



© 2001 Editores del Puerto s.r.l.

Maipú 621 2º A
(1006) Buenos Aires
Telefax: (54-11) 4322-4209 4394-7279
E-mail: delpuerto@interlink.com.ar

Diseño de tapa: Diego Grinbaum
Maqueta de interior: Adriana Orlando

Impreso en marzo del 2001 en
LATINGRÁFICA SRL
Rocamora 416. Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723
ISBN 987-9120-41-8

Impreso en Argentina

El procedimiento abreviado

Julio B. J. Maier y Alberto Bovino (comps.)

La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*

por Máximo Langer

I. Introducción

Un fantasma recorre los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos. En los últimos doce años, un significativo número de países ha incorporado a sus procedimientos penales diversas formas de negociación por las cuales el fiscal y el imputado pueden llegar a acuerdos. Según éstos, el fiscal requiere una determinada pena, a cambio de que el imputado acepte la no realización del juicio e, incluso, admita el hecho que se le imputa y su participación en él. El tribunal puede aceptar o rechazar los acuerdos, y, según la regulación de cada país, condenar o absolver al imputado aun si ha habido acuerdo entre acusador y acusado. Pero si acepta el procedimiento abreviado, no puede imponer una pena mayor a la solicitada por el fiscal¹.

* Este trabajo fue originalmente presentado en el seminario "Garantías penales y procesales penales en una perspectiva comparada", dirigido por el Dr. Edmundo HENDLER, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Gabriel Ignacio ANITUA, Alberto BOVINO, Martín CLEMENTE, Christian COURTIS, Mirjan DAMASKA, Fernando DÍAZ CANTÓN, Edmundo HENDLER, Duncan KENNEDY, Julio B. J. MAIER, Liliana OBREGÓN, Daniel R. PASTOR, Gabriela RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Carol STEIKER, Gustavo B. SURIZ, Ignacio TEDESCO y Diego ZYSMAN B. DE QUIRÓS, por sus comentarios y ayuda

¹ En Italia, este mecanismo fue introducido por el Código de Procedimiento Penal de 1988, arts. 444 y ss. -aplicación de pena por solicitud de las partes-. En Es-

La importación de estos mecanismos de negociación tiene su origen en el derecho anglosajón –más específicamente en el *plea bargaining* estadounidense². En tal sentido, pueden incluirse en una corriente bicentenaria de importación de instituciones de esa tradición jurídica a los procesos penales de la tradición continental-europea y latinoamericana³. La distinción entre funciones requirentes y decisorias,

paña, la Ley Orgánica 7/1988 ha introducido mecanismos de esta clase en los arts. 791.3 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que, sin embargo, ya incluía desde su redacción original de 1882 un mecanismo similar en su art. 655–. Por otro lado, también lo ha hecho la Ley del Tribunal del Jurado (LO 5/1995) que ha copiado el mencionado art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (cf. DE DIEGO DIEZ, Luis-Alfredo, *La conformidad del acusado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997). El Código Procesal Penal de Guatemala, que entró en vigencia en 1994, regula, en sus arts. 464-466, el denominado “Procedimiento abreviado”. Utilizando la misma denominación, han introducido mecanismos similares el nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998, arts. 373-375 –que también le da una participación activa al querellante en los acuerdos–, y el nuevo Código Procesal Penal de Paraguay cuyas disposiciones sobre procedimiento abreviado entraron en vigencia el 9 de julio de 1999, arts. 420-421.

Las normas citadas no hacen referencia a negociaciones entre el fiscal y el imputado. Sin embargo, en tanto ellas prevén la posibilidad de acuerdos entre ambos suponen –e incentivan– la posibilidad de negociaciones entre acusador y acusado.

Por otro lado, excluyo de esta definición y del objeto de este trabajo los mecanismos de negociación, explícitos o implícitos, entre juez e imputado, como aquellos que conceden una reducción de pena al imputado a cambio de que confiese o que renuncie al juicio –como lo establece, por ejemplo, el Código de Procedimiento Penal Italiano, art. 438 y ss, mediante el denominado *giudizio abbreviato* (respecto a las diferencias entre éste y la mencionada aplicación de pena por solicitud de las partes, cf. nota 51)–.

² Cf., por todos, SCHIFFRIN, Leopoldo H., *Corsi e ricorsi de las garantías penales en la Argentina*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 484. Estos mecanismos se asemejan a una de las clases de *plea bargaining*, el *sentencing bargaining*, en el cual el objeto de negociación entre el fiscal y el imputado es sobre el monto y la clase de la pena. Pero en el sistema estadounidense este mecanismo también puede ser utilizado para negociar sobre el hecho o los hechos –*charge bargaining*–, sobre hechos relevantes para la determinación de la pena –*fact bargaining*–, etcétera.

³ En este trabajo, utilizo la expresión “importación” de mecanismos o instituciones procesales en sentido débil. Es decir, no estoy diciendo que estas “importaciones” sean meras reproducciones de institutos o ideas de otros sistemas jurídicos. En muchos de estos casos, el derecho comparado sólo ha servido como una fuente de inspiración para realizar reformas.

la adopción del juicio oral, público y contradictorio, la introducción de formas de participación ciudadana en la administración de justicia penal, la investigación penal preparatoria a cargo del fiscal, la desformalización de esta etapa del proceso, son sólo algunos ejemplos de este fenómeno⁴.

En nuestro país, estos mecanismos de negociación fueron inicialmente introducidos por el Proyecto MAIER⁵, para luego ser adoptados, entre otros, por el Código Procesal Penal de Córdoba –art. 415– y el Código Procesal Penal de la Nación –art. 431 *bis*–⁶.

