

Un sistema acusatorio para una consciencia cultural inquisitiva Hacia una epistemología dialéctica cognoscitiva

Eduardo Aníbal Aguayo¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Una nueva forma de validar el conocimiento: ¿qué lugar ocupa la Verdad en todo esto?; III.- Una nueva forma de validación del conocimiento: ¿dónde queda la pregunta por el concepto de derecho?; IV.- Una nueva forma de validar el conocimiento: la pregunta por el sistema adversarial; V.- El sistema adversarial, la dialéctica cognoscitiva y el gobierno de la prueba.

RESUMEN: El nuevo Código Procesal Penal Federal presenta desafíos de comprensión que recorren no sólo un nuevo enfoque normativo, sino que extienden las complejidades a las raíces mismas de nuestra cultura jurídico penal. Nuestra tradición ha recibido la influencia del proceso continental europeo, con la herencia de la exégesis francesa y el sistematismo alemán, ahora interpelado por el derecho anglosajón, el proceso adversarial y la oralidad; contracasas del modelo inquisitivo y la verdad histórica o material. Las relaciones entre estas corrientes ha dado lugar a una concepción cultural en nuestro medio, en donde las relaciones entre acusatorio e inquisitivo trascienden lo normativo y se funden en pilares arraigados en sedimentos precomprensivos de las normas y los valores o axiomas en donde se anclan las premisas del ordenamiento en su conjunto. Las relaciones entre los sistemas acusatorio e inquisitivo, continúan en disputa a pesar de lo avanzado de las regulaciones y allí se dirige la empresa de este trabajo. Alcanzar un

¹ Abogado UBA. Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación

recto entendimiento de una nueva metodología que trabaja con un concepto de verdad que operará sobre un diseño de litigio con protocolos propios para la validación del conocimiento en el proceso. El esquema de partes, el diálogo como razón epistemológica y la pragmática articulación de la prueba como fundamento de las narraciones jurídicas en juego, serán puntos imprescindibles para una nueva mirada de la arquitectura procesal penal.

PALABRAS CLAVE: Código Procesal Penal Federal - Proceso adversarial - Oralidad - Sistema Acusatorio - Sistema Inquisitivo - Verdad en el proceso penal - Derecho Procesal Penal - Prueba - Proceso Penal.

I.- Introducción

El nuevo Código Procesal Penal Federal ha reproducido en términos sustanciales la ley 27.063 que introdujo en la legislación procesal penal federal el denominado modelo acusatorio. La ley 27.482 trajo consigo una serie de reformas en el articulado, lo cual fue ordenado en un texto correlativo a través de la remisión al ejecutivo ordenada por el art. 67² de ese cuerpo legal, concretizado en el decreto 118/2019 (texto ordenado 2019).

Este diseño procesal tiene una gama variada de matices que han de ser expresiones más o menos puras de la razón fundante de la lógica del sistema. Las caracterizaciones del modelo vendrán dadas por principios procesales, que tanto en la ley 27.063, como en el texto ordenado bajo la rúbrica nueva, se encuentran en el art. 2.

Se establecen así los principios del proceso acusatorio como cualidades específicas que definirán la expresión concreta del modelo, esto significa, el matiz particular que adoptará. El texto enumera los de *igualdad* entre las partes, *oralidad*, *publicidad*, *contradicción*, *concentración*, *inmediación*, *simplicidad*, *celeridad* y *desformalización*. A su vez establece que estos principios deben observarse durante todo el proceso, lo cual refuerza la operatividad de aquéllos como una matriz o prisma a través del cual debe pensarse el sistema de enjuiciamiento criminal, y coloca al modelo dentro

² “Art. 67.- El Poder Ejecutivo confeccionará y aprobará un texto ordenado del Código Procesal Penal Federal aprobado por el artículo 1º de la ley 27.063, sin introducir ninguna modificación en su contenido, salvo lo indispensable para su remuneración”.

de los concebidos como de “tercera etapa”, que incluyen la oralización de la etapa preparatoria entre otras instituciones³.

Hay otros aspectos que serán importantes para precisar el enfoque y conocer hasta dónde tienen implicancia los principios y en su defecto cómo habrán de ser interpretados para definir la expresión del modelo procesal. Con esto nos referimos a la **concepción epistemológica de la dialéctica cognoscitiva que propone el sistema acusatorio**, al concepto de verdad y como tal, al punto de partida de cómo se piensa el derecho.

II.- Una nueva forma de validar el conocimiento: ¿qué lugar ocupa la Verdad en todo esto?

Desde un punto de partida epistemológico, el sistema de administración de justicia se piensa y diseña en función de fines formales, establecidos prescriptivamente en la ley. La organización del proceso representa la estructura en función de la cual discurrirán los conflictos y los resultados prescriptos para ellos. Ese desarrollo ha sido guiado por diversas aspiraciones o pretensiones, vinculadas con lo que se busca de toda disciplina que se precia en tanto productora de conocimiento. Aquello que habrá de tenerse por conocido, por cierto, buscará el reconocimiento de verdadero, en los términos y con los alcances que el marco jurídico habrá de permitir –en función de las limitantes derivadas de las reglas de funcionamiento del sistema procedimental-.

Con los recaudos de la aporía que significa hablar de nuestro sistema procesal penal actual -en tanto es difícil sostener que nos encontramos regidos en un todo por el código Levene-, la ley 23.984 establece finalidades expresas para el proceso bajo la nomenclatura “instrucción”, una denominación que en la praxis fagocitará el protagonismo a la etapa oral y será la marca de agua del esquema mixto. En efecto, el art. 193 CPPN prescribe que la instrucción tendrá por objeto comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad (inciso 1°).

Como se dijo, la expresión de todo modelo procesal se define en función de las cualidades que le dan contenido; qué características inscriben a un modelo procesal en los denominados inquisitivos y cuáles lo harán en lo acusatorio, no es una taxonomía que tenga un inventario fijo. Los principios mencionados en el

³ LEDESMA, Ángela Ester, *La reforma procesal penal*, 1era edición, Rosario, Ed. Nova Tesis Editorial Jurídica, 2005, p. 33.

citado art. 2 del CPPF, son los que hacen lo propio con el modelo que se avecina. Aquí vale entonces la advertencia, pues la relación entre cada uno de esos principios no es propia de una “naturaleza” del modelo acusatorio, sino más bien propia de la arquitectura legal que diseña el legislador, en función del objetivo procedimental que la reforma tiene en sí.

En esta línea se dijo “La distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo puede tener un carácter teórico o simplemente histórico. Es preciso señalar que las diferencias identificables en el plano teórico no coinciden necesariamente con las detectables en el plano histórico, por no estar siempre conectadas entre sí lógicamente... Como es obvio, la construcción teórica de los dos modelos y la decisión sobre lo que en ellos es esencial y lo que es, por el contrario, contingente, son ampliamente convencionales”⁴.

De tal manera, habrá que desambiguar relaciones entre principios que se consideran concebidos al unísono y al mismo efecto, mientras que la realidad nos indica que pertenecen incluso a tradiciones culturales de ámbitos jurídicos disímiles.

En particular y en lo que a efectos de este artículo interesa, sólo queremos destacar la relación entre la verdad y el sistema acusatorio. Un breve recorrido histórico nos revela que no siempre fueron de la mano. En el derecho germano antiguo, hasta el siglo VII, existía un ordenamiento jurídico que se articulaba ante el quebrantamiento de la paz comunitaria. El sistema de enjuiciamiento era uno de tipo acusatorio privado, en el que había un sentido de lo subjetivo que guiaba la contienda, donde la verificación era un procedimiento dirigido a otorgar la razón mediante signos exteriores que la revelen. Aquí no había búsqueda de la verdad en sentido esencialista y el proceso era público y oral. En el derecho griego, se establece el tribunal popular que obtiene legitimidad en la soberanía comunitaria. El proceso adquiere paridad entre acusador e imputado y se desarrolla de manera pública y oral. Con el advenimiento del derecho romano, se pueden observar matices a lo largo del tiempo y en función de los diferentes lugares y organizaciones políticas que se configuraron. Desde la *cognitio y provocatio ad populum*, se pasa a los *comicios, la quaestio, accusatio o iudicium publicum*. Ya en la era imperial opera una nueva transformación del enjuiciamiento penal, donde los ciudadanos son desplazados por funcionarios oficiales que se encargaban de la persecución del delito, dando lugar al nacimiento de la persecución penal pública. La vuelta a los

⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 563.

magistrados, la actuación de oficio y la documentación escrita del proceso donde el secretismo gana espacio, constituyen los puntales que derivarán en el sistema de enjuiciamiento de la Inquisición. Es a partir del siglo XIII, que el cambio político en el sistema feudal, el acceso al poder de los regentes locales, deriva en la conformación de los absolutismos monárquicos que en la modernidad dio paso a los Estados-Nación.⁵

La expansión del derecho derivado de la conformación en el año 800, con la coronación de Carlomagno, del Sacro Imperio Romano Germánico, tuvo la influencia, el poderío y la organización para impregnar Europa de la cultura jurídica romano-canónica, con la excepción de Inglaterra, que resistiría los avances del imperio y permitiría conservar tradiciones que luego se traducirían en el sistema de derecho anglosajón.

Entre la caída del imperio romano de occidente y el advenimiento de la Inquisición, en los adentros de un vasto territorio de una organización política con el poder atomizado, el proceso penal tuvo una vuelta a sus raíces acusatorias confundiendo “...en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales, evolucionando después en la forma de la *disputatio* y del contradictorio, elaborados entre el fin del primer milenio y el siglo XII, y desarrollándose y consolidándose en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del *adversary system*”⁶.

La organización feudal se basó en el privilegio y condujo desde las entrañas de la Inquisición a la irracionalidad en el enjuiciamiento penal, donde el sujeto pasó a ser objeto de prueba, donde la tortura dio paso a la prueba por antonomasia: la confesión; “...bajo formas todavía más terribles y feroces [que los crímenes de lesa majestad con la Constitución de Federico II], en el proceso eclesiástico por los delitos de herejía y brujería, donde el ofendido era Dios, y, por ello, la acusación era obligatoria y pública, y la investigación de la verdad no admitía incertidumbres, ni toleraba el contradictorio, exigiendo, en cambio, la colaboración forzosa del acusado”⁷.

En este marco la batalla cultural y política contra la irracionalidad fue uno de los motores de la Ilustración. Una nueva organización político-social abrigó una

⁵ Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, Tomo 1b, p. 24 y ss.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 563.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 565.

fuerte corriente de interpelación a las formas del feudalismo, estableciendo una nueva visión sobre el sujeto y su dignidad como tal.

A través de diferentes pendulaciones, el sistema acusatorio, adversarial, fue ganando posiciones hasta nuestros días y las reformas de la región son prueba de la adopción de este sistema.^{8 9}

Se dirá que “Cualquiera sea la posición a la que adscribamos, para considerar que el modelo de enjuiciamiento criminal responde al sistema acusatorio como modelo omnicomprendivo de una serie de características que se manifiestan en todas las etapas del proceso y con relación a la conformación e integración de sus órganos como un *totum revolutum* de principios y reglas que tienen sustantividad propia, o simplemente entendamos que las normas referidas al juicio penal constituyen una manifestación únicamente del principio acusatorio, que resuelve esencialmente tres cuestiones: no hay proceso sin acusación y ésta debe ser formulada por persona ajena al tribunal sentenciador, que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada y que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad”¹⁰.

Resulta inevitable asociar (juicios de valor mediante), el nexo existente entre el sistema acusatorio y el modelo garantista y por otra parte, el sistema inquisitivo, el modelo autoritario y la eficacia represiva. “(E)sto hace todavía más esencial distinguir en el plano metodológico, con toda claridad, la noción teórica y convencional de los dos modelos, de la reconstrucción de sus rasgos empíricos en las diversas experiencias históricas, para evitar operaciones ideológicas de falsificación histórica, o construcciones teóricas lógicamente inconsistentes y axiológicamente inservibles”¹¹.

Es un acierto metodológico el que propone Ferrajoli, pues a través de la visibilización del lugar que ocupa la configuración adecuada de los rasgos que constituyen la expresión del modelo acusatorio que histórica y normativamente ha concebido el devenir de la cultura jurídica argentina, es posible entender el modelo, o como hemos dicho previamente, la expresión específica de su diseño. La opción

⁸ BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal. Hermenéutica del proceso penal*, 1era Edición, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, Tomo I, p. 31 y ss.

⁹ LEDESMA, Ángela Ester, op. cit., p. 16/20.

¹⁰ LEDESMA, Ángela Ester, op. cit., p. 41.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 563/4.

constitucional de 1853 se inclinó por un liberalismo político impregnado de las ideas de la Constitución de EEUU y el *common law*. Más allá de los extravíos reglamentarios, como el código de procedimientos para la justicia nacional de 1888 y la influencia de la ley de enjuiciamiento española, la decisión constitucional fue y es clara, en tanto estructura un sistema de garantías vinculadas a la tutela del individuo frente al poder punitivo del Estado¹².

Ha dicho la Corte Suprema en el caso “Casal”¹³, que la Constitución Nacional argentina “optó por un proceso penal abiertamente acusatorio”, y es conforme a los principios y lineamientos de este sistema bajo los cuales debe observarse rigurosamente la intervención de los sujetos procesales, entre ellos, el rol del juez como tercero imparcial que implica que será el encargado de conocer y decidir sobre las pretensiones de la acusación y de la defensa.

En el caso “Amodio”, si bien la mayoría resolvió aplicar el art. 280 del CPCCN, el voto de Zaffaroni y Lorenzetti ingresó al fondo del caso y su texto se enlaza con afianzar la doctrina esculpida en distintos pronunciamientos que reiteran el carácter acusatorio de nuestro modelo constitucional.¹⁴

En acuerdo con esta línea jurisprudencial de nuestro máximo tribunal, la doctrina ha sido clara en refrendar el carácter bilateral del proceso derivado del denominado derecho internacional de los derechos humanos, cuyas normas encuentran recepción en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y que integra en el decir de Cafferata Nores un bloque axiológico-normativo-interpretativo que deja en claro el carácter bilateral del proceso, donde se presupone el resguardo de

¹² LEDESMA, Ángela Ester, op. cit., p. 39/40.

¹³ CSJN, Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—, C. 1757. XL., rta. 20/9/2005.

¹⁴ CSJN, fallos 330:2658. Allí se sostuvo “Que si bien el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado por nuestra legislación procesal penal nacional (ley 23.984 y modificatorias) pertenece a los denominados “sistemas mixtos”, la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”.

las garantías del imputado a través del respeto al debido proceso.¹⁵ En el caso “Sandoval David”¹⁶, la Corte estableció la inclinación hermenéutica sobre el modelo constitucional.

El lugar de la Verdad en la confrontación de sistemas (acusatorio/inquisitivo), tiene especial vínculo con corrientes de pensamiento y sus procesos históricos, que han marcado profundamente la mirada de occidente sobre la realidad y por supuesto sobre el proceso penal y el sistema de enjuiciamiento criminal. Particularmente encuentro tres marcadores que la historia del pensamiento nos ofrece para explicar el poderoso anclaje de estas ideas en la actualidad del sistema mixto que gobierna la idiosincrasia judicial al menos en el ámbito federal (y nacional ordinario), cuya conciencia cultural trascenderá cualquier cambio normativo que no contemple este fuerte arraigo de la tradición jurídica argentina.

Por un lado, el pensamiento aristotélico-tomista, de índole esencialista, postula una suerte de conocimiento racionalista ontológico, donde lo determinante en el acto de conocimiento es el objeto que se revela al sujeto. Maier dirá que siglos

¹⁵ CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da edición, ed. CELS, Buenos Aires, 2008, p. 16 y ss.

¹⁶ CSJN, fallos 333:1687; “14) Que esta Corte tiene dicho que Juan Bautista Alberdi y los constituyentes de 1853 optaron por el modelo norteamericano, originariamente opuesto por completo al euro-peo, su antípoda institucional, y que el Poder Judicial norteamericano “no era jerarquizado ni corporativo, sino horizontal, con el control difuso de constitucionalidad...” (Fallos: 328:3399, considerando 11). A su vez, en el mismo precedente esta Corte afirmó que “el proceso penal de un sistema judicial horizontalmente organizado no puede ser otro que el acusatorio, público, porque de alguna forma es necesario compensar los inconvenientes de la disparidad interpretativa y valorativa de las sentencias. De allí que nuestra constitución previera como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público”; concluyendo que la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa “no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio” (vid. considerando 15)...” Así también “16) Que en los denominados sistemas mixtos la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y del principio contradictorio, requerimientos que, por cierto, no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)”.

más tarde y con base en la teórica del giro kantiano¹⁷ y la razón dialéctica sujeto-objeto que propone el filósofo, que la verdad “...representa un juicio sobre una relación de conocimiento, esto es, el juicio de que esa relación de conocimiento entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer ha culminado con éxito, conforme su finalidad, pues existe identidad, adecuación o conformidad entre la representación ideológica del objeto por el sujeto que conoce y el objeto mismo, como realidad ontológica”¹⁸.

Por otro lado, la asunción por parte de la Inquisición del modelo de la verdad histórica o real. Es claro que “...la Inquisición no solo constituyó un sistema de persecución penal, sino que forjó una verdadera cultura jurídica, que penetró por herencia y tradición en América latina, modelada además por la debilidad de la ley y la anemia de la razón jurídica”¹⁹.

Por último, y más cerca en nuestro tiempo, la aparición del positivismo científico y la expansión de la lógica fiscalista a las ciencias sociales, que contribuyó al funcionamiento monista metodológico de una perspectiva neutral y avalorada en el acto del conocimiento.

Estos marcadores acuden hoy a apoyar el reclamo por el sostenimiento expreso, e inconsciente muchas veces, de la verdad material, por la elevada

¹⁷ El conocimiento entonces envuelve dos factores, por un lado la estructura de la razón – independiente de la experiencia-, y por el otro la realidad, apreciable a través de los sentidos. “Los pensamientos sin contenido son vacíos; las intuiciones sin conceptos son ciegas. Por ello es tan necesario hacer sensibles los conceptos (es decir, añadirles el objeto en la intuición) como hacer inteligibles las intuiciones (es decir, someterlas a conceptos). Las dos facultades o capacidades no pueden intercambiar sus funciones. Ni el entendimiento puede intuir nada, ni los sentidos pueden pensar nada. El conocimiento únicamente puede surgir de la unión de ambos. Mas no por ello hay que confundir su contribución respectiva. Al contrario, son muchas las razones para separar y distinguir cuidadosamente una de otra. Por ello distinguimos la ciencia de las reglas de la sensibilidad en general, es decir, la estética, respecto de la ciencia de las reglas del entendimiento general, es decir, de la lógica” (KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Ed. Taurus, Pensamiento, Traducción Pedro Ribas. Véase el acuerdo con la edición de la Academia de Ciencias de Berlín (Akademie-Ausgabe), A 50 = B 74 y A 51 = B 75 trad. cit. I, p. 175: “...ni conceptos sin intuición que de alguna manera les corresponda, ni intuición sin conceptos, pueden dar un conocimiento, porque pensamientos sin contenido son vacíos, intuiciones sin conceptos son ciegas”).

¹⁸ MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, Tomo I, p. 842/3.

¹⁹ SOLIMINE, Marcelo A., *Bases del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27.063*, 1era Edición, Buenos Aires, Ed. Ah-Hoc, 2015, p. 42.

ponderación que se hace del resguardo de esa dirección en el campo de la investigación judicial, como finalidad esencial del procedimiento.

Tal como lo expresa Guzmán, “Verdad material, verdad real, verdad histórica, verdad objetiva, son todas expresiones que fueron empleadas históricamente para designar de modo indistinto un único concepto, que encerraba la idea de la posibilidad de alcanzar el conocimiento absoluto de la verdad en el proceso penal y, simultáneamente, el de la imposibilidad de renunciar a ese conocimiento. La disponibilidad de la prueba fue siempre un elemento ajeno al concepto de verdad material, de la misma forma que lo fue la concepción del proceso como un instrumento de resolución de conflictos”²⁰.

La antinomia verdad material/verdad formal, se verá reflejada en la receptación histórico-cultural de los modelos más representativos en el mundo civilizado, esto es, el modelo inquisitivo y el modelo acusatorio. El primero introyectará la verdad material y el segundo la verdad formal, pues será su propia estructura de funcionamiento, su razón fundante, la que articulará un concepto distinto para la determinación de la verdad, tal como hemos señalado en los orígenes históricos y en función de los marcos teóricos que el contexto abrigó para cada experiencia.

Los intentos de justificar, fundamentar y explicitar la neutralidad y/u objetividad del funcionamiento de un esquema cognoscitivo inquisitivo, se han argumentado desde la noción de verdad como presupuesto ontológico material con virtualidad para ser descubierto o revelado, por parte de una figura plenipotenciaria como la que prevé un diseño procesal en donde un mismo actor reúne las calidades de investigador y juzgador²¹.

²⁰ GUZMAN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, 1era. Edición, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2006, p. 31.

²¹ Esta particular “...eufemística se traduce en un método de averiguación de la verdad procesal de carácter unilateral, que procura alcanzarla no a través de la actividad de las partes, sino mediante la investigación oficiosa y eminentemente autorreflexiva de un órgano jurisdiccional, a quien en todas las etapas del proceso (incluso en el juicio) se considera el principal responsable de descubrirla: el juez o tribunal de juicio inquisidor, ‘historiador’, que averigua (instruye) y produce pruebas ‘autónomamente’, se ‘controla’ a sí mismo para no excederse en sus atribuciones, saca conclusiones y toma decisiones a base de los resultados de su propia investigación, todo a la vez. Cuando mucho se permite que lo ayude la ‘dialéctica de las partes’, cuyos derechos debe simultáneamente garantizar, incluso frente a sí mismo” (cfr. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa*

El concepto de verdad es una creación que encierra un valor que no es alcanzable sino por metafísica. En este sentido, se ha sostenido que “...la verdad no es constatable <<siempre>>. Se suele decir que en lugar de la verdad objetiva, inalcanzable en su plenitud en el orden histórico, habría que colocar un juicio humano sobre la verdad. La verdad en consecuencia, pasaría de inmediato a ocupar el grado inferior de la mera verosimilitud”²². Si bien esta apreciación no es la más feliz para el autor citado, se desprende del razonamiento que, el juez debe formarse una convicción “...siempre con la reserva de la capacidad cognoscitiva humana en general”²³. Y es la problemática sobre las capacidades del hombre para aprehender su medio las que suscitan las diferentes teorizaciones sobre lo que debe entenderse por la categoría verdad a la luz del proceso penal. Bertolino explica en su obra, que desde la teoría del conocimiento hay distintas nociones de verdad, y una de ellas es la jurídica. Ésta es “...una conformidad con el derecho, prescindiendo y aun yendo contra la objetividad real”²⁴.

La objetividad real, así contrastada remite y coloca al juez en la posición del historiador, “...la cual a su vez, precipita en la postulada equivalencia entre verdad procesal y verdad histórica”. Sentencia que no transcurre sin advertir que en el proceso judicial se “...emite un juicio de existencia, el cual, al igual que el histórico, es un juicio sobre un hecho singular, pasado e irrepetible”²⁵.

Sucede que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en distintos pronunciamientos un concepto de verdad que tiende a confundirse con parámetros ontológicos, en la medida en que no es posible concebir la Verdad como objetivo de un esquema cognoscitivo que depende de una estructura legal incompatible con un diálogo racional que exprese y evidencie los intereses que movilizan los discursos de los adversarios en la dialéctica del juicio. Véase que la Corte ha dicho que “...la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado servicio de justicia”²⁶; a la vez que “...mengua el régimen que constituye

supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, 2da Edición, Buenos Aires. Ed. Del Puerto, 2007, p. 147).

²² WALTER, Gerard, *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis, 1985, p. 168.

²³ WALTER, Gerard, op. cit., p. 169.

²⁴ BERTOLINO, Pedro J., *La verdad jurídica objetiva*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 27.

²⁵ BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 29.

²⁶ BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 73; sobre el caso “Baracco de Perdomo v. Banco del Acuerdo”.

el sustrato fundante del servicio de justicia”²⁷. En el caso “Cabred” se sostuvo “...si bien la doctrina general en Colalillo puede tener limitaciones en juicio cuya prueba está en primer término confiada a la diligencia de los interesados, no la tiene en la misma medida en los juicios de naturaleza penal..., desde que se trata de la protección de los bienes, del honor y de la libertad personal”; en efecto, el fallo condena la “...omisión del ejercicio de facultades propias del tribunal concernientes a la mejor averiguación de los hechos que se reconocen de interés para la apreciación de la responsabilidad del imputado”²⁸.

En definitiva, el autor sugiere que estas construcciones jurisprudenciales se traducen en estándares, cuya única finalidad es conformar una doctrina (de la “verdad jurídica objetiva”) cuyo núcleo es la definición de la actuación en el proceso, dirigida “...a un <<modo de ser>> del juez, unido concordantemente a una <<manera de juzgar>> de éste, todo en nítida dirección deontológica, vista esta como línea de principio, dirección precisamente marcada por el estándar”²⁹.

Y ese modo de ser y manera de juzgar, precisamente se refiere a la producción de un adecuado servicio de justicia, que no es otra cosa que la averiguación de la verdad, en el sentido empírico de relevar los datos de lo que realmente ocurrió. En ese sentido, cita el caso “Cora” de la Corte Suprema, en donde se asentó que “...tiene que extremarse la averiguación de los hechos”³⁰. Y así también el caso “Luque”, en donde se dijo que “...el procedimiento penal tiene especial relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el fuero, ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. En otras palabras, existe la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva impidiendo su ocultamiento ritual”³¹. También explica la influencia del caso “Casal” en el cual se dijo que el juez “...está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor”³².

En fin de cuentas y como explicaba, el concepto de la verdad jurídica objetiva se trata de un estándar que marca una dirección de sentido, tendiente a determinar

²⁷ BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 85.

²⁸ BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 114.

²⁹ BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 171.

³⁰ CSJN, ED, 79-297.

³¹ CSJN, fallos 325:3118.

³² BERTOLINO, Pedro J., op. cit., p. 118.

el método idóneo para averiguar cómo fueron los hechos, encontrando significado ello en una pretensión de alcanzar en un grado máximo y posible en orden a las herramientas del hombre, una realidad inaccesible, pasada, e interpretada, que sólo bajo el espíritu actitudinal exhibido por la directriz de la verdad jurídica objetiva, es posible la máxima aproximación.

Esto se emparenta bastante con las reflexiones de Guzmán sobre la virtualidad metodológica del concepto de la Verdad y las garantías de verdad que se desprenden procedimentalmente, esto es, el contradictorio, la imparcialidad, la separación de funciones entre acusador y juzgador, y la indisponibilidad de la prueba³³.

A partir de este breve mosaico teórico, podemos comprender que el conocimiento validado por criterios de aceptación compartidos que se inscriban en una tradición estable de adhesión generalizada, podrá recibir la distinción de “verdadero”. Pero incluso al interior de un dispositivo regulador de conflictos como el sistema penal, todas las metodologías correctivas, todas las directrices de conducta, las aspiraciones actitudinales y comportamentales de los agentes del sistema, para la construcción de reglas y conductas que tiendan a neutralizar los vicios configuradores de discursos arbitrarios, fallarán en su cometido si omiten comprender que la dimensión del conocimiento, de la verdad, está íntimamente atravesada, cultivada e intoxicada de poder.³⁴

En efecto, se llama verdad al conocimiento respecto del cual existe una pretensión de fundamento en el sistema de pensamiento del que se trate. Se la

³³ Con acierto, escribe “El juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con los criterios jurídicos de decisión (el principio de inocencia y el in dubio pro reo), que le dan las armas necesarias para decidir. En otras palabras, la verdad no debería ser buscada por el magistrado ante la inactividad de las partes durante el proceso, pero su conocimiento –y ésta es la cuestión que debe remarcar incansablemente- sí será necesario cuando lo que se pretenda sea la imposición de una condena. De modo que, en todo caso, el conocimiento del hecho por el cual se condene –o, mejor dicho, la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria- no podrá ser considerado como un fin en sí mismo, sino solamente como una condición sine qua non de la validez de la sentencia condenatoria por medio de la cual se aplique la norma sustantiva, del mismo modo que lo será también el respeto de todas las garantías penales y procesales que integran el sistema penal”, (cfr. GUZMAN, Nicolás, op. cit., p. 135/188).

³⁴ Nietzsche escribió que “En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal” (cfr. NIETZSCHE, Friedrich, *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*, 1873).

puede presentar con un carácter aséptico, desde una perspectiva científicista, neutral y avalorada. Lo cierto es que esta es una lectura interna del concepto. Una lectura amplia, o externa, nos permite comprender que la verdad es disputa, es una relación de conflicto entre lo que se pretende establecer y lo establecido. Al tener un carácter relativo en función del paradigma que la abriga, la verdad se encuentra vinculada a los discursos de saber que se interesan por brindarle valor hegemónico, pero al estar sometida al contexto histórico, el concepto se encuentra sujeto a los avatares del movimiento del pensamiento y las sociedades en las cuales se presenta en ese carácter. El rasgo distintivo de la verdad, será su dinamismo, pues estará sujeta a una comunidad, contexto cultural y tiempo histórico dado. Dentro de ese marco referencial, estará sometida a la puja discursiva, de intereses, revelándose como una disputa esencialmente política, al encontrar pretensión de universalidad cuando sólo posee la contingencia que le otorga la singularidad de pertenecer a la palabra de sujetos sociales hijos de su propio tiempo.

La mirada de Foucault en este tema parte de la idea de que el poder nace de las prácticas sociales. Es relación entre las personas. No es algo que se detenta, sino que circula entre ellos. El poder es la relación asimétrica entre las personas, una relación desigual que circula por el cuerpo social, esas prácticas que construyen dominios de saber, que producen lo real.³⁵ Para este autor habrá un juego dialéctico entre los conceptos de verdad, poder y saber. Habrá dos historias de la verdad. Una con principios de autorregulación, esto es, la historia de la verdad constituida en o a partir de la historia de la ciencia. Otra, en donde la verdad se forma a partir de ciertas reglas que configuran formas de subjetividad, dominios de objeto y tipos de saberes. Una forma de verdad será interna, de autorregulación y otra externa, codificada. Esa codificación o cuerpo de reglas son identificadas por Foucault como el modo en que, en occidente, se concibió la manera de juzgamiento, de atribución de responsabilidades, de la administración del castigo. Esas prácticas regulares son formas sociales para definir subjetividades, formas de saber y en definitiva relaciones entre el sujeto y la verdad.

A partir de la obra de Nietzsche, encuentra un discurso con el cual realizar un análisis histórico de la formación del sujeto. Antepone los conceptos de *Ursprung* y *Erfindung*. El primero, la continuidad; el segundo la ruptura, la invención. El conocimiento es entonces una invención, relacionada con los instintos, el resultado del enfrentamiento, la lucha y la confluencia de instintos. “Una centella que brota del choque entre dos espadas”. Entre el conocimiento y las cosas por conocer, no

³⁵ FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, p. 19.

hay relación de continuidad, hay violencia, dominación, poder y fuerza. Se dirá que el conocimiento es la violación de las cosas y no percepción, reconocimiento o identificación. Es entonces que en la base del conocimiento hay una relación de poder. La actitud del filósofo no será de utilidad. Para saber qué es el conocimiento, la aproximación debe ser como políticos, como alguien que atiende y comprende cuáles son las relaciones de lucha y poder. Se dirá que sólo atendiendo a esas relaciones, a la manera en que la oposición, el enfrentamiento, la lucha, la confluencia, a la manera en que los hombres se odian entre sí, la forma en la que procuran dominarse, comprenderemos en qué consiste el conocimiento.

En definitiva, Foucault establece un modelo de aproximación, de análisis, en el que aborda el problema de la formación de los dominios de saber a partir de las relaciones de fuerza y relaciones políticas de la sociedad. Sin dejar de señalar las diferentes etapas del autor, su momento estructuralista, postestructuralista y la vuelta al sujeto desde la moral, lo cierto es que para este autor las condiciones políticas y económicas es aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y los márgenes dominantes de las relaciones de verdad.

Queda aquí presentada la tensión en torno al concepto de verdad y su función en el nuevo esquema. De seguido, avanzaremos con otros interrogantes para conjugarlos luego en una reflexión integral.

III.- Una nueva forma de validación del conocimiento: ¿dónde queda la pregunta por el concepto de derecho?

Las posiciones de la doctrina, algunas las cuales hemos venido reseñando, no expresan, no declaran, no transparentan, ni ponen en valor, como habitualmente sucede en el medio en el cual la juridicidad se desenvuelve, las definiciones capitales sobre lo que el derecho es para cada autor, actor del sistema y como tal autorizados a reproducir el significado del fenómeno jurídico. Esto es un problema pues no es posible identificar el lugar desde el cual cada quien expresa su visión. Ésta no puede estar inscrita en la nada. Debe venir acompañada de las coordenadas en las que se la expresa. De otra manera, el recurso sería la autoridad de la palabra, que no por omitir se libera de la inscripción de su discurso. Es sólo que la adherencia será un trabajo reconstructivo del lector, una suerte de arqueología del pensamiento.

Sin un concepto de derecho que permita inscribir la cosmovisión en un marco teórico o paradigma jurídico-penal concreto, difícilmente exista un cuadro completo que oriente el pensamiento sobre el sistema procedimental. Quiero decir

que la aplicación práctica de un sistema o modelo procesal debe encontrarse respaldado por una clara visión de los pilares sobre los que se asienta.

Se recuerda la célebre frase de Beling acerca de que “el derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo”³⁶; ocurre que sin un derecho penal conceptuado, el derrotero del derecho procesal puede destruir cabelleras a gusto.

Actualmente los paradigmas jurídicos que sustentan las construcciones jurídicas que se inscriben en ellos, pueden identificarse con el iusnaturalismo, iuspositivismo y las teorías no-positivistas, dentro de las cuales se engloban las denominadas variantes neo-constitucionalistas. En palabras de Vigo, las diversas corrientes se pueden clasificar en cuatro, “...i) los no-positivistas, constructivistas o kantianos, donde se agrupa el más numeroso grupo de autores, y también los más citados y estudiados en la actualidad... Robert Alexy, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza... ii) los no-positivistas, realistas, iusnaturalistas o aristotélicos, en donde reconocemos a Andrés Ollero, Francesco Viola, Juan Cienciardo... iii) los iuspositivistas críticos o hobbesianos, esta perspectiva está dominada por Luigi Ferrajoli; y iv) los críticos o populistas, aquí pueden encontrarse diferentes autores que genéricamente y en aras de subrayar sus peculiaridades, procedería a identificarlos como posmodernos, ejemplificando con los nombres de Duncan Kennedy, Francois Ost, César Rodríguez, Carlos Cárcova, etc.”³⁷

El positivismo científico propone pensar la ciencia en términos de verificación empírica, mediante métodos dados por el cálculo, la lógica, la observación, la obtención de regularidades y por la reflexión inferencial a partir de las mismas. Se trata de explicar, predecir y comprobar los fenómenos, de manera de establecer leyes, en tanto formulaciones con pretensión de universalidad. Parte de una neutralidad valorativa y se apoya en la idea de un monismo metodológico, fundado en el explicativismo.³⁸

³⁶ BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, párr. 1.1., p. 2.

³⁷ VIGO, Rodolfo Luis, *Los neoconstitucionalismos. Cuadro Versiones*, en *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 3era. Edición, Buenos Aires, 2019, p. 344.

³⁸ Como lo explica Cárcova, “En la tradición explicativista, el conocimiento se divide en dos grandes ramas, por un lado el de las ciencias formales y por el otro el de las ciencias fácticas o empíricas. Las primeras se rigen por el método axiomático, que presentado esquemáticamente, consiste en extraer de un conjunto finito de enunciados primitivos, con auxilio de alguna regla de inferencia, nuevos enunciados. Los primeros se denominan ‘axiomas’ y los segundos

Dirá Marí que según esta versión positivista “...toda la filosofía, en efecto, es una actividad que consiste en aclarar el significado de las proposiciones, en determinar el sentido de los enunciados que deben verificarse por la ciencia. Significado y verificabilidad, reglas que correlacionen expresiones lógicamente significativas con estados empíricos observables, conforman un método general aplicable en todos los poros de la filosofía, que permite formular interrogantes auténticos, evitando articular series de palabras metafísicas sin sentido”³⁹.

Así, el pensamiento científico tanto en el campo de las ciencias naturales como en el de las sociales, se reducirá a una física social, que Comte inscribirá en la ley de los tres estadios: teológico, metafísico y positivo-científico.⁴⁰ De esta forma el estudio de la sociedad queda en el campo de la física natural, y cualquier cambio en la estructura de la misma está limitado por la regulación extraída del funcionamiento biopolítico del cuerpo social. Esa percepción física de la sociedad garantiza la inmutabilidad o si se quiere, la idea de cambio, progresión o progreso a la normalización del orden, esto es, una conservación del estado de cosas vinculado a los movimientos del consenso social. Para estas ideas, el conflicto debe ser

‘teoremas’. Los axiomas son verdaderos por convención, postulamos su verdad y no la demostramos. A su turno, los teoremas resultan verdaderos si probamos que pueden deducirse de los axiomas. De este modo funcionan y se fundamentan conocimientos tan prestigiosos como el de las matemáticas, la geometría y la lógica formal. Esta modesta cuota de verdad, basada en la intuición y el arbitrio, adquiere relevancia práctica y con ello prestigio, cuando el sistema de enunciados formales así construido se vincula mediante reglas semánticas con la realidad [...] Por su parte las ciencias empíricas se basan en distintos métodos entre los que predomina el denominado hipotético-deductivo. Se trata, en este caso, de construir enunciados a partir de la observación y de la experimentación. El primer nivel de estos enunciados son las observaciones empíricas que dan cuenta de regularidades que se establecen en sucesivas experiencias. Cuando el número de ellas es relevante de acuerdo al criterio de la comunidad científica... se escala un peldaño en el nivel de jerarquía de los enunciados, adquiriendo éstos el carácter de generalizaciones empíricas... (luego) el proceso se repite y con ello el enunciado adquiere ahora la fuerza de una hipótesis científica... La verdad de estos enunciados, curiosamente, es también muy precaria” (cfr. CARCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 33).

³⁹ MARÍ, Enrique E., *El positivismo*, en *Papeles de filosofía*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1993, p. 171.

⁴⁰ En este sentido “Cualquier inventario de las ideas básicas del proyecto positivista de Comte no podía prescindir de los siguientes elementos: sujeción de los fenómenos sociales a leyes; renuncia a explicaciones teológicas o metafísicas; limitación del objeto de conocimiento a lo dado en la experiencia, teniendo lo real o ideal existente como lo único cognoscible; principio de la universalidad y unidad de la ciencia; principio de economía; especialización y división intelectual del trabajo” (cfr. MARÍ, Enrique E., op. cit., p. 180).

entendido como un debate resuelto en la armonía del funcionamiento de las leyes de la sociedad, las cuales han de ser extraídas con el método científico de las ciencias naturales, lo cual garantiza la reproducción del orden observable y de la textura hegemónica imperante. Nada más alejado de una concepción de la sociedad a partir de sus diferencias, “...el concepto mismo de sociedad no es sino un intento fallido por domesticar el infinito juego de diferencias, la insalvable mutabilidad de lo social”⁴¹.

El propio Comte define a lo positivo como lo real por oposición a lo quimérico, como lo útil por oposición a lo ocioso, lo cierto por oposición a lo indeciso. Lo caracteriza como una aptitud de constituir la armonía lógica en el individuo y la comunión de la especie entera, en lugar de aquellas dudas indefinidas y de aquellas discusiones interminables suscitadas en el antiguo régimen mental. Como lo preciso por oposición a lo vago. Es positivo en la medida que es constructivo, por oposición a lo negativo y lo crítico. Organiza y no destruye. Verifica en lugar de no comprobar, por lo que sustituye lo absoluto por lo empíricamente relativo.⁴²

Frente a esta corriente de pensamiento, surge una reacción que se denominó hermenéutica en sus inicios (espiritualismo Alemán). Es, precisamente, la crítica a la imposibilidad del positivismo, a través del monismo metodológico y la reducción al fisicalismo o a la empresa de lo observable, de conocer sus objetos de estudio, de comprender al sujeto, de entender la conducta, la intención, la reflexión, y la creación de significado, todas temáticas que fueron dejadas de lado por el positivismo. La crítica a la búsqueda de leyes universales en oposición a lo contingente, a lo contextual, y a lo producido en el marco o contexto social.

La escuela crítica se nutre de estas perspectivas. Con expresiones en Francia, Italia e Inglaterra, las teorías críticas tuvieron su aparición en nuestro medio en el Congreso Internacional de Filosofía Jurídica de 1975, celebrado en la Universidad de Belgrano⁴³. Los primeros trabajos que adherían a esta corriente expresaron preocupación en términos epistemológicos, en la búsqueda de categorías teóricas que dieran cuenta de los anclajes del derecho en las formas históricas de la socialidad. Para comprender el fenómeno de lo jurídico, era necesario la comprensión de la totalidad estructurada que lo contenía. De allí la multi y

⁴¹ CARCOVA, Carlos M., *La opacidad del derecho*, 2da Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2019, p. 174.

⁴² Cfr. MARÍ, Enrique E., op. cit., p. 181.

⁴³ CARCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas...*, p. 119.

transdisciplinaria, en la intersección de conocimiento históricos, antropológicos, políticos, económicos, psicoanalíticos, lingüísticos, etc.

La Crítica, se servirá de una dimensión comprensivista del método aplicable a las ciencias sociales. La idea de comprensión parte de la utilización en Dilthey, del concepto “*verstehen*”, como método de las ciencias del espíritu o ciencias de la cultura⁴⁴. Se trataba de una tarea histórico-cultural, esto es, reproducir el lugar desde el cual otros sujetos habían producido cultura, como una cuestión de remisión histórica. A través de la reproducción de las obras, de los resultados de las acciones, se recorría un camino hacia el sujeto que las produjo.⁴⁵

Otro desarrollo en la concepción comprensivista, vino de la mano de los trabajos de Gadamer y Ricoeur. En Gadamer, la idea de interpretación es una forma de acuerdo, que se elabora entre la subjetividad del agente y la objetividad del texto. La tensión entre los conocimientos previos del intérprete y el texto abordado, debe de ser resuelta por un acuerdo que implica adecuar a las tradiciones, conocimiento, etc., a la subjetividad del agente, la cual a su vez se verá

⁴⁴ SCHUSTER, Federico, *Exposición*, conferencia publicada en *El oficio de investigador*, Santa Fe, Homo Sapiens Ediciones, 1995 —2001—, p. 17.

⁴⁵ La comprensión en Dilthey es la comprensión de un sujeto, las dimensiones subjetivas de otro. Se anuda a esta tarea interpretativa una dimensión nueva de lo que se conocía como hermenéutica. No se trata de una técnica específica, se trata de un abordaje para conocer los adentros de un producto cultural. Weber añadiría la idea de acción, como producción de un sujeto con intenciones, motivos y fines, y como consecuencia. El agente social es el que hace o produce la realidad social. Comprensión en Weber será la determinación de los motivos que tuvo el individuo para actuar. La acción es la conducta subjetivamente significativa, esto es, que tiene un significado para el sujeto que la realiza. Comprender aquí será la reconstrucción del motivo. Alfred Schutz añadirá la idea de sujeto social. La construcción de la conciencia individual como proceso social. La intersubjetividad es la condición de la subjetividad individual. Esta idea produce el abandono de la conciencia monádica (Leibniz). Aquí aparece la noción husserliana de perspectiva, de punto de partida del conocimiento posible. Peter Winch hará aportes desde la lingüística, donde introduce la idea de comprensión, como comprensión de reglas, esto es, una arista alejada de la dimensión psicológica. Dirá que comprender no es algo necesariamente previo al lenguaje en el que se expresa el enunciado, sino que es reconstruir enunciados accesibles inmediatamente a través del lenguaje. El conocimiento será la interacción entre las cosas y el lenguaje en el que se expresan las cosas. No hay una única representación del mundo, en la medida en que el propio lenguaje es un elemento constitutivo de la subjetividad. En palabras de Federico Schuster “Es un elemento clave la idea de que la expresión de lo que queremos comprender de otro sujeto es expresable en términos de adecuación a reglas sociales de uso y significado de lenguaje” (cfr. SCHUSTER, Federico, op. cit., p. 36).

sometida a la revisión de lo conocido por la interpelación del texto a la subjetividad.⁴⁶ Sostiene Gadamer que “Pensar históricamente entraña en consecuencia siempre una mediación entre dichos conceptos y el propio pensar. Querer evitar los propios conceptos en la interpretación no sólo es imposible sino que es un absurdo evidente”⁴⁷.

A través de estos postulados es posible afirmar que no resulta factible la idea diltheana, de ponerse en el lugar del otro, el sentido romántico del *verstehen*, esto es, que todo dato adquiere sentido en función de una teoría y que toda teoría interpreta el dato. En Gadamer comprensión es interpretación.

Bajo estos trazos generales, se inscribe la propuesta del comprensivismo en términos de abordaje de las ciencias sociales. Esta reacción al positivismo, buscó autonomizar el desarrollo en las ciencias sociales a través de un método adecuado al estudio de los fenómenos propios de la vida en sociedad, aquello que fue dejado de lado por el carácter inflexible del método científico de las ciencias naturales. Se incluyó así las dimensiones valorativas, ideológicas, históricas, políticas, morales, y se bregó por la idea de un dualismo metodológico, o si se quiere y como lo propone Cárcova, de una pluralidad metodológica.

En relación a la teoría jurídica, la propia definición del fenómeno de la juridicidad, comprende una totalidad que no se encuentra abarcada por la metodología rígida de los paradigmas reduccionistas del jusnaturalismo (valorativismo) y juspositivismo (normativismo); integra e incluye problemáticas sociológicas, psicológicas, económicas, políticas y morales, que demandan la intervención o el abordaje que signifique un recorrido del discurso jurídico al

⁴⁶ Gadamer explicó que “Por regla general el historiador elige los conceptos con los que describe la peculiaridad histórica de sus objetos sin reflexión expresa sobre su origen y justificación. Sigue en esto únicamente a su interés por la cosa, y no se da cuenta a sí mismo del hecho de que la apropiación descriptiva que se encuentra ya en los conceptos que elige puede estar llena de consecuencias para su propia intención, pues nivela lo históricamente extraño con lo familiar y somete así a los propios conceptos previos la alteridad del objeto, por muy imparcialmente que pretenda comprenderlo. A pesar de toda su metodología científica se comporta de la misma manera que todo aquél que, como hijo de su tiempo, está dominado acriticamente por los conceptos previos y los prejuicios de su tiempo. En la medida que el historiador no reconozca esta su ingenuidad, fallará incuestionablemente al nivel de reflexión exigido por su tema” (cfr. GADAMER, Hans-George, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1984, p. 476).

⁴⁷ GADAMER, Hans-George, op. cit., p. 477.

interior de las múltiples disciplinas que alimentarán una comprensión más acabada de aquél.

Se entiende que el modo de pensar la ciencia por parte del positivismo, deja fuera todos los niveles, dimensiones e interacción del dificultoso entramado que supone abordar cuestiones tan complejas como el comportamiento humano, la intención, y el significado, precisamente lo que las teorías críticas consideran el principal fundamento para el abordaje de la totalidad que declaman.⁴⁸

Hasta aquí entonces, el problema de la verdad, del conocimiento y del poder, como ejes que atraviesan lo problemático de analizar sincrónicamente las tensiones entre las escuelas o paradigmas jurídicos en los que se pueden inscribir debates específicos, como el que aquí interesa entorno al sistema de enjuiciamiento criminal.

En este marco, el concepto de derecho que permite reflejar las porosidades de cada aspecto aquí tratado, comienza por reconocer que el derecho no es más que una práctica social que reúne y condensa niveles de conflicto en una comunidad dada. Es una práctica discursiva en el sentido lingüístico, esto es, un proceso social de producción de sentidos. En él no hay uniformidad semántica, puesto que su constitución es un proceso no continuo⁴⁹. En palabras de Cárcova, se trata de discurso normativo y organización del poder⁵⁰.

⁴⁸ Las teorías críticas se fundan en una operación de interrogación que permite dar cuenta de lo que una teoría no aborda, de lo que omite o invisibiliza, en el entendimiento que ese acto de interpelación posibilita o produce una transformación. Su perspectiva compleja pretende mostrar la co-implicación de polaridades que han signado la historia del pensamiento. Ser y deber ser, derecho y moral, derecho y política. Lo efectúa a través de una dialéctica-comprensiva. Dialéctica en tanto concepto que madura de Hegel a Marx y comprensiva, cuya tradición comienza en Dilthey, transita en Weber, Schutz, Winch, Wittgenstein, Gadamer, Ricoeur y Davison (cfr. CARCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas...*, p. 114).

⁴⁹ Aquí “El discurso jurídico reconoce distintos niveles, el primero corresponde al producto de los órganos autorizados para ‘hablar’: normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos. Este nivel es autosuficiente en su producción y su reproducción. Consagradorio de figuras y ficciones y autoresguardado a través de la palabra delegada, en su reproducción y en su comunicación. El segundo nivel del discurso jurídico está integrado por las teorías, doctrinas, opiniones que resultan de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel o sea por la práctica de los abogados, escribanos y operadores en general. Finalmente, el tercer nivel es donde se juega el imaginario de una formación social. Es el discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones. Estos niveles constituyen una totalidad

Así, sostiene Marí que “Una decisión judicial (...) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el que intervienen otros discursos que diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él. Entre el proceso de formación y el producto-final formado hay una ruptura, una distancia, una brecha. Este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una creación judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso, tal decisión refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna. En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del aparato productivo), de razones políticas (razón de Estado, etc), morales, ideológicas, etcétera”⁵¹.

Concluye luego el autor, “...el discurso jurídico debe comprenderse y evaluarse no sólo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión”⁵².

IV.- Una nueva forma de validar el conocimiento: la pregunta por el sistema adversarial

A la pregunta por la verdad y a la pregunta por el concepto de derecho, le falta la pregunta por el lugar que ocupa el sistema adversarial y de qué manera esta metodología pueda parir una nueva epistemología judicial, basada en una metodología dialéctica-comprensiva del conocimiento en el proceso penal.

Por los fundamentos que hemos venido trabajando, se vislumbra que el sistema adversarial se erige como la estructura más hospitalaria para encauzar la problemática paradigmático-jurídica, científico-dogmática, filosófico-jurídica, relativa al contexto histórico de formación de esquemas de enjuiciamiento y sus específicas notas normativas.

En la arquitectura de la ley 27.063, los arts. 2, 9 y 22, son piedras angulares para entender de qué manera deben concebirse tanto el lugar de la finalidad del proceso como la estructura de la decisión judicial y lo que le servirá de condición

de sentido en un proceso de intertextualidad que registra el efecto de unos en relación a los otros” (Cfr. ENTELMAN, Ricardo, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, en AAVV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991).

⁵⁰ CARCOVA, Carlos María, *Las teorías jurídicas...*, p. 122.

⁵¹ MARÍ, Enrique E., *Moi, Pierre Rivière... Y el mito de la uniformidad semántica de la ciencias jurídicas y sociales*, en *Papeles de filosofía*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Biblos, 1993, p. 289/290.

⁵² *Ibidem*, p. 290.

legitimante, esto es, la metodología dialéctica-cognoscitiva. El art. 9, por su parte, adquiere dimensión completa cuando se lo lee en conjunto con los arts. 111, 135, incs. a), b) y c), 232, 233, y 279 del CPPF.⁵³

Se trata de un procedimiento acusatorio, cuyo protocolo de validación del conocimiento enraiza en un sistema oral, que organiza la estructura legal para aspirar a la construcción de la verdad procesal como producto de una dialéctica cognoscitiva de partes, bajo los rasgos adversariales y de contradicción. Este esquema se interesa por la obtención de un producto, del conocimiento, con la más alta exigencia que sólo un escenario como el juicio puede ofrecer. Está dirigido a que todo lo que se tenga por conocido, por válido, y con virtualidad para ser receptado como verdad procesal, sea la síntesis de lo que ocurre en la sala de juicio⁵⁴.

Las notas diferenciales entre un sistema acusatorio y un sistema oral, radican en que la construcción de lo que servirá de base para la determinación del hecho, las pruebas y la responsabilidad, no está en la documentación de los actos del proceso, ni en la gestión del trámite por medio de actos escriturados, sino que se trata del rendimiento discursivo que presenta argumentos con los que se pretende darle voz a las pruebas, a las razones, a las ideas que son piezas explicativas del cuadro que compone la lógica interna de la narrativa que pretende ser receptada por el juez en la decisión y en la consolidación de la verdad procesal.

Es una ventaja que el rasgo de la oralidad impregne el sistema acusatorio. Como hemos expresado líneas atrás, han sido muy buenos socios en la antigüedad y antes de la irrupción del modelo inquisitivo y el código napoleónico. En un recto entendimiento del sistema acusatorio, los esquemas legales que arrojan las valoraciones de mérito para el escenario del juicio oral, restan todo valor a lo que sucede antes del debate, en la medida en que sólo se trata de hipótesis más o menos sustentadas en elementos que no serán prueba hasta que no sean articulados en el escenario reservado para la confrontación probatoria. En estos sistemas, el peso específico de la acusación tiene un carácter preparatorio, transitorio, probabilístico, que no tiene virtualidad alguna a los efectos de afectar el estado de inocencia. Hay una distancia enorme con los actos procesales jurisdiccionales, propios de esquemas mixtos, donde su rasgo material tiene la característica de

⁵³ Según nomenclatura previa al texto ordenado, se corresponden en el siguiente orden: Arts. 111, ex 105, 135, ex 128, incs. a), b) y c), 232, ex 199, 233, ex 200 y 279, ex 246.

⁵⁴ AGUAYO, Eduardo Aníbal, *Comentario a la ley 27.272. Procedimiento especial de flagrancia*, <http://www.pensamientopenal.com>, p. 4/5.

esculpir la culpabilidad y la responsabilidad por los hechos, a fuerza de golpes que desde el primer momento del proceso se encadenan y en forma escalonada agrietan el estado de inocencia.

La contracultura que se inicia con el sistema acusatorio, debe poner de resalto la nueva epistemología judicial que trae consigo. Esa nueva forma de validar el conocimiento en el ámbito del enjuiciamiento criminal radica en el lugar que ocupa el esquema dialéctico –adversarial y contradictorio-, oral y acusatorio, con una función imparcial y equidistante de ese tercero ajeno que presencia el debate en donde se exige argumentar sobre cada aspecto del proceso y le devuelve humanidad y lógica instrumental al debate sobre conflictos sociales y el modo de resolución.

El escenario de un sistema acusatorio es la audiencia pública. Las partes deben ser iguales, porque se enfrentan públicamente bajo la lógica de la dialéctica cognoscitiva, en un escenario concentrado, inmediato, simple, célere e informal. La audiencia, entonces, y bajo esas cualidades, es el lienzo sobre el cual se desarrollará el trabajo y es la oralidad la razón práctica que guía el trabajo sobre el lienzo. La lógica específica que orienta la oralidad, es la que inclina la dialéctica de partes, la contradicción es el mecanismo de esa dialéctica, y los principios que cualifican el sistema son los criterios correctivos para garantizar la razón del sistema oral y acusatorio. La dialéctica es la confrontación de tesis, de ideas, de argumentos, de perspectivas, de suposiciones, de todo aquello que sirva para despejar cualquier bruma que pueda opacar la cristalización del debate, la síntesis de la disputa, el sedimento producto de la discusión.

Mientras más debate, mientras más natural, dinámica y eficiente sea la discusión de las partes, más sencillo será el trabajo de los jueces. Éstos, deberían garantizar la proliferación de las discusiones, en la medida en que éstas sean conducentes para la clarificación del asunto debatido. Porque precisamente esa sustancia que quede luego de la confrontación de partes que supone un modelo adversarial, será el objeto sobre el cual recaerá la decisión.

Ése es el producto sobre el que se adopta la decisión. Es por eso que la ley establece que las decisiones jurisdiccionales se adoptarán en forma oral en audiencia pública y contradictoria, porque la decisión debe basarse en lo discutido en la audiencia y bajo ningún concepto podrá motivarse en algo que exceda el marco de la misma y de lo rendido en ella.

El corazón del paradigma de la oralidad radica en que la producción de la información sobre la que versa la decisión, es la que se desarrolla en audiencia. Ahí es sometida a crítica, a exigencia de partes, tanto de quien acusa como de quien defiende. Es por eso que el CPPF prevé que las resoluciones judiciales deben sujetarse a lo discutido por las partes en la audiencia, debiendo expresar los fundamentos de hecho y de derecho en que se basen (cfr. art. 111, párrafos 2do y 3ero).

Columna central de este diseño, es en efecto el art. 9 en tanto prescribe que “Los representantes del Ministerio Público Fiscal no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal...”

Se trata de la **separación de funciones** que garantiza ubicar en un lugar central, imparcial, ecuánime, equidistante de las partes, a quien tiene la función decisoria, el juez. Ninguna decisión que adopte puede implicar la promoción de la acción o el caso contra el imputado. Constituye una prohibición de subrogarse en el lugar del fiscal⁵⁵, bajo la tentación inquisitiva mixta que resguarda en los vetustos anaqueles estratagemas argumentales que arrojan motivaciones instructorias, generalmente maquilladas bajo intereses de orden público, común interés de justicia, o elevada misión de resguardar algún valor superior, etc.

La separación de funciones es el marcador central para delimitar la función decisoria y el ámbito del juez imparcial. Ese carácter, rasgo fundamental de un esquema que se estructura en clave adversarial y bilateral, será la contracara del principio de contradicción.

No puede haber contradicción sin imparcialidad y no puede haber imparcialidad sin funciones delimitadas que aseguren que el debate será entre partes ajenas al órgano decisor. El meta-espacio que ocupa el juez es a los efectos de la imparcialidad, una posición de espectador en la discusión procesal. Que no se involucra, sino que la observa y en su caso administra. Su función es canalizar los puntos en tensión y favorecer, en su caso, el choque argumental que despeja, aclara, puntualiza, circunscribe y ordena el objeto de litigio. Nunca deberá introducir un enfoque del litigio que provenga de su propia hipótesis, de su cosmovisión, de su interpretación y entendimiento. En palabras de Cafferata

⁵⁵ Ver en este sentido FALCONE, Roberto Atilio, *Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral*, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 668; así también FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y...*, op. cit., p. 580.

Nores, “El reconocimiento de la existencia de intereses contrapuestos entre la acusación y la defensa, y la aceptación de la confrontación entre ellos como método de tratamiento judicial de los casos penales, deriva naturalmente en un esquema de funcionamiento procesal al que se identifica como contradictorio, que apuntala la imparcialidad de los jueces. Su regla principal de funcionamiento es que el triunfo de un interés sobre otro queda librado a la responsabilidad de quienes lo representan o encarnan, careciendo el tribunal de cualquier co-responsabilidad al respecto, pues sólo debe garantizar que éstos tengan iguales posibilidades para lograrlo...”⁵⁶

Randolph Jonakait, profesor de la New York Law School, en su obra sobre el sistema de justicia norteamericano⁵⁷, cita la célebre frase del jurista Max Frankel: “We proclaim to each other and to the world that the clash of adversaries is a powerful means for hammering out the truth... That the adversary technique is useful within limits none will doubt. That it is ‘best’ we should all doubt if we were able to be objective about the question. Despite our untested statements of self-congratulations, we know that others searching after facts –in history, geography, medicine, whatever- do not emulate our adversary system. We know that most countries of the world seek justice by different routes. What is much more to the point, we know that many of the rules and devices of the adversary litigation as we conduct it are not geared for, but are often aptly suited to defeat, the development of the truth”⁵⁸.

Para este autor, creer que el sistema sirve al propósito de la determinación de la verdad es un acto de fe. No obstante, aclara que la formación del sistema adversarial tuvo un giro copernicano con la posibilidad de interacción de los abogados, a través del interrogatorio y el conainterrogatorio. Función ésta que produjo una revolución cultural en la función del litigio y que produjo que ese segmento fuera el más desarrollado y perfeccionado, en la medida en que permitió revertir procesos que tenían un enfoque y fueron desarticulados y develados un sinfín de novedosas perspectivas distintas a las que se tenía por ciertas.⁵⁹

⁵⁶ CAFFERATA NORES, José I., op. cit., p. 149 y ss.

⁵⁷ JONAKAIT, Randolph, *The American jury system*, Yale contemporary law series, Yale University, 2003, 179.

⁵⁸ FRENKEL, Max, *The Search for Truth: An Umpireal View*, University of Pennsylvania Law Review 123, 1975, p. 1036.

⁵⁹ JONAKAIT, Randolph, op. cit., 174.

Sobre este punto “...como ya lo expuso Ferrajoli con claridad en Derecho y Razón, el principio contradictorio, como criterio epistemológico en el ámbito judicial, no es otra cosa que la realización del método del ensayo y error propuesto por Karl Popper. Se trata del abandono de una lógica puramente verificacionista (y, por lo tanto, inquisitiva), donde la hipótesis es seleccionada en forma arbitraria para luego buscar sólo los elementos que la corroboren”⁶⁰. En efecto, “Un ‘sistema cognoscitivista’ significa que el poder punitivo del Estado está regulado y delimitado no sólo por la taxatividad de las hipótesis de desviación punibles, sino también por la verificabilidad y refutabilidad de tales presupuestos en las formas expresadas por las garantías procesales”⁶¹. Así también, que “El método del contradictorio pareciera ser el mejor método para la verificación y/o refutación de una determinada hipótesis, principalmente por dos razones. En primer lugar, porque con él se impide que la decisión sea tomada en función de pruebas formadas en una única dirección (como ocurre cuando es el juez quien lleva a cabo la investigación o, peor aún, cuando ésta está delegada en cabeza del Ministerio Público)... En segundo lugar, porque el acto de interrogar, de por sí, nunca es plenamente neutral y porque, al contrario, para que sea realmente eficaz a veces llega incluso a requerir una relación de contraposición con el interrogado, por lo cual resulta conveniente, a los fines cognoscitivos, que las preguntas sean formuladas por ambas partes (la acusación y la defensa)”⁶².

Como señalé, otras normas del código completan la cosmovisión de esta expresión del acusatorio. El art. 111 del CPPF, también es vital para comprender el lugar del juez y de las partes. El gobierno de la prueba y el señorío sobre la conducción del propio discurso que será plasmado en evidencia que lo respalde en función de la tesis de cada parte, supone reglas que protejan esa concepción. Cuando la norma citada estipula que “...El juez no podrá suplir la actividad de las partes y deberá sujetarse a lo que hayan discutido”, lo que se pone de manifiesto es que el juez debe permanecer ajeno a la formulación de hipótesis, tanto en su ánimo como en su rol funcional. Ser ajeno es no agregar ni quitar en términos posicionales, ni salirse del plexo probatorio introducido por las partes en la discusión en audiencia, ni apartarse de las líneas expositivas argumentales que hayan expresado, en la medida en que la decisión postulada implique una hermenéutica que deba integrar una narrativa que vincule hechos, pruebas y argumentos que le den sentido en un cuadro explicativo general.

⁶⁰ GUZMAN, Nicolás, op. cit., p. 154.

⁶¹ GUZMAN, Nicolás, op. cit., p. 152.

⁶² GUZMAN, Nicolás, op. cit., p. 153/4.

El juez siempre contará con los criterios limitativos derivados del plexo de derechos y garantías y de los estándares de exigencia que el fiscal deba superar para cada acto procesal que requiera de un fundamento específico, en especial en todos aquéllos requerimientos que impliquen una injerencia en los derechos individuales del justiciable. Pero esa interpretación, no puede implicar una doble vía para que a través de las excusas ancladas en compromisos internacionales y la responsabilidad del Estado, el juez ocupe un lugar que por entero le corresponde al fiscal, tanto en su rol como en la pretendida y renombrada responsabilidad internacional.

El art. 135 prevé las reglas sobre la prueba. La norma plantea que la recolección de elementos estará a cargo del fiscal, que se debe al principio de objetividad y lealtad procesal. En función del art. 230 2do párrafo, la defensa debe acceder a toda la información que se haya colectado en la investigación. Esto es conocido como *discovery*. Aquí tiene relevancia sustancial la buena fe, ahora denominada lealtad procesal, del fiscal, quien debe poner en conocimiento de la contraparte todos los elementos que tenga contra el imputado para que éste pueda defenderse de la acusación desde el primer momento en que es sindicado como imputado.

La norma habilita en el inciso siguiente, b, a las demás partes a la recolección por sí de las pruebas que consideren necesarias, pudiendo recurrir al fiscal cuando corresponda su intervención, y en caso de negativa, recurrir al juez.

Esa regla expresa claramente, en el inciso c, que los jueces no pueden ordenar la incorporación de prueba de oficio. Esta disposición se integra con la anterior y con el citado art. 9 que exhibe la estructura de funcionamiento adversarial. Otra derivación lógica de ello, en la medida en que el juez no debe involucrarse en la formulación de las tesis del caso de las partes, es que tampoco puede entrometerse en la producción de prueba respecto de la que no hay desacuerdo de partes. Si el ministerio fiscal tiene interés, por qué el juez habría de objetar algo que el representante del pueblo quiere ver en la escena del juicio. Esto a su vez es compatible con otra disposición que analizaré luego, que tiene que ver con los acuerdos probatorios y con la posibilidad, no ya de acordar sobre la incorporación de prueba sino sobre el rendimiento de la misma, esto es, sobre la virtualidad probatoria que exista respecto de elementos que las partes acuerden su significado sin que deban producirse en la sala de juicio. Esto último tendrá un impacto clarificador sobre el concepto de verdad, junto a la regulación del art. 22.

El inciso b del art. 135, supone la creación del concepto “legajo de la defensa”, que estará regulado en el art. 233, estableciéndose en el párrafo 3ero, “La

información que recabe la defensa en su legajo de investigación no será pública para las restantes partes y podrá ser presentada al representante del Ministerio Público Fiscal durante la investigación preparatoria, utilizada en las audiencias preliminares para avalar sus pretensiones o al momento de la audiencia de control de la acusación”.⁶³

El legajo de la defensa es una extensión del secreto profesional. Allí están contenidos el producto de los actos de investigación, las notas relevantes sobre los puntos que componen la tesis del caso, las afirmaciones de hecho del imputado que serán estudiadas en función de la prueba, los análisis sobre las mismas, las relaciones probatorias que deberá ponderar el litigante en relación con los argumentos explicativos en orden a los intereses que se pretenda plasmar, y todo aquello que hace a los documentos de trabajo que organizan la tarea que discurre entre el contacto con el acusado y los oídos de los tribunales en las salas de juicio.

En derecho anglosajón se lo llama *attorney work product privilege* y básicamente consiste en la protección del trabajo del abogado ante el derecho de descubrimiento —*discovery*—, de la otra parte. Queda comprendido cualquier material de trabajo, papeles, documentos, archivos, que se vinculen con la preparación del caso, tanto para el abogado como para quienes dependen laboralmente de él y pueden encontrarse en poder o con acceso a cualquiera de estos documentos de trabajo. Reconoce excepciones, mayormente en materia civil, donde la contraparte puede accionar ante el juez para obtener documentos que deban ser utilizados a fines que ameriten la intromisión. En materia criminal, los papeles de trabajo del abogado son una extensión del secreto que vincula al profesional con el cliente y como tal están amparados en la reserva misma que garantiza el secreto.

El art. 232 prevé las facultades de control del juez en materia de garantías procesales y anticipos probatorios. Las resoluciones deben ser adoptadas en audiencias según el art. 111 y de conformidad con el art. 2.

⁶³ Se han escuchado algunas voces en contra de esta disposición, pero entiendo que se debe a la omisión de reparar en la vinculación de la regla con la reserva del trabajo del defensor en el sistema adversarial y a determinadas tradiciones que hacen a un funcionamiento dinámico de los diversos roles que cada actor del proceso tiene (Ver una postura crítica en DARAY, Roberto Raúl, *Código Procesal Penal de la Nación. Nota introductoria*, 1era Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 27).

Esta disposición a su vez también se conecta con la regla del art. 279, 5to párrafo, donde se estipula “Las partes podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio”.

En el marco de las decisiones sobre la prueba que será articulada en el juicio, las partes pueden arribar a acuerdos probatorios, para la concesión recíproca de determinadas afirmaciones de hecho, proposiciones fácticas, que serán aceptadas como verdaderas. Así como el juez no puede involucrarse en la revisión de prueba sobre la que hay acuerdo para su solicitud, tampoco puede rechazar concesiones probatorias que se formalicen en acuerdos expresados por las partes en la audiencia del art. 279 de control de la acusación.

Se trata de concesiones probatorias que constituyen verdades formales sobre determinados aspectos fácticos, e incluso jurídicos, en la medida que esos hechos deban componer alguna integralidad fáctico-jurídica, o que la concesión fáctica implique observaciones de índole normativa que por su valoración definan el contenido del sentido jurídico que esos hechos acordados revelan. Esta es una discusión más amplia que se vincula con la existencia o no de la distancia entre hecho y derecho, la cual ha venido acortándose desde el fallo “Casal” en adelante —ya citado—.

Lo relevante aquí es que la estructura normativa, prevé un sistema de composición de la prueba, gobernado por las partes, delimitado expresamente para garantizar que el juez conserve la equidistancia y centralidad que lo ubican en una mejor posición de imparcialidad.

A su vez, esta estructura, permite aceptar que la determinación material o real de la verdad a la que arribará la decisión del caso, ha sido dejada de lado, ante la concepción de la construcción de los discursos de las partes anudados con un camino probatorio llevado adelante por cada una de ellas, y reemplazada entonces por la verdad formal propia del derecho civil y así también de los sistema de enjuiciamiento adversariales propios del universo anglosajón.

Aquí entonces es relevante comentar la trascendencia del art. 22 del CPPF. Su título, “solución de conflictos”, grafica el objetivo del sistema procesal. En efecto “Los jueces y los representantes del Ministerio Público [fiscal y defensor], procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”.

Son diversos los enfoques que abre la norma. El centro del proceso, su objetivo, no es una ultrafinalidad normativa prevista de antemano en el espíritu de la codificación penal. Se trata de resolver un conflicto. De esta manera el producto del quebrantamiento de la ley penal es visto desde un punto de vista sociológico y no meramente normativista. Existe un hecho punible que debe ser abordado por las instituciones, pero de él emana algo que gobernará el destino de ese hecho punible, el conflicto generado y el restablecimiento de las cosas a su estado de paz en sociedad. La prioridad es una solución que se adecue al caso, a las perspectivas de los involucrados, a los deseos, intereses y pretensiones de quienes son protagonistas del conflicto. Este código ha sido calificado como el “muy acusatorio código de la víctima”⁶⁴, y ello tiene que ver con el lugar central de la víctima, como actor indispensable en las decisiones sobre los destinos del proceso así como de la recomposición del conflicto, a través de los diversos mecanismos de resolución y pacificación que prevé la normativa.

Ha quedado redactado con alguna imprecisión, sobre todo al haberse acudido a una fórmula amplia como la de paz social, a través de la cual puede abrirse un espacio para que los contenidos valorativos del sistema mixto ingresen por esta ventana y bajo el amparo de una definición amplia, se pretenda llevar adelante objetivos ajenos a los del propio litigio y sus protagonistas, y propios de la cosmovisión del juzgador, abriéndose espacios de discrecionalidad y arbitrariedad con escaso control.

Lo que queda claro aquí es que la misión inicial del esquema mixto inquisitivo del código Levene, forjando la búsqueda de la verdad como directriz central del proceso de instrucción, ha sido dejada de lado en el CPPF, reemplazada por un concepto de construcción o conformación de un resultado que tendrá objetivos que se adecuen a los intereses de parte y con ello a la configuración formal de una verdad, como expresión del resultado de las tensiones discursivas en el interior del proceso y al interior de los márgenes de los objetivos de solución y pacificación.

V.- El sistema adversarial, la dialéctica cognoscitiva y el gobierno de la prueba

Como se dijo párrafos atrás, la contracultura que debe enseñarse para la comprensión del modelo acusatorio que describe el nuevo código, debe dedicar la mayor parte de sus esfuerzos a explicitar la dialéctica cognoscitiva, el mecanismo

⁶⁴ PASTOR, Daniel R., *Lineamientos del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 1era edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 128.

de la contradicción y los principios correctivos que brindan las cualidades especiales para un entendimiento global del sistema.

Más allá de las funciones de la estructura explicadas en este documento (división de roles, imparcialidad, dialéctica de partes), hay otro lugar central en diseño normativo el cual es ocupado por el gobierno de la prueba.

Éste, es el gobierno del propio discurso, pues sin elementos de prueba obtenidos en función de una decisión basada en la organización del caso del litigante, no es posible construir una narración respaldada que pueda ser receptada en la decisión judicial final. Por consecuencia, no será posible ejercer el rol de adversario, en una lógica de contradicción, mientras no se gobierne la producción de la propia prueba. El rasgo bilateral explica en última instancia esa equivalencia que debe haber en el ejercicio de la función, que implica el dominio sobre la formación del discurso y los elementos de convicción que anudarán el respaldo que los dispositivos reglamentarios exigirán en el marco procedimental del diseño legal.⁶⁵

La prueba no es objetiva, no revela unidireccionalmente su sentido. La prueba no habla por sí sola. Es el discurso jurídico del litigante el que le da un lugar específico en un cuadro explicativo general, completo, amplio, en el que se le acuerda una comprensión de sentido específica. Algo que decididamente se vincula con la hermenéutica, con la interpretación, con la comprensión del lenguaje, algo que ingresa en los dominios de la subjetividad, y por lo tanto del ámbito de las ciencias sociales y del comprensivismo.

Con la imposibilidad de la incorporación de la prueba de oficio, por fuera del acuerdo de partes, e incluso con la posibilidad de exclusión probatoria si impera un acuerdo de partes, en tanto concedan sobre la ocurrencia de determinadas descripciones fácticas, la concepción probatoria que gobernaba el código Levene a través del art. 199, ha quedado sepultada.

La creación de un sistema de partes, bilateral, contradictorio, con un juez garante, imparcial, equidistante, que sopesa tesis contrarias, con proposiciones fácticas disímiles, nutridas de un repertorio probatorio de partes distinto entre sí, vinculados precisamente a esa mirada estratégica antagónica, por tratarse de intereses obviamente enfrentados, supone que la reflexión sobre la “pertinencia” y

⁶⁵ El debido proceso no significa nada sin el gobierno de la prueba y de la construcción del discurso jurídico.

“utilidad” de la prueba no pueda ser sopesada con los mismos estándares del sistema mixto, del juez instructor, o de un sistema metodológico ajeno a la dialéctica de partes.

Lo que es útil y pertinente para una parte, puede no serlo para la otra. Las preguntas que tienen interés para la fiscalía, podrán o no tenerlo para la defensa. Las manifestaciones atestadas en un sumario policial, responderán al interés de los funcionarios de policía, como auxiliares del fiscal, una parte del proceso, pero en absoluto el último decisor sobre qué es útil y qué no lo es para la defensa, qué es pertinente y qué no lo es para la defensa. Precisamente porque ese es el espíritu de un sistema bilateral y contradictorio. Esos son los rasgos de un sistema acusatorio y esa es la arquitectura legal que el legislador le ha asignado al nuevo código federal.

Una teoría del caso, supone la necesidad de articular una estrategia que combine, afirmaciones de hecho, sustentadas en elementos de juicio –pruebas-, que integren un cuadro explicativo en función de una tesis jurídica. La fundamentación de esta tesis, son argumentos que enlazan los elementos de prueba y dan vida y virtualidad a una teoría explicativa de todo el cuadro acusatorio o defensivo, según cada parte. Esa trama argumental otorga sentido explicativo a aquello que no habla por sí sólo.

Este es otro pilar del sistema oral, la razón del sistema adversarial propone para el juicio: un debate estratégico. Pero concebir al juicio como un ejercicio estratégico, no tiene nada que ver con la distorsión de la realidad, sino todo lo contrario, tiene que ver con la presentación de la prueba del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir lo que realmente ocurrió. Y para esta simple realidad del acusatorio, hay que reconocer el pilar fundamental de esta nueva epistemología judicial: la prueba no habla por sí sola.⁶⁶

⁶⁶ Así lo explican Duce y Baytelman, quienes advierten sobre la prueba que “...a veces, una porción de su valor es auto-evidente, pero prácticamente nunca lo es en todo el aporte que la prueba puede hacer al caso. A su turno, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente ‘revela la verdad’); por último, la prueba tiene su máximo aporte de información y peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que solo en la medida en que esas relaciones sean relevadas, la prueba aporta al caso toda la extensión –en cantidad y calidad-, de la información que posee [...]. (C)oncebir el juicio estratégicamente importa asumir que la prueba no habla por sola, sino a través de los litigantes; y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información

La función de la prueba y la relación de ésta con la construcción de la verdad, son dos caras de una misma moneda. La discusión sobre la verdad, como vimos, perdura por ausencia de acuerdo sobre las bases epistemológicas del debate. La cultura jurídica latinoamericana –de herencia continental-, ha sostenido históricamente que la idea del juicio como ejercicio estratégico controvierte la búsqueda clásica de la verdad. Ésta no puede ser sometida a manipulación alguna. La verdad está ahí y puede ser revelada. Por lo tanto, no es admisible que el camino procesal ceda en lo empírico a lo valorativo. Se necesitan únicamente las leyes de las ciencias para guiar los actos cognoscitivos de descubrimiento.

Como hemos tratado en estas páginas, cuando se lanzan estas proposiciones, no se está pensando más que en un actor del sistema de justicia –usualmente jueces plenipotenciarios como los de instrucción, figuras que remiten a la de los inquisidores-, que revelan la prueba en un sentido unívoco. Este diseño procesal desacredita las ideas que fundan los principios de contradicción e imparcialidad, que deben estar presentes para asegurar un sistema penal de garantía y la nueva epistemología judicial que trae consigo el nuevo código.⁶⁷

El nuevo esquema del proceso acusatorio oral, instaura una lógica cognoscitiva que presenta una forma de determinación de la verdad procesal, mucho más cercana a la superadora visión actual sobre lo que ocurre en el sistema de justicia y sobre quiénes son los responsables de aquella determinación.⁶⁸ La necesidad de que cada parte pueda ofrecer, producir y nutrir su propia teoría del

que posee, o bien pueden hacerlo de un modo que dicha información naufrague en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles de razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal” (cfr. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, Reimpresión, Bogotá, Colombia, Ed. Ibáñez, 2016, p. 43).

⁶⁷ CAFFERATA NORES, José I., *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Del Puerto, Bs As, 2007, p. 147.

⁶⁸ Se ha dicho que un sistema acusatorio oral “...promueve a que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos, desconfíen de toda la información (y, por lo tanto, la verifiquen), detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte (de argumentación y de prueba), construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder [...] (L)itigar juicios orales –y dirigirlos- es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio –por no decir ninguno- para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden y se pierden ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias que ello genera se comenten ante los ojos de todo el mundo” (cfr. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, op. cit., p. 41).

caso de elementos de juicio que sirvan para construir la prueba que será debatida en el juicio, es una razón neurálgica del sistema establecido.

Otro pilar fundamental sobre el gobierno de la prueba se vincula con el conocimiento de la misma, que podemos resumir en la siguiente máxima: prueba que no es conocida, mal puede ser ofrecida. La prueba que no se conoce no puede ser objeto de ofrecimiento para integrar un caso, en la medida en que su significación sólo es posible de ser articulada cuando se recorre con precisión qué expresiones concretas puede revelar.⁶⁹

Esto ocurre con los testigos. Será trabajo de la defensa robustecer los legajos de investigación con citaciones a testigos para examinarlos exhaustivamente sobre lo que conocen. Será una buena práctica procesal el registro más fidedigno del encuentro, a los efectos de resguardar la transparencia de la entrevista. Su valor, podrá articularse con lo que se denomina “declaraciones previas”, y será sustancial para tener un dominio cierto del rendimiento probatorio en el juicio y en su caso confrontar variaciones que los testigos puedan adoptar.

El gobierno de la prueba es de la parte, su contenido se integra no sólo por el control de la prueba que abonará al desarrollo del discurso jurídico que otorgará un cuadro explicativo a una hipótesis de conflicto con pretensiones de ser receptado en la decisión judicial final, sino que también se integra, por la posibilidad cierta de conocer exhaustivamente cada uno de los elementos que pueden ser utilizados en juicio.

Este enfoque comprende el derecho de descubrimiento sobre las pruebas fiscales (art. 230, 2do párrafo, CPPF), pero también el derecho de examinar pruebas que estén en el legajo fiscal, que no hayan sido exploradas en aspectos que hagan a la tesis de la defensa y deba ésta conocer la variante antes de ofrecerla en juicio. De esta manera, el sistema y su concepción, admite que el defensor cite a declarar a un testigo antes del juicio para examinar su declaración sobre puntos que son de interés a su tesis.⁷⁰

⁶⁹ El juicio oral no es para improvisar. El juicio oral es para ejecutar una estrategia bien definida sobre un caso, basada en afirmaciones sustentadas en prueba, prueba que debe ser conocida, por haber sido examinada en la instancia creada a ese efecto.

⁷⁰ Ello en tanto “El derecho a la defensa técnica no puede ser satisfecho por quien a la postre realizará la acusación, esto es, el Ministerio Público. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas

Este aspecto sobre el gobierno de la prueba, es la contracara del principio de igualdad entre las partes, puesto que “...para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (...) En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.⁷¹

La dialéctica cognoscitiva, sólo es posible concebirla bajo un diseño que efectivamente garantice la igualdad de las partes en pugna. Para que ello sea posible, no sólo debe existir una igualdad formal o posición equivalente para requerir en el proceso, sino que debe existir una igualdad material para la producción probatoria que nutrirá el discurso jurídico que exhibirá los intereses del litigante.

La relación entre la producción probatoria autónoma y la construcción del discurso jurídico en condiciones de igualdad con el acusador es un rasgo ineludible para abonar a una nueva epistemología judicial basada en el litigio de partes.

La decisión autoritativa en la determinación final del caso, y por lo tanto de la omisión o silencio de los discursos ausentes, es absoluta en esquemas en donde la conducción, construcción y producción del contenido discursivo jurídico se reserva a una figura que reúne potestades que le pertenecen a roles disímiles. La ausencia e invisibilización del contenido de esos discursos está garantizada cuando el manto de relato científico-dogmático brinda explicaciones abstractas y decisionistas sobre aspectos narrativos que pertenecen al ámbito del diálogo inter-partes.

La estructura de un sistema adversarial, supone otorgar un espacio para que la construcción de un discurso jurídico exhiba los intereses que elija, y haga visible aquello que de otra manera habría sido callado. En otras palabras “...desde la dinámica adversarial se contribuye a la construcción de la verdad, se presenta el caso de un modo tal que no oculte la gestión de los intereses en juego. Esta

en una sola persona” (cfr. Corte IDH, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 63).

⁷¹ Cfr. CIDH, OC-16/99 y así también CIDH, caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C nro. 94, párrafos 146 y 147.

presentación estratégica de la verdad (...) no es un menoscabo, sino una condición de fortalecimiento del sistema acusatorio y la existencia del principio acusatorio es lo que nos permite que exista verdadera imparcialidad; vemos pues, se trata de las bases del sistema de garantías”⁷².

La lucha discursiva garantiza la reformulación continua de todo lo establecido, en la medida en que la sala de juicio se transforma en escenario de debate irrestricto, donde los discursos otrora silenciados bajo el manto del saber dogmático-jurídico al amparo de dispositivos procedimentales en donde el conocimiento venía jerarquizado de la autoridad judicial que reunía calidades que lo empoderaban y hacían decisivo a la hora de pronunciar la verdad de los hechos, ahora pueden ser expresados públicamente, materializando las propias decisiones sobre la narrativa, sustentada en la producción de elementos de convicción en función del gobierno de la prueba que poseen las partes.

Un diseño acusatorio así entendido, recepta los problemas epistemológicos que han tensado la disputa para la configuración del derecho, de lo real y de la verdad.

Esta arquitectura normativa concibe una dimensión del litigio que concede y acepta que la verdad es construcción, que el derecho es un aspecto de una relación de conocimiento y como tal, una relación de disputa discursiva donde el saber-poder pugnará por la configuración hegemónica de una posición en el pleito. Concede y acepta que el derecho es una tensión que engloba la complejidad transdisciplinaria que la nutre y como tal, el sistema adversarial con el gobierno de la prueba de las partes, permite el uso de los medios necesarios para visibilizar los discursos jurídicos que de otra manera serían acallados o sometidos a la exclusión del proceso de producción de esas narrativas.

La razón que moviliza el sistema desde una nueva epistemología jurídica, es una práctica dialéctica que requiere para su instrumentalización un esquema de partes, que éstas estén en paridad y tengan el espacio adecuado y apropiado para dialogar racionalmente a través de un administrador ecuánime y equidistante.

Esa práctica dialéctica necesita que la discusión sea oral, pues esa será la garantía de que la misma sea pública, inmediata, concentrada, simple, desformalizada y célere.

⁷² ALLIAUD, Alejandra M., *Audiencias preliminares al juicio oral*, 1era Edición, Buenos Aires, Didot, 2016, p. 39/40.

La discusión en paridad permitirá la expresión de un esquema bilateral de contradicción, bajo una disputa discursiva de adversarios. Esa dialéctica será cognoscitiva, pues sólo bajo una arquitectura procedimental que contenga estos rasgos, producirá un conocimiento válido para ser ingresado en el ámbito de los fundamentos que nutrirán la decisión receptada en la sentencia judicial.

Así, se comprende que la noción de **dialéctica cognoscitiva** *implica* — porque está creada en esa puja—, *articula* —porque la pone en funcionamiento— y *conjuga* —porque integra cada interés expreso u oculto—, las variables sobre la configuración de la verdad jurídica, el concepto de derecho y su consecuencia: la determinación final del sentido de la norma y la estructura del litigio adversarial.