el juez de fundar la sentencia sobre pruebas, descarta la posibilidad de afirmar que la obligación de probar le incumba al juez, respecto de quien afirma existe el deber de fallar, de juzgar y como tal no afirma nada, se limita a escoger las pruebas que pueden conducir a la verdad. Lógica de las pruebas en materia criminal, T.I, p. 170. Esta última postura es la que aparece más difundida en la actualidad bajo el influjo de fórmulas acusatorias, en las cuales se da por sentado de que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sea este actor público o privado, asignándosele al Tribunal la función de juzgar desde un sitio en el que pueda ser considerado tercero imparcial.

Es que al amparo de confusas fórmulas tales como “el supremo interés de la sociedad” o “buscar la verdad”, se les han otorgado a los jueces facultades de ser partes y con la lógica de la defensa del “interés o la salud suprema” se han impuesto los mayores sacrificios a la población y se ha permitido la utilización de los más ofensivos e intolerables mecanismos de persecución estatal. Esta fórmula, choca ciertamente con la idea de carga de prueba, pues serían las partes y no el propio juez o tribunal el que cargue con la obligación de probar los hechos⁷.

Pero, más allá de las discusiones que podrían darse, estimo que sería correcto establecer como principio general que le incumbe a quien afirma la existencia y no a quien lo niega, la carga de probarlo: “*onus probandi incumbit ei qui asserit*” o “*probatio incumbit et qui dicit, non qui negat*”, y en este caso será el estado, por medio de sus órganos constitucionalmente establecidos el que tenga a su cargo el esfuerzo de comprobar los extremos que invoca. Utilizando la fórmula propuesta por BONNIER, podemos afirmar que quien pretende innovar debe demostrar que resulta fundada su pretensión, lo que en nuestro medio equivaldría a sostener que quien pretende cambiar el status de inocencia que goza una persona deberá acreditar su culpabilidad⁸.

La verdadera diferencia entre un modelo acusatorio y otro de corte inquisitivo, incluyo aquí los mixtos, es que en estos últimos, se aprecia una evidente confusión de los roles⁹, el juez de instrucción, llamado también “director del proceso”, tiene a su cargo la acreditación de los hechos, el fiscal actúa más bien como su “frontón” y recibe

⁷ Es que la búsqueda de la verdad como objeto o fin del proceso determina que sea el magistrado y no la parte quien cargue con la obligación de hallarla. Tal es la interpretación que hace FLORIAN al sostener que en el proceso penal no puede tener cabida una repartición de la carga de la prueba, argumentando que la iniciativa *ex officio* del juez encuentra sustento en el interés superior que lo mueve, cuestión que termina por eliminar y destruir el concepto de carga de prueba en materia penal. De las pruebas penales, T. I, p. 144.

⁸ BONNIER, op. cit. T. I, p.36. En igual sentido FRAMARINO DEI MALATESTA, al sentenciar que lo ordinario se presume y quien pretende demostrar lo extraordinario, tiene la obligación de sostener su aserto mediante pruebas especiales: esto equivale a afirmar que lo extraordinario se prueba. T. I, p. 156 y ss.

⁹ “*Ipse iudex, non denuntians, si quis adest, de mediis reum convincendi ex officio sollicitus esse debet; quamquam quia omnis criminalis processus a iudice dirigendus est, ubique circa hoc caput huic suprema inspecti, incumbat*”, esto es: “El juez mismo, no el denunciante, si lo hay, debe de oficio buscar los medios para demostrar la culpabilidad del reo, pues aunque todo proceso criminal ha de ser dirigido por el juez, respecto a esto con mayor razón le corresponde velar por tan importante asunto”, BOEHMER, en FLORIAN, op. cit. p. 143. Incluso el juez suplía de oficio la defensa del reo: “*iudex supplere debet defensiones rei ex officio*”.

la causa en aquellas ocasiones que le es corrida en vista, permaneciendo por lo general, la investigación y el expediente mismo, en manos del juez. En esa línea es el instructor, quien determina qué y cómo se prueban los hechos, todo lo cual sella definitivamente que tipo de “verdad” se persigue y con qué medios ha de buscarse. Este verdadero entretenero de funciones termina afectando no solo el principio de defensa en juicio, sino también el principio de igualdad, ya que la acusación contará con un inestimable aliado: el tribunal y como es sabido, quien tiene al tribunal de fiscal, necesita a Dios de defensor.

Como vemos, definir quién carga con la prueba, tiene un impacto decisivo en el curso del proceso: por un lado permite separar nítidamente las funciones de acusación y decisión, en segundo lugar y por otro, impide exigirle al sospechoso una conducta activa a fin de repeler la hipótesis acusatoria esgrimida en su contra. Esto último no es una cuestión menor toda vez que implica la imposibilidad de obligar al ciudadano, acusado de un hecho, a que pruebe su no culpabilidad, puesto que como bien refiere MANZZINI, la prueba negativa, la demostración de la inculpabilidad, constituye un absurdo ilógico y es muestra de iniquidad, puesto que el que se defiende, no tiene en todos los casos la posibilidad material de suministrar la prueba negativa¹⁰. En ese marco, será la acusación la que tendrá el deber funcional de realizar todas las medidas de prueba necesarias para la averiguación de lo sucedido¹¹, en tanto, las partes, podrán proponer la realización de aquellas medidas que estimen conducentes, las que serán o no producidas, conforme decisión que si bien en muchos Códigos Procesales se admite que sea infundada, sería conveniente que sí lo fuera.

¹⁰ MANZZINI, al afirmar la inequidad que constituye obligar a una persona a acreditar su no responsabilidad por el hecho, pone como ejemplo a MONTESQUIU quien decía que si hubiera sido acusado de haber intentado robar las torres de *Notre Dame* hubiera empezado su defensa huyendo. Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III, p. 201. BONNIER por su parte se muestra en contra de aquellos que argumentan dificultad a la hora de probar hechos negativos. op. cit. T. I, p. 44. En ese mismo sentido se despacha FRAMARINO DEI MALATESTA, quien señala que el hecho negativo puede ser probado mediante medios indirectos. Lógica de las pruebas en materia criminal, T. I, p. 158.

¹¹ La necesidad de investigación y la obligación de esclarecimiento de los hechos, que es la finalidad de todo proceso penal, obliga a que sea la acusación la que deba asumir la carga de la prueba. VALLEJO, La Prueba en el Proceso Penal, AD HOC, 2000, p. 48. También: CAFERATTA NORES. Es justo remarcar que esta afirmación para nada implica que el órgano acusador debe, en todos los casos, cargar contra el sospechado. Este es un equívoco conceptual que debe ir revirtiéndose, pues hacer justicia no implica necesariamente condenar al ciudadano que se ha sometido a proceso, incluso debe quedar claro, que es obligación del investigador acopiar todas las pruebas, sean de cargo o descargo.

Por otra parte y sin que implique revertir el principio de inocencia, ha de tenerse en cuenta que si de la prueba incorporada resulta prima facie la existencia del hecho y acreditada la responsabilidad del imputado, es éste quien tendrá sobre sus espaldas la carga de enervar la prueba producida en su contra, o en su caso, aportar datos sobre hechos que podrían extinguir o disminuir su responsabilidad, o realizar planteos que permitan declarar extinguida la acción penal.

Por último, esta fórmula que impone la carga de la prueba a quien acusa exige que el juez condene sólo en función de las pruebas introducidas al proceso y para el caso de que ellas resulten insuficientes, le impone el deber de absolver lisa y llanamente, sin beneficio de duda, porque la duda no es un beneficio, tampoco un regalo, es un estado mental que impide la condena y permite que el inocente siga gozando de ese status.

IV-El tribunal de juicio ante la búsqueda de la verdad:

Una vez que establecemos quien tiene la carga probatoria sobre los hechos en que ha de fundarse una acusación y eventual condena, cuando definimos el rol de las partes y la función del proceso penal, solo nos resta establecer si el tribunal de juicio tiene facultades en orden a buscar la verdad en el proceso penal. A mi juicio, esa función no tiene cabida. Imponer al tribunal esa tarea es un resabio más de un sistema inquisitivo, de bases mágicas en donde los jueces se irrogan poderes sobrenaturales y en nombre de la “verdad” hacían lo que su íntima convicción le marcaba¹².

No obstante ello, es justo reconocer que durante años hemos aceptado a modo de dogma que en el proceso penal se debía buscar la verdad y por sobre todo, colocamos en cabeza del sentenciante tamaña tarea. Me pregunto si alguna vez nos interrogamos

¹² Ese tipo de búsqueda es compatible con jueces capaces de permanecer todo el día encerrados, alejados de las pasiones, arrimados a una estufa en donde sea posible tener momentos de ocio para que broten los pensamientos, tal cual comenta DESCARTES, en su obra Discurso del Método, Losada, p. 33.

qué ventajas o desventajas traía aparejada esa formulación. Intentaré a continuación dar algunas respuestas a esos interrogantes:

1)- Algunas ventajas que trae aparejada la búsqueda de la verdad: a) cuando se condena se hace en nombre de la verdad, lo que alivia la conciencia de quien juzga. b) cuando se absuelve se hace en nombre de la verdad, lo que alivia la conciencia de quien juzga. c) cuando se condena o absuelve, la sociedad se queda tranquila pues todo se hace bajo el influjo de la verdad, lo que deja a todos tranquilos.

2)-Algunas desventajas que trae utilizar el concepto de verdad: a)No es fácil establecer qué es la verdad, b)En caso de existir acuerdo sobre qué es la verdad, no existe consenso sobre qué tipo de verdad se debe buscar, c)Todos coinciden que es imposible de establecer la verdad absoluta en el proceso penal, aún así se sigue buscando, d)Actuar en nombre de la verdad hace posible que el operador quiera asemejarse a tótem o Dios, con el peligro que ello genera, e)Si la sentencia cae por revisión, el sistema queda desprotegido, pues no pueden coexistir verdades antagónicas, f)Buscar la verdad en ocasiones entorpece ver la solución de un problema, g)Buscar la verdad impide detener la marcha aún habiendo cesado el conflicto.

Tampoco creo que estas respuestas podrían actuar a modo de justificativos a la hora de aceptar o repeler la búsqueda de la verdad. Existe una cuestión más importante, de orden conceptual, puesto que hoy preferimos resolver o al menos, redefinir nuestros conflictos en base a un proceso penal, con otras reglas o códigos, conscientes de que ello no fue siempre así, pues es sabido que cada sociedad, produce históricamente sus propios rituales de verdad en régimen de lo que acepta o rechaza como tal¹³.

Así, hubo tiempos en que la verdad no se investigaba, se declaraba a partir de un procedimiento en el cual no importaban las evidencias, más tarde se prefirió buscar la

¹³ MARI, La verdad en la filosofía a fines de nuestro siglo, p. 36, cit. por PEREZ GALIMBERTI, “Una aproximación a la teoría de las ficciones”, en Revista Trilogía, Méjico, abril/agosto 2008. En ese sentido FOUCAULT, nos que nos alerta sobre la verdad enlazada con el discurso del poder, que no hay saber inocente y cómo las prácticas sociales pueden llegar a engendrar esos dominios de saber. La verdad y las formas jurídicas, p. 12 y ss.

verdad en el cuerpo y el alma del propio acusado. Hoy queremos que luego de un procedimiento determinado, sea un juez o un jurado el que nos declare culpables o inocentes. Vemos entonces que esa función ya no esta en manos del rey, los astros, oráculos, magos o brujos, ha sido puesta en manos de una institución judicial creada y adaptada para ese fin.

Es decir, hemos construido una forma pacífica de poner coto a nuestros conflictos y como toda construcción, el producto de ese proceso, esto es “su verdad” es solo eso, un producto, una construcción, una creación, bajo determinadas prácticas, que son aceptables siempre y cuando, se acaten sus reglas y no se violen los límites impuestos fundamentalmente a partir del respeto por la dignidad humana¹⁴. La verdad resulta un atributo, un rótulo que se le coloca al discurso final que se obtiene luego de haber transitado el complejo mecanismo llamado proceso judicial.

Así las cosas, el proceso penal debe ser entendido como un mecanismo que previa selección de los conflictos que va a procesar, permite reconstruir un discurso respecto de hechos pasados. Para que ese producto sea válido, hoy somos contestes en exigir que tenga las cualidades de un modelo acusatorio, esto es que cada parte tenga la posibilidad de exponer y confrontar su hipótesis, contando con amplitud en el ofrecimiento, producción, fiscalización e impugnación de pruebas, lo que nos dará la posibilidad de re-construir un hecho pasado o llegar a la “verdad”, si así quieren llamarla, pero respecto de una proposición y en función de un determinado método¹⁵.

Es que esa “verdad” nos expresará una forma de aceptabilidad, pero no la única, sobre las proposiciones que consideramos “verdaderas”. En tanto, el método para obtener esa construcción debe ser claro, objetivo, preciso y predispuesto, características que sin dudas debe tener el proceso penal.

¹⁴ La búsqueda de la verdad estará limitada por el recorte de los hechos sometidos a juicio, por los datos que se incorporen, por el plazo de duración del proceso, por el respeto por los derechos fundamentales que impiden investigar la inocencia o culpabilidad a cualquier precio, por la prohibición de tortura y en general, por la eliminación ilegal de todo “obstáculo” impuesto por el ámbito de reserva del individuo.

¹⁵ Afirma GUIBOURG, “cuando llamamos verdadera a una proposición, nuestra afirmación se funda en cierto universo de decisiones metodológicas previas, de modo que toda verdad depende de (guarda relación con) el sistema de pensamiento que le sirve de marco”. La construcción del pensamiento, Colihue Universidad, 2.006, p. 66.

Ello así pues en el proceso, a instancias de las partes, se seleccionarán aquellos elementos que permitan reconstruir lo sucedido y llegar a un estado de certeza positiva o negativa en quien juzga. Esa certeza se encontrará amparada en el soporte empírico de elementos fácticos racionalmente analizados, de modo tal que coloquen al sujeto que decide en condiciones de hacerlo más allá de toda duda razonable. Y la selección de hipótesis y elementos, hará siempre que se recorten los datos de una realidad inconmensurable, por tanto, la construcción procesal será un resultado relativo, encorsetado y limitado por el propio fin del derecho penal que no es más ni menos que un instrumento que permite –o debiera hacerlo- mantener cierta paz social en un determinado territorio, sea a partir de la protección de bienes jurídicos o de impedir la pérdida de vigencia de la norma¹⁶.

Con lo expuesto hasta aquí, es claro que no considero posible alcanzar la verdad en el proceso penal ni en el proceso civil, ni en ningún otro proceso, pero tampoco creo que deba ser un propósito que nos quite el sueño. Sí creo posible, a partir de pruebas obtenidas legítimamente, asegurando el derecho a la contradicción, a un juicio oral y público presidido por un tribunal imparcial, es posible llegar al convencimiento necesario y razonable como para tener la certeza de que un hecho ocurrió –o no- proclamándose exacta la proposición que lo enuncia y a partir de allí, eventualmente aplicar una sanción penal. Ese producto, esa sentencia, emanada de un mecanismo legal o proceso, portará una verdad emanada del propio sistema, siempre limitada, siempre recortada y acotada, pues se ha construido en función de un método socialmente aceptado.

En síntesis, si bien la búsqueda de la verdad en el proceso penal, fue entendida en un principio como garantía del justiciable, más tarde permitió el más duro absolutismo y en manos de fanáticos se convirtió en un pesado lastre, pues no hemos

¹⁶ Según la postura que se adopte, ver: ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?”, en Fundamentos político-criminales del Derecho Penal, p. 117 y ss., del mismo autor: Derecho Penal PG., Civitas, Madrid, 1.997, p 52 y ss. También consultar: STRATENWERTH, Derecho Penal, P.G., Di Plácido, 1.999, p. 4 y ss., SILVA SANCHEZ, La expansión del Derecho Penal, Di Plácido, 2.006, p. 11 y ss., JAKOBS, cfr. “Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, entre otros.

tenido en cuenta que siempre es construida desde el poder. Estimo por tanto que es necesario redefinirla para que en verdad opere como una garantía. Para eso es preciso establecer en cabeza del estado la obligación de asegurar un “proceso limpio” que culmine en un juicio justo, resuelto a partir de una sentencia motivada en los hechos controvertidos y el derecho aplicable, con una exposición clara de los argumentos determinantes de la decisión adoptada, todo ello, en un plano de igualdad partitiva y previa confrontación de hipótesis.

La argumentación racional es entonces el centro de la actividad judicial, el magistrado no sólo debe guiar el proceso por el camino de la legalidad, sino que debe brindar las explicaciones sobre lo que hace o deja de hacer, propendiendo a buscar fundamentos que puedan ser en cierta manera objetivables, rebatibles, controvertidos, incluso revisables por instancias superiores y controlados por la sociedad¹⁷, cobrando un papel preponderante la publicidad de todos y cada uno de los actos judiciales, en especial el juicio¹⁸. En definitiva, el proceso debe permitir a las partes verificar sus hipótesis y rebatir aquellas que no consiente, en tanto el tribunal deberá facilitar esa tarea y al resolver, expondrá las razones en que funda su decisión, decir por qué acepta y adopta tal o cual postura dentro de su actividad.

Se pretende que el juez se someta al derecho como garantía de independencia judicial¹⁹ y desde allí exhiba un saber prudencial, concebido a partir del debate previo, del ejercicio de la defensa en juicio del imputado, de escuchar el reclamo de la víctima y del representante del estado, más no se tolera que sus decisiones sean el fruto de la intolerancia, de la autoridad férrea con la cual ejerce su cargo, no puede jamás asimilarse alcanzar una solución justa con convertir al proceso en el producto del más salvaje autoritarismo.

¹⁷ “La motivación de la sentencia es el medio práctico que hace posible el control de la sociedad mediante examen posterior al que ha hecho el juez”. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, p. 58.

¹⁸ Como advierte FRAMARINO DEI MALATESTA, la motivación de la sentencia y la publicidad del debate, hacen a la calidad de la convicción, permitiendo que la justicia penal se convierta en una función social y no sea la arbitrariedad más o menos “hipócritamente disfrazada del hombre sobre el hombre”, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, p.58.

¹⁹ ATIENZA MANUEL, *Tras la justicia*, p. 17.

Al exigírsele que aprecie las pruebas en conciencia, se le pide que no se deje guiar por sus instintos, que un subjetivismo extremo no se apodere de sus resoluciones pues el proceso penal no debe asimilarse a un juego de magia, no se puede permitir que el mago que nos ha tocado en suerte, coloque un pañuelo en la galera y saque un simpático conejo blanco. El proceso no puede transformar la esencia de los hechos debatidos en él, podrán ser valorados de una u otra forma, pero un homicidio jamás podría “convertirse” en un libramiento de cheques sin provisión de fondos.

Con esto se busca y se exige que el juez tome decisiones correctas y controlables. La obligación de motivar las sentencias, es entendida como la exposición de motivos racionalmente fundada de los argumentos por los cuales ha llegado a una determinada valoración. Y si bien la eliminación de toda arbitrariedad es una meta imposible, debe darse un giro al concepto de certeza jurídica, que no significa haber atrapado la verdad sino que es más bien demostrar que se ha llegado a un grado de convencimiento tal que le permite al juzgador tomar una decisión sobre toda duda razonable²⁰, con lo cual se tiende a maximizar el apego por el derecho y minimizar los riesgos de tomar decisiones voluntaristas, imprevisibles, arbitrarias.

V-Distorsiones sobre las funciones del tribunal de juicio, ¿debe buscar la verdad?:

Como vimos el estado de inocencia no debe ser construido por el sospechoso, más bien es el acusador, público o privado, quien debe acreditar los extremos que lo destruyan mediante una decisión condenatoria proveniente de un tercero imparcial. En este aspecto debemos establecer cuál será la actividad del tercero llamado a resolver la contienda. Exigimos que el juez condene al culpable y absuelva al inocente. Para ello tenemos que optar entre colocar al juez como funcionario que permite el enfrentamiento del titular de la acción penal con el defensor técnico, garantizando la plena igualdad de armas, decidiendo oportunamente quién de los adversarios ha logrado convencerlo o bien, permitir que se involucre en la teoría del caso de cada parte, que tome partido y pueda que pueda tener una actividad indagatoria propia.

²⁰ En esa línea: LUIS GARCIA RESPTREPO, Elementos de lógica para el derecho, p. 30.

En esa línea, ¿el juez puede interrogar al testigo, perito o imputado?. ¿Podrá el tribunal repreguntar, ampliar puntos de pericias, solicitar explicaciones, ordenar inspecciones oculares u otras actividades?. ¿Es posible para el juzgador ordenar medidas y mantener la imparcialidad?. La respuesta a estos interrogantes no es sencilla, los códigos modernos han elaborado dos variantes: 1) que el tribunal prescinda de toda actividad o bien, 2) que el tribunal pueda quitarse las dudas, interrogando a los testigos, tal el caso del artículo 440 del Código Procesal Penal de Entre Ríos o el artículo 294 del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación.

Aunque es muy opinable esta cuestión, creo que en el primer caso se esta más cerca de una verdadera práctica de litigación, en el segundo, se continúa en la senda del juez que indaga, que busca, que persigue la verdad de los hechos, ¿acaso un resabio más del juez-investigador?. Esta actividad realizada por jueces implica que han abandonado su posición de imparcialidad conceptualmente vinculada a la función de juzgar. Ni hablar si además de esta posibilidad se lo interroga de manera previa sobre las llamadas “generales de ley”, pues en ellas, en ocasiones, se agota el interrogatorio, quedando así el acto en manos exclusivas del tribunal²¹.

Si queremos jueces que sean solamente jueces, no existe más alternativa que impedirles cargar contra los sospechosos o decretar medidas de oficio que puedan llevarlo a una segura condena. Es que su tarea es juzgar, no sospechar del inocente sometido a proceso. Pero la imparcialidad no se agota en la imposibilidad de ordenar pruebas que puedan ser incriminatorias, pues tampoco puede socorrer al acusado ante la inacción de su defensa, pues en ese caso, tomo aquí una frase que he escuchado y

²¹ Así el artículo 440 del C.P.P. de Entre Ríos (también el artículo 293 del mismo digesto), establece que la persona citada a declarar en primer lugar será interrogada por “las circunstancias que fuesen necesarias para valorar su declaración”, cuestión que debería quedar en manos de la parte que ofrece al testigo. El marketing del testigo, su idoneidad, hombría de bien, conocimientos o lo que fuere para acreditar solvencia, debe quedar a cargo de cada parte y en el otro extremo, la desacreditación del testigo y su testimonio, en manos del contrincante. De ese juego, el tribunal podrá valorar tanto al testigo, como lo que ha dicho.

readaptado: “al imputado le convendría tener un defensor inepto, así el tribunal, le facilita su defensa”²².

Cuando se piensa en dotar al tribunal de este tipo de prerrogativas, no tengo dudas que en cierta forma se cristaliza una vez más la desconfianza hacia el acusador público o privado, a quienes se lo ha visto tradicionalmente como sujetos incapaces de dirigir la investigación preparatoria o de aportar los elementos de prueba necesarios para el juicio oral y público. Como contrapartida a este menosprecio funcional, se ha sobrevaluado el rol del magistrado, quien una vez nombrado, pareciera que por arte de magia le brotan cualidades inmanentes al cargo y transforman a ese funcionario en un súper hombre que todo lo ve, todo lo sabe y todo lo siente.

Este tipo de medidas era muy común en los códigos mixtos, pues garantizaba la permanencia en la etapa plenaria de la epistemología inquisitiva de verdad real y oficiosidad²³. Pero repasando la historia reciente, hemos podido comprobar que los largos años de reinado del proceso mixto, no garantizaron la infalibilidad del sistema, ni su mejor funcionamiento. Es que la instrucción suplementaria se convertía en una nueva instrucción, arrastrando todos los vicios de esa instancia preparatoria y su actividad en muchas ocasiones se proyectaba sobre el juicio oral y lo invadía de manera tal que condicionaba el resultado del debate.

En definitiva debemos entender de una vez por todas que quien decide debe ser un tercero imparcial y como tal no debe verse involucrado en la contienda judicial, no debe auxiliar a las partes, ni suplir su inacción. Quien juzga tiene que limitar su labor a apreciar, a asignarle valor a los elementos de prueba que se incorporen en contradictorio oral y público, manteniendo la equidistancia parital²⁴. Esta limitación no

²² Pertenece al Dr. CARLOS CHIARA DIAZ, de su última conferencia en las jornadas de Derecho Penal, del mes de septiembre de 2008, en la ciudad de Gualeguay.

²³ Esta cuestión surge con nitidez en el pensamiento de VELEZ MARICONDE, para quien el Tribunal no debe limitarse a verificar las proposiciones de las partes pues tiene el deber de investigar la verdad real. Derecho Procesal Penal, T. I, p. 349 y ss.

²⁴ Entre quienes admiten las pruebas de oficio como parte de las facultades del tribunal a la hora de decidir encontramos a: GORPHE, De la apreciación de las pruebas, p. 38. DEVIS ECHANDIA, Compendio de la Prueba Judicial, T. I, p. 40. VELEZ MARICONDE, Derecho Procesal Penal, T. I, p. 350. En la posición contraria: CAFFERATA NORES, La prueba en el proceso penal, p. 38.

significa que el magistrado deba ser ajeno al pleito, tiene la obligación de dirigir de manera conducente los rumbos del debate, de llamar la atención de las partes cuando éstas pierdan ese rumbo, de mantener un orden que permita litigar, en definitiva deben garantizar el desarrollo de un debido proceso.

VI-Consideraciones conclusivas:

Con lo expuesto hasta aquí he querido llamar la atención sobre tres temas medulares en torno a la eventual implementación de códigos procesales de corte acusatorios y en particular sobre las facultades de indagación acordadas a los tribunales:

1-La primer cuestión es que es deber del legislador establecer claramente los límites de las facultades del tribunal o juez a fin de que la idea de que sea un tercero imparcial no se diluya ante su desubicado protagonismo. Ha de quedar claro entonces que la carga de perseguir sólo puede estar en manos del acusador, en tanto la carga de defender, será exclusiva del defensor.

2-En segundo lugar, estimo que imponer al tribunal la búsqueda de la verdad es un despropósito, pues esa función es incompatible con la idea de imparcialidad. Si permitimos que el tribunal se “saque las dudas” en todos los supuestos que a su juicio ella aparezca, la duda dejará de operar en favor del reo, y con ello, es posible destruir el estado de inocencia a partir de una duda, pues ella permitirá al Juez, “supuestamente el tercero imparcial”, exprimir la prueba a favor de una hipótesis determinada, interfiriendo de manera decisiva en una controversia en la que resulta ajeno. Muchos sostienen la necesidad de implementar el juicio por jurados, a alguien se lo ocurre pensar que un miembro del jurado estadounidense pueda levantar la mano y en pleno juicio comience a realizar preguntas “aclaratorias”. Seguimos combinando modelos, cambiando leyes y pensando como antes.

3-Como tercera cuestión, quisiera que reflexionemos ¿si es posible que el órgano encargado de la acusación pueda llevar adelante una actuación imparcial?, creo que no. No se le puede pedir a quien acusa que sea neutral. Si se le impone esa carga, entiendo

que se corre el riesgo en transformarlo en un juez instructor. Sería conveniente hablar de una labor imparcial, sólo del Tribunal, en tanto, al fiscal hay que dejarlo elaborar su hipótesis de trabajo, su teoría del caso, en función del esclarecimiento de los hechos y al amparo irrestricto de la legalidad. El tribunal será el director del debate, el fiscal de la investigación. En ese orden, ambos deberán rendir cuentas por su trabajo.

Como síntesis, podemos afirmar que la “verdad” no se asume, no se tiene de antemano, no se otorga, no busca en el pensamiento de quien juzga, no resulta azarosa o sujeta a mágicos métodos, se construye de manera dialógica, pues así lo hemos querido cortar con nuestros conflictos, así se permite llegar a un castigo o a una absolución, mañana tal vez la concibamos de otra forma. Hoy debe ser el fruto de una construcción judicial a partir de la exposición y el libre debate o confrontación de distintas y parcializadas hipótesis sobre un mismo hecho. Esa “verdad” forjada con la participación activa de la acusación y la defensa, debe ser respetuosa de la dignidad humana, libre de arbitrariedades y fruto del estricto apego por las reglas procesales que vienen a actuar como una especie de filtro, límite necesario a la actividad represiva estatal con el fin de evitar los consabidos abusos del poder.