Su introducción ha producido un acalorado debate en nuestra doctrina y en una pequeña parte de nuestra jurisprudencia que, en muchos casos con convincentes argumentos, han cuestionado la constitucionalidad de este instituto⁷.

⁴ Para un análisis de los motivos que han impulsado este proceso, fundamentalmente en los últimos años, así como su carácter unidireccional –del derecho anglosajón al continental europeo y latinoamericano, y no viceversa–, cf. DAMASKA, Mirjan, *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, en AA.VV., *Reforma a la justicia penal en las Américas*, Ed. The Due Process of Law Foundation, Washington, 1999, ps. 37 y siguientes.

⁵ *Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, arts. 371/3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988. Aunque es posible mencionar otros antecedentes nacionales del procedimiento abreviado como el art. 423 inc. 2° –versión original– del viejo Código de la provincia de Buenos Aires (cf. D’ÁLBORA, Francisco J., *El proceso penal y los juicios abreviados (Ley 24.285)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 463).

⁶ Mecanismos similares pueden encontrarse, entre otros, en los Códigos Procesales Penales de las provincias de Buenos Aires (arts. 395 a 402), Formosa (arts. 503 a 506), Santa Cruz (art. 517 –omisión del debate– y 518 –juicio abreviado–), y en el nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Chubut que aún no ha entrado en vigencia (art. 9.1).

⁷ No analizaré en este trabajo la corrección o desacierto de cada uno de estos argumentos. A favor del procedimiento abreviado se han pronunciado, entre otros, BRUZZONE, Gustavo A., *Acerca de la adecuación constitucional del juicio abreviado*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, n° 8 A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 571 y ss; BRUZZONE, Gustavo A., *Aspectos problemáticos de la relación entre el juicio abreviado y juicio por jurados*, inédito (en el que aclara que sólo estaría a favor del juicio abreviado en los casos en donde no correspondería, conforme al mandato constitucional, el juicio por jurados); CAFFERATA NORES, José I., *Juicio penal abreviado*, en su libro *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2° ed. actualizada, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 137 y ss.; VIVAS, Gustavo E., *La confesión tran-*

Por otro parte, dado que estos mecanismos de negociación tienen su origen en el proceso penal anglosajón, su adopción por nuestro ordenamiento legal es, también, una excelente oportunidad para reflexionar sobre las similitudes y diferencias entre esa tradición jurídica y la continental-europea y latinoamericana. Así como para analizar las ventajas y problemas que ambas presentan. En este plano de análisis, la dicotomía acusatorio-inquisitivo ha tenido, tradicionalmente, un pa-

saccional y el juicio abreviado, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 497 y siguientes.

Entre las críticas, confrontar, entre otros, ALMEYRA, Miguel Ángel, *¿Juicio abreviado o la vuelta al inquisitivo?*, en "La Ley", t. 1997-F, ps. 353 y ss.; ANITUA, Gabriel Ignacio, *En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido"*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 543 y ss.; BOVINO, Alberto, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, en esta misma obra; CÓRDOBA, Gabriela E., *El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación*, en esta misma obra; D'ÁLBORA, *El proceso penal y los juicios abreviados (Ley 24.285)*, cit.; DÍAZ CANTÓN, Fernando, *Juicio abreviado vs. Estado de derecho*, en esta misma obra; SCHIFFRIN, *Corsi e ricorsi*, cit.; TEDESCO, Ignacio F., *Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación*, en esta misma obra. Entre las decisiones jurisprudenciales que han declarado la inconstitucionalidad del juicio abreviado previsto en el CPP Nación, pueden mencionarse, entre otras, Tribunal en lo Penal Económico n° 3, Causa n° 146 "Manuel Dos Santos Amaral", voto en disidencia del Dr. GANDOLFI, resuelta el 26/8/97, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 613 y ss.; Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, Causa n° 454 "Miguel Ángel Wsylyszyn", voto en disidencia del Dr. Luis NIÑO, resuelta el 23 de septiembre de 1997, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 623 y ss.; Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, Causa n° 451 "Apolonio Osorio Sosa - Tentativa de robo agravado por el uso de armas en concurso real con abuso de armas", voto en disidencia del Dr. Mario H. MAGARIÑOS, resuelta el 23 de diciembre de 1997, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 642 y siguientes.

Dos autores extranjeros que han "participado" en esta discusión –al ser frecuentemente citados por nuestra doctrina y jurisprudencia y al haber sido traducidos al español– son FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Ed. Trotta, Madrid, 1995, y SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8, A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 417 y ss., quienes también han realizado fuertes críticas a estos mecanismos de negociación.

pel central. En tal sentido, mientras que los sistemas penales anglosajones han sido generalmente clasificados como acusatorios o más acusatorios, los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos han sido tradicionalmente considerados inquisitivos o más inquisitivos, y, a partir del siglo XIX, un grupo de ellos como mixtos o inquisitivo-reformados⁸.

Sin embargo, al analizar las reacciones negativas de nuestra doctrina y parte de nuestra jurisprudencia hacia el procedimiento abreviado, nos encontramos, a primera vista, con la siguiente paradoja. Todos los que han rechazado este mecanismo importado del derecho anglosajón –proceso tradicionalmente considerado acusatorio o más cercano al acusatorio– han calificado al procedimiento o "juicio" abreviado como inquisitivo⁹.

Por otro lado, complicando aún más la situación, varios defensores del procedimiento abreviado lo han considerado como una realización del acusatorio, pero no por tener su origen en un determinado sistema procesal, sino por razones conceptuales¹⁰.

⁸ Para una reseña y análisis de un buen número de los principales trabajos realizados en derecho procesal penal comparado en los últimos años –que, según los casos, utilizan o cuestionan la dicotomía acusatorio-inquisitivo–, cf. HENDLER, Edmundo S., *Introducción*, en AA.VV., *Sistemas procesales penales comparados*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

⁹ Todos los autores y decisiones judiciales citados en la nota 7 que critican el procedimiento abreviado –con la única excepción de SCHÜNEMANN– lo califican, además, como inquisitivo.

¹⁰ VIVAS, *La confesión transaccional y el juicio abreviado*, cit., luego de señalar que todos los sistemas procesales actuales son mixtos, dice que éstos pueden ser caracterizados "como proacusatorios o proinquisitivos, según su estructuración y funcionalidades se dirija hacia la atribución por (*sic*, debería decir "o") relaceo de facultades a las partes en litigio" (p. 509). Y agrega que el procedimiento abreviado "evidencia... el desplazamiento de un modelo de enjuiciamiento mixto hacia uno acusatorio" (ps. 508-509). CORVALÁN, Víctor R., *La simplificación procesal*, en AA.VV., *Simplificación procesal*, Ed. Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1997, ps. 556 y s., entiende que el consenso sobre el hecho y la pena torna innecesario el juicio por no haber controversia entre las partes. Y agrega que el modelo acusatorio "hace reposar el tema de la verdad en las partes, quienes pueden arribar a acuerdos sobre el relato del hecho que constituye el objeto del procedimiento, por lo tanto no es necesario para abreviar trámites o superar el contradictorio, que opine el Tribunal prestando también su conformidad" (citado por BOVINO, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 91).

En este trabajo, intentaré explicar, en primer lugar, las razones de esta aparente paradoja. Para ello mostraré que, en realidad, tanto los autores y jurisprudencia nacionales y extranjeros¹¹ utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo en, al menos, seis sentidos o niveles teórico-conceptuales distintos que, generalmente, no son adecuadamente distinguidos¹².

En segundo lugar, mostraré que los mecanismos de negociación entre acusación y defensa sí son típicos o naturales al “acusatorio”, en uno de los sentidos conceptuales más importantes en que esta expresión ha sido tradicionalmente utilizada.

Sin embargo, y en tercer lugar, no demostraré éste carácter “acusatorio” de los mecanismos de negociación para defenderlos, sino, por un lado, para dar un marco conceptual a la importación de instituciones procesales de una tradición jurídica a la otra. Y, por otra parte, para mostrar cuál es uno de los principales problemas potenciales que estos modelos procesales “acusatorios” presentan.

II. La dicotomía acusatorio-inquisitivo

Antes de comenzar a explicar los seis sentidos o niveles conceptuales en que esta dicotomía es utilizada, es necesario realizar una serie de aclaraciones.

En primer lugar, es importante resaltar que lo que intento en este apartado no es desarrollar nuevos sentidos de la dicotomía acusatorio-inquisitivo, sino reseñar y distinguir con claridad los sentidos concep-

¹¹ No pretendo hacer en este trabajo un relevamiento exhaustivo de esta cuestión en la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras. Mi investigación sólo ha incluido una pequeña parte de la doctrina y/o jurisprudencia alemana, argentina, estadounidense, francesa e italiana.

¹² En la doctrina y jurisprudencia estadounidense, los términos “*adversarial*” y “*acusatorial*” se utilizan de modo indistinto cuanto están referidos al procedimiento (cf. DAMASKA, Mirjan, *Adversary System*, en KADISH, Sanford H., “Encyclopedia of Crime and Justice”, vol. 3, The Free Press, New York, 1983, p. 24). Por lo tanto, no realizaré distinción alguna entre ambos términos en las referencias que haga respecto a la doctrina y jurisprudencia de ese país. Para una propuesta de distinción entre ellos en la doctrina estadounidense, cf. GOLDSTEIN, Abraham S., *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, en “Stanford Law Review”, vol. 26, 1974, ps. 1009 y siguientes.

tuales en que ésta es modernamente utilizada¹³. Ello no significa que quienes han utilizado estos conceptos siempre hayan sido concientes de estos distintos sentidos, ni que los distinguan adecuadamente. Por otra parte, algunos autores utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo en más de uno de estos sentidos teórico-conceptuales.

En segundo término, no todos los sentidos o niveles teórico-conceptuales han tenido la misma importancia, ni todos han sido utilizados en la misma medida por todos los autores, abogados y jueces. Sin embargo, como lo que intento es distinguir claramente los distintos sentidos en que la dicotomía acusatorio-inquisitivo es usada, es necesario a tal fin señalar, también, los usos conceptuales menos importantes.

En tercer lugar, cuando sea posible, también analizaré en cada uno de los niveles o sentidos conceptuales, lo mixto como categoría intermedia entre lo acusatorio y lo inquisitivo. Pero, como veremos, esta categoría intermedia no aparecerá en todos los sentidos teóricos en los que se ha utilizado estas categorías.

Por último, es importante resaltar ahora –aunque volveré más adelante sobre este punto– que estos seis sentidos conceptuales de la dicotomía acusatorio-inquisitivo pueden dividirse en dos grandes grupos, el descriptivo y el normativo. En el primer grupo, la dicotomía es usada para describir y analizar el *plano del ser* de los sistemas procesales. Es decir, para describir y entender qué ocurre en la realidad, en la *empiria*. En el segundo grupo, la dicotomía es utilizada para analizar problemas en el *plano del deber ser*. Es decir, para determinar la validez jurídica, o la conveniencia política o moral de determinadas normas o prácticas jurídicas. Los primeros cuatros usos que mencionaré a con-

¹³ La dicotomía acusatorio-inquisitivo ya era utilizada en el siglo XII para distinguir entre procesos que requerían el impulso de un particular para ser iniciados (*processus per accusationem*) de los procesos que podían ser iniciados en su ausencia (*processus per inquisitionem*) (cf. DAMASKA, Mirjan, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven, 1986, p. 3 –hay una reciente edición castellana de esta obra: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2000–; cf. también MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 292). Sin embargo, no analizaré este uso –que, de todos modos, puede considerarse incluido en algunos de los sentidos que describiré más adelante–, ya que no intento hacer una historia o genealogía de la dicotomía sino un análisis de sus usos modernos o relativamente modernos.

tinuación son descriptivos. Los dos últimos son normativos. Pasaré ahora a reseñar cada uno de ellos.

II. 1. Lo acusatorio y lo inquisitivo como categorías históricas

Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son rótulos que sirven para denominar un sistema procesal penal concreto o un conjunto de sistemas procesales concretos pasados o presentes. Así, por ejemplo, uno de los usos más comunes que se ha dado a esta dicotomía, ha sido denominar acusatorios al grupo de procesos penales de los países de la tradición anglosajona, e inquisitivos a los de la tradición continental-europea¹⁴. En este contexto, lo mixto serviría para denominar al Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, así como a todos los códigos que luego lo tomaron como modelo.

Es importante resaltar que no todos los que utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo en este primer sentido teórico, necesariamente coinciden en cual sería el *contenido* de la dicotomía. Esto es, todos ellos usan estas categorías en el sentido histórico señalado, pero no todos coinciden en cuál o cuáles serían los procesos penales incluidos en ella. Por ejemplo, algunos incluirían el proceso penal estadounidense dentro de esta categoría, mientras que otros lo excluirían. Esta diferencia entre *sentido teórico-conceptual* y *contenido* de la dicotomía se repetirá en cada uno de los usos que estoy analizando.

II. 2. Lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales

Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo son tipos ideales integrados por determinados elementos estructurales

¹⁴ Cf. MERRYMAN, John Henry, *The Civil Law Tradition*, 2ª ed., Stanford University Press, Stanford, California, 1985, p. 126; DAMASKA, *The Adversary System*, cit., p. 25. En *The Faces of Justice and State Authority*, cit., p. 4, este autor señala este uso al indicar que una de los modos de definir lo acusatorio y lo inquisitivo es como una descripción o representación de dos grupos distintivos que son descendientes de sistemas históricos reales, uno derivado de Inglaterra y el otro de la tradición continental. Sin embargo, como mostraré más adelante, este autor luego utiliza otra aproximación teórica para realizar sus análisis. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 747, utiliza el término también en este sentido, cuando habla del "proceso acusatorio estadounidense", como proceso penal histórico, para distinguirlo del modelo teórico acusatorio. También SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., ps. 417-418, al referirse al proceso penal estadounidense con la expresión *adversary system*.

que, además, pueden tener cierta clase de relaciones entre sí. Por lo general, ningún sistema procesal penal concreto corresponde exactamente a estos tipos ideales. Pero es posible reconocer en los procesos penales históricos una mayor o menor cantidad de rasgos correspondientes a estos tipos puros y, de este modo, determinar si se acercan en mayor o menor medida a ellos¹⁵. Cada uno de estos tipos ideales tiene su propia lógica o dinámica interna. Por este motivo, el acercamiento de un sistema procesal penal concreto a uno de estos tipos ideales, nos puede ayudar a entender parte de la lógica o dinámica de ese sistema.

Al igual que en el sentido descrito en el apartado anterior, si bien hay un buen número de autores que utilizan la dicotomía acusatorio-inquisitivo en este *sentido teórico-conceptual*, no todos ellos coinciden en cuál es el *contenido* de estas categorías. Esto es, no todos ellos coinciden en cuáles serían los elementos definitorios de estos tipos ideales. Por ejemplo, mientras algunos autores incluyen en el tipo ideal inquisitivo la persecución penal pública¹⁶, otros la excluyen¹⁷; mientras algunos consideran el sistema de pruebas legales como propio del tipo inquisitivo¹⁸, otros no lo consideran uno de sus elementos característicos¹⁹; etcétera.

En este plano teórico, el tipo ideal mixto ha sido considerado una combinación de los tipos ideales acusatorio e inquisitivo, con una in-

¹⁵ Entre los numerosos autores que utilizan la dicotomía en este sentido, pueden mencionarse, BOVINO, Alberto, *Simplificación del procedimiento y "juicio abreviado"*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", n° 8 A-1998, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 528; ESMEIN, A., *A History of Continental Criminal Procedure*, translated by John SIMPSON, Augustus M Kelley-Publishers, New York, USA, 1968, ps. 3 a 12; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 563; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., ps. 442 y siguientes (entre otras); PRADEL, Jean, *Inquisitoire-Accusatoire: una redoutable complexité*, en "Revue Internationale de Droit Penal", año 68, 1º y 2º trimestre de 1997, Éres, p. 214; SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., p. 417 y ss.; y VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., actualizada por los Dres. Manuel N. AYÁN y José I. CAFFERATA NORES, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1982, p. 19 y siguientes.

¹⁶ Cf., por todos, ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure*, cit., p. 8.

¹⁷ Cf., por todos, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 563.

¹⁸ Cf., por todos, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 448.

¹⁹ Cf. PRADEL, *Inquisitoire-Accusatoire: una redoutable complexité*, cit., p. 214.

vestigación preliminar predominantemente inquisitiva y un juicio predominantemente acusatorio²⁰.

Es importante resaltar que en tanto estas tipologías son herramientas descriptivas para analizar los procesos penales reales, el modo en que definamos estos tipos puros no es verdadero ni falso, sino más útil o menos útil para que cumplan su objetivo.

II. 3. Lo acusatorio y lo inquisitivo como mecanismos o subsistemas que cumplen cierta función en el sistema procesal

En este sentido teórico o conceptual es inquisitivo todo subsistema o mecanismo procesal cuya *función* sea la obtención coercitiva de reconocimientos de culpabilidad por parte de los imputados²¹. Desde esta perspectiva, no importa cuáles son los elementos del sistema y del subsistema o mecanismo –como sí es central en los tipos puros o ideales–. Esto es, no importa si los reconocimientos de culpabilidad coercitivos son obtenidos por un juez inquisidor torturando al imputado, por un fiscal en un plano de igualdad formal con éste, por un policía haciéndole preguntas al imputado antes de informarle sus derechos, por un gran jurado durante sus procedimientos secretos o, incluso, por un juez-psiquiatra utilizando hipnosis²². Tampoco importa si está

²⁰ Cf., por todos, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 362.

²¹ Utilizo el término “reconocimiento de culpabilidad” para incluir instituciones distintas como la confesión –típica de la tradición continental-europea y latinoamericana– y el *guilty plea* –típico del proceso penal anglosajón–. Sobre la diferencia entre *guilty plea* y confesión, confrontar el capítulo IV del presente trabajo.

²² Este sentido teórico-conceptual de la dicotomía no ha sido señalado o descrito autónomamente con anterioridad. Sin embargo, es posible encontrar este uso en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeros, y, especialmente, en varias de las críticas que se le han realizado al procedimiento abreviado. Por ejemplo, BOVINO, *Procedimiento abreviado y juicio por jurados*, cit., p. 74, dice: “La coacción propia del mecanismo del ‘juicio abreviado’ consiste en la reducción de la pena que ofrece el fiscal a cambio de la confesión... El carácter *inquisitivo* del ‘juicio abreviado’ pone de manifiesto la intención de *condenar sobre la base de la confesión extraída coactivamente*” (el destacado me pertenece). Por su lado, CÓRDOBA, *El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 245, dice: “Esto significa, sin duda, un regreso a prácticas *inquisitivas*: la confesión, que ya no puede ser arrancada por tortura, es obtenida privando de su libertad al imputado para des-

coerción es ejercida en un proceso penal con persecución penal pública o privada, secreto o público, escrito u oral. Lo definitorio en este caso es que el subsistema o mecanismo procesal cumple la *función* de obtener reconocimientos de culpabilidad coactivamente y por eso es llamado inquisitivo²³.

pués obligarlo a pactar para recuperarla o para conocer con precisión cuándo va a recuperarla... Así, primero se castiga, en todo o en parte, con la prisión preventiva, y después se enjuicia, con lo cual se aprecia con claridad *la función directamente inquisitiva* que asume el encarcelamiento procesal” (el destacado me pertenece). Es decir, aquí lo inquisitivo no es un completo sistema procesal sino todo mecanismo utilizado para obtener reconocimientos de culpabilidad de modo coactivo. No importa cuáles son los mecanismos concretos (reducción de pena, prisión preventiva o procedimiento abreviado). El punto es que son calificados como inquisitivos por obtener reconocimientos de culpabilidad coactivamente. Un uso similar del término “inquisitivo” puede encontrarse en ANITUA, *En defensa del juicio*, cit., p. 544; y Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, Causa n° 451 “Apolonio Osorio Sosa – Tentativa de robo agravado por el uso de armas en consurso real con abuso de armas”, voto en disidencia del Dr. Mario H. MAGARIÑOS, cit., p. 645/6. En Estados Unidos, cf. *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 596-7. 16 S.Ct. 644, 646 (1896), citado en *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 442-3, 86 S.Ct. 1602, 1611 (1966). Este sentido conceptual también puede reconocerse en la ya clásica comparación que realizara LANGBEIN, John H., *Torture and Plea Bargaining*, en “The University of Chicago Law Review” 46 (1978), ps. 3 y ss., entre tortura y *plea bargaining*. Lo que ambos tienen en común, según LANGBEIN, es que son mecanismos para obtener coercitivamente admisiones de culpabilidad por parte de los imputados. LANGBEIN no usa el término “inquisitivo” para denominar ambos mecanismos, pero si lo hiciera se ajustaría perfectamente al sentido teórico-conceptual que he analizado en este apartado II. 3.

²³ Por oposición, la expresión “acusatorio” serviría para referirse a todo mecanismo o subsistema que no cumpliera la función de obtener confesiones coactivamente. Puede verse un uso cercano a este sentido, en el siguiente párrafo de FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 607-608: “En el interrogatorio del imputado es donde se manifiestan y se miden las diferencias más profundas entre método inquisitivo y método acusatorio. En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba ‘el comienzo de la guerra forense’, es decir, ‘el primer ataque’ del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión... Por el contrario, en el modelo garantista del proceso acusatorio... el interrogatorio es el principal medio de defensa y tiene la única función de dar materialmente vida al juicio contradictorio y permitir al imputado refutar la acusación o aducir argumentos para justificarse”.

II. 4. Lo acusatorio y lo inquisitivo como intereses o finalidades contrapuestos

Según esta aproximación teórica, lo acusatorio y lo inquisitivo representarían diferentes intereses o finalidades contrapuestos, presentes en todo proceso penal. Los autores que utilizan la dicotomía en este *sentido conceptual*, tampoco coinciden en cuál sería el *contenido* de ésta. Es decir, no coinciden en cuáles serían estos intereses o finalidades contrapuestos. Por ejemplo, para algunos lo inquisitivo representaría la exigencia de represión del delito y lo acusatorio el respeto a los derechos del imputado²⁴. Para otros, mientras lo inquisitivo representaría la finalidad del proceso penal de castigar los culpables, lo acusatorio representaría la finalidad de absolver los inocentes²⁵.

En este sentido, todo sistema procesal es mixto, ya que en todo sistema procesal sería posible encontrar estos intereses o finalidades contrapuestos. Sin embargo, los procesos penales concretos suelen tender a privilegiar o dar más énfasis a uno u otro de estos intereses o finalidades.

II. 5. Lo acusatorio y lo inquisitivo como principios normativos

Según este sentido teórico, lo acusatorio es un principio normativo del sistema jurídico y/o de un determinado modelo político-normativo²⁶. Es lo que usualmente se ha denominado acusatorio formal, para

²⁴ Cf. ZAPPALA, ELIZO, *Le Procès Pénal Italien entre Système Inquisitoire et Système Accusatoire*, en "Revue Internationale de Droit Penal", año 68, 1º y 2º trimestre de 1997, Éres, p. 111.

²⁵ Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 604, quien dice: "Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue... dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes... La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y que el segundo pone sobre la otra".

²⁶ Cf., entre otros, ANITUA, *En defensa del juicio*, cit., ps. 547-548; BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal*, trad. de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. Conrado A. FINZI, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 48 y ss.; BOVINO, *Simplificación del procedimiento y "juicio abreviado"*, cit., p. 535; D'ÁLBORA, *El proceso penal y los juicios abreviados (Ley 24.825)*, cit., p. 461; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit.,

distinguirlo del acusatorio material que correspondería a lo acusatorio como tipo ideal –ya descrito en el apartado II. 2–. Lo inquisitivo sería la negación de este principio. Esta aproximación conceptual sobre la dicotomía acusatorio-inquisitivo es utilizada por numerosos autores. Sin embargo, como en los sentidos o aproximaciones teóricas ya analizados, no existe coincidencia plena sobre su contenido. Por ejemplo, para algunos, el principio acusatorio significa que debe haber una neta separación entre las funciones requirente y decisoria²⁷; para otros sólo que quien formula la acusación *debe ser* alguien distinto que quien decide sobre la culpabilidad²⁸; etcétera²⁹.

p. 99; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, y GONZÁLEZ, François, *La Procédure Pénale Face au Principe Accusatoire: La Position Adoptée para le Ministère Public en Espagne et dans les Principaux Pays Latino-Américains. Influences européennes et nord-américaines*, en "Revue Internationale de Droit Penal", año 68, 1º y 2º trimestre de 1997, Éres, ps. 62/64; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 362; SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, versión castellana del Dr. José Manuel NÚÑEZ, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, ps. 195-199. Entre las opiniones judiciales, cf. Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, Causa n° 451 "Apolonio Osorio Sosa - Tentativa de robo agravado por el uso de armas en consurso real con abuso de armas", voto en disidencia del Dr. Mario H. MARGARIÑOS, cit., p. 647. Lo acusatorio también es utilizado en este sentido conceptual en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, § 151 y § 152, párr. 1.

²⁷ Cf., por todos, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., p. 362.

²⁸ Cf., por todos, GÓMEZ COLOMER y GONZÁLEZ, *La Procédure Pénale Face au Principe Accusatoire*, cit., quienes también agregan, como parte del contenido del principio acusatorio, otros dos requisitos que no analizaré aquí.

²⁹ El principio acusatorio también ha sido utilizado, por algunos autores, en un sentido *descriptivo*. Por ejemplo, para analizar qué sistemas procesales concretos realizan una clara distinción entre función requirente y decisoria –sin abrir necesariamente un juicio normativo sobre este fenómeno–. Este es un séptimo sentido teórico-conceptual en el cual la dicotomía acusatorio-inquisitivo es modernamente utilizada. No la he incluido en el texto principal porque se ha hecho de ella un uso relativamente menor y, fundamentalmente, para mantener la claridad y fluidez de mi exposición. Pero debe también considerarse si queremos distinguir claramente los distintos sentidos teórico-conceptuales en los que se ha utilizado la dicotomía. Un ejemplo de este uso puede encontrarse en FERRAJOLI y el axioma 8 de su sistema garantista. Ya que, como analizaré con más detalle más adelante, todos los axiomas que FERRAJOLI desarrolla en *Derecho y razón*, cit., tienen, a la vez, una dimensión normativa y otra descriptiva. Así, con referencia a los sistemas que carecen de alguna de los axiomas previstos en su sistema garantista (SG) señala este autor: "Cada uno de estos sistemas resulta caracterizado, respecto de SG, por la falta o el debilitamiento, además de la garantía

II. 6. Lo acusatorio y lo inquisitivo como modelos normativos

Según esta aproximación teórico-conceptual, lo acusatorio representa un modelo normativo de proceso penal, exigido por el ordenamiento jurídico y/o por un determinado modelo político-normativo. Por ejemplo, es posible afirmar que nuestra Constitución Nacional y algunos de los pactos internacionales de jerarquía constitucional requieren que el proceso penal *debe* presentar una serie de elementos que, según diversos autores, corresponderían a un modelo acusatorio. Por ejemplo, una neta separación entre función requirente y decisoria –exigida por la garantía de imparcialidad y la defensa en juicio–, un juicio oral, público y contradictorio, un juicio por jurados, etc. Lo inquisitivo sería, aquí, la negación de este modelo normativo o constituiría un modelo normativo opuesto a éste³⁰.

sustraída, también de muchas de las que presupone y la preceden en el orden en el que los distintos sistemas han sido enumerados. *Y vale no sólo para configurar modelos teóricos y normativos con un grado de garantismo sucesivamente inferior, sino también para describir la composición real de los ordenamientos penales positivos o de sus instituciones específicas...* (el destacado me pertenece) (p. 98).

³⁰ Cf., por ejemplo, Tribunal en lo Penal Económico n° 3, Causa n° 146 “Manuel Dos Santos Amaral”, voto en disidencia del Dr. GANDOLFI, cit., p. 617, quien dice: “El modelo acusatorio introducido por la nueva ley procesal se ve afectado por la aplicación del art. 431 bis, ya que el mismo constituye un retorno al modelo inquisitivo previsto por la legislación anterior; en el que la *probatio probatissima* es la confesión del imputado, privándose a las partes y al tribunal de contar con los resultados de la prueba producida durante el debate” (el destacado no pertenece al original). Aquí lo acusatorio y lo inquisitivo están usados como modelos normativos, el primero establecido por el CPP Nación de 1992 y el segundo por el viejo CPMP. Esto es, lo acusatorio y lo inquisitivo están referidos a un conjunto de normas que presentan determinadas exigencias normativas. También puede confrontarse el voto en disidencia del Dr. Luis NIÑO, Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, Causa n° 454 “Miguel Ángel Wsylyszyn”, cit., p. 627, quien dice: “Debo comenzar el despliegue argumental acudiendo a una obviedad que hoy no parece ser tal: ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en la ley anterior al hecho del proceso, según requisito previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional... Allí queda plasmada una objeción básica al nuevo rito. El llamado “juicio abreviado” nada tiene de juicio. En lugar de abreviar la etapa...del procedimiento preparatorio, clara supervivencia inquisitiva en cuerpos de leyes como el vigente en nuestra órbita federal, suprime el juicio, que es la etapa republicana por excelencia, reclamada...por la Norma Suprema, así como por diversos instrumentos componentes del bloque de constitucionalidad incorporado por el art. 75, inc. 22” (la segunda frase en cursiva no pertenece al original). Acá se ve como lo inquisitivo es un modelo normativo que sobrevive en la investigación preparatoria prevista por el CPP Nación.

La diferencia entre este sentido teórico de lo acusatorio y el descriptivo en el apartado II. 2 –lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales descriptivos– es que, en este último, lo acusatorio es un tipo puro o ideal que sirve para analizar y entender el *mundo del ser*. En cambio, lo acusatorio como modelo normativo sirve para analizar que *debe ser*. Esto es, mientras que en un caso el modelo sirve como *herramienta descriptiva*, en el otro es una *herramienta normativa*. Pero es perfectamente posible que ambas clases de modelos presenten los mismos elementos. Sólo que unos servirían para *describir* los sistemas procesales penales reales y otros servirían para *prescribir* qué elementos deberían tener estos sistemas –como ocurre con el sistema garantista de FERRAJOLI–. Por ejemplo, es posible que la oralidad y la publicidad sean elementos de lo acusatorio como tipo puro descriptivo –que nos servirían, como tales, para analizar sistemas procesales concretos–. Y, a la vez, sean exigencias de un modelo normativo –según el cual sería inválido todo proceso penal que no fuera oral y público–.

Por otro lado, la diferencia entre lo acusatorio como principio y como modelo normativos es, si se quiere, una cuestión de grados. En el primer caso lo acusatorio es sólo un principio del ordenamiento jurídico –o de otra clase de sistema normativo–, que sólo prescribe que el sistema procesal debe respetar una exigencia. Por ejemplo, la clara distinción entre funciones requirente y decisoria. En cambio, en el segundo caso lo acusatorio establece un sistema completo –o comparativamente más completo– de enjuiciamiento penal que requiere una serie de elementos como, por ejemplo, imparcialidad, defensa, oralidad, publicidad, contradictorio, jurados, etcétera.

III. Algunas consideraciones sobre las distinciones realizadas

La clara distinción entre estos distintos sentidos teórico-conceptuales de la dicotomía acusatorio-inquisitivo es útil por una multiplicidad de razones. Señalaré aquí tres de ellas.

En primer lugar, las distinciones realizadas explican la paradoja que mencioné al comienzo de este trabajo. Por ejemplo, la paradoja mencionada en la introducción se explica porque los mecanismos de negociación como el procedimiento abreviado pueden ser considerados “acusatorios” como categoría histórica –apartado II. 1–, en tanto elementos característicos de un proceso penal concreto que ha sido considerado “acusatorio” en este sentido conceptual: el proceso penal estadounidense. También, pueden ser considerados acusatorios porque es posible definir el contenido del tipo ideal acusatorio –en el sen-

tido descrito en el apartado II. 2-, de modo tal que éste contenga como uno de sus elementos naturales los mecanismos de negociación –como analizaré en detalle en el próximo capítulo–.

Por otro lado, estos mismos mecanismos pueden ser considerados “inquisitivos” porque constituyen un mecanismo para obtener admisiones de culpabilidad de modo coercitivo –lo inquisitivo como mecanismo que cumple cierta función en el sistema procesal–. Y/o porque no se ajustan al modelo normativo establecido por la Constitución Nacional que establece que los juicios deben ser orales y públicos, etc. –lo acusatorio como modelo normativo–. Y/o porque no se ajustan a ciertos definiciones de lo acusatorio como tipo puro o ideal que sólo lo conciben como una disputa formal entre acusador y acusado y, por lo tanto, no disponible por ellos. Y/o porque reunirían en el papel del fiscal la función requirente y la decisoria, violando una de las definiciones de lo acusatorio como principio normativo –apartado II. 5–.

En segundo lugar, las distinciones realizadas deberían servir para separar las discusiones semánticas –de menor importancia– de las conceptuales y valorativas. No sólo en torno al procedimiento abreviado sino también en toda otra discusión en la que se utilice la dicotomía acusatorio-inquisitivo como instrumento de análisis. Sino se corre el riesgo de que tanto las discusiones científico-académicas como las discusiones públicas sobre diversos aspectos del proceso penal se conviertan en diálogos de sordos o meros malos entendidos, en lugar de en discusiones y análisis sustanciales³¹.

En tercer lugar, las distinciones realizadas también son útiles para separar claramente los análisis descriptivos de los normativos, tan comúnmente confundidos al utilizar esta dicotomía. Esto es de especial importancia para preservar la utilidad de cada una de estas clases de análisis.

La constante confusión entre ambos planos tiene su origen en que, tradicionalmente, el término acusatorio ha tenido un signo positivo, relacionado con una concepción del proceso penal respetuosa de las li-

³¹ No estoy diciendo que éste sea el caso en la reciente discusión de nuestra doctrina y jurisprudencia en torno al procedimiento o “juicio” abreviado. Ésta ha sido, sin dudas, una de las más interesantes que se ha dado en nuestro ámbito jurídico-penal en los últimos años. Creo, sin embargo, que si todos los participantes de ella hubieran distinguido claramente los distintos sentidos teórico-conceptuales analizados, esta discusión y estos análisis podrían haber sido aún más fructíferos.

bertades individuales y asociada a un modelo de Estado liberal o democrático –lo que modernamente se suele resumir en el concepto Estado de Derecho–. Lo inquisitivo, por su parte, ha tenido el signo opuesto, siendo asociado con un tipo de proceso penal y de Estado de carácter autoritario³². Esto ha llevado a que, por razones retóricas, haya habido una auténtica lucha por la apropiación del término “acusatorio” –si se quiere, por la apropiación del significante flotante “acusatorio”–. Y, como contracara, una lucha por atribuirle el carácter de “inquisitivo” a los elementos o mecanismos o modelos procesales considerados negativos o criticables.

Uno de los principales problemas de esta confusión –a veces consciente, a veces inconsciente– entre los análisis normativos y descriptivos es que ha disminuido sensiblemente el potencial y la utilidad de estos últimos.

Por ejemplo, la discusión sobre qué elementos integran lo acusatorio y lo inquisitivo como tipos ideales de carácter descriptivo debería estar centrada en la mayor o menor utilidad de estos tipos puros para analizar y entender la dinámica de los procesos penales reales. Sin embargo, al confundirse el plano descriptivo con el normativo, la discusión sobre la inclusión o no de determinados elementos en estos tipos ideales pasa por determinar si éstos son o no normativamente deseables. Se disminuye, así, el potencial de estas herramientas descriptivas que podrían ser de enorme utilidad para analizar las problemáticas que presentan los sistemas legales³³.

³² Cf. entre otros, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 564 y 636-637 (nota 84); MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., ps. 442 y ss; PRADEL, *Inquisitoire-Accusatoire: une redoutable complexité*, cit., p. 215; VELEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, cit., ps. 19 y siguientes.

³³ Éste es uno de los problemas que, como analizaré con más detalle más adelante, puede presentar una obra de la sofisticación e importancia teórica como *Derecho y razón* de Luigi FERRAJOLI –aun cuando este autor distingue con claridad los planos descriptivo y normativo–. Su sistema garantista SG incluye –como garantías primarias o secundarias– los elementos de su modelo teórico acusatorio –rígida separación entre juez y acusación, igualdad entre acusación y defensa, y publicidad y oralidad del juicio, ver p. 563–. Por lo tanto, la determinación de cuáles son los elementos definitorios del modelo teórico acusatorio no está basada en la mayor o menor utilidad *descriptiva* de este modelo teórico, sino en juicios de valor relacionados con el papel *prescriptivo* que tiene su sistema garantista SG. Esto no es en modo alguno objetable desde una perspectiva normativa –dada la utilidad e importancia

El problema tal vez sea que, actualmente, en parte como consecuencia de este proceso de apropiación retórica, la dicotomía acusatorio-inquisitivo hace referencia a sentidos o análisis teóricos demasiado distintos y numerosos. Es por ello que, tal vez, lo mejor sería directamente abandonar la dicotomía o limitarla solamente a uno de estos sentidos conceptuales. Sin embargo, mientras no hagamos esto, al utilizar la dicotomía acusatorio-inquisitivo deberíamos, al menos, señalar en cuál de estos sentidos lo estamos haciendo.

IV. El modelo de la disputa y el modelo de la investigación oficial

En este capítulo, analizaré los mecanismos de negociación como el “juicio” o procedimiento abreviado del CPP Nación, desde una perspectiva teórica como la descrita en el apartado II. 2. Es decir, desarrollaré dos tipos ideales distintos, y analizaré en qué medida los mecanismos de negociación son naturales a éstos. Antes de comenzar, es preciso realizar dos aclaraciones.

En primer lugar, los tipos ideales que desarrollaré intentan resaltar algunas de las mayores diferencias que han existido, tradicionalmente, entre los procesos penales anglosajones, y los continental-europeos y latinoamericanos. Pero, concientemente, dejaré fuera del análisis –y, por lo tanto, del contenido de los respectivos tipos ideales– otros aspectos que también son importantes para comprender las diferencias entre ambas tradiciones y el funcionamiento global de los procesos penales modernos. En otras palabras, los tipos ideales que desarrollaré son útiles para entender y analizar algunas diferencias centrales entre ambas tradiciones jurídicas, y, particularmente, los mecanismos de negociación como el *plea bargaining* y el procedimiento abreviado. Pero ellos no son tipos puros completos u omnicomprensivos y sería posi-

prescriptiva que tiene su modelo SG-. Pero sí abre interrogantes sobre la utilidad descriptiva de sus modelos teóricos acusatorio e inquisitivo. Por ejemplo, como mostraré más adelante, creo que éstos no tienen demasiada utilidad para entender algunas de las principales diferencias que tradicionalmente ha habido entre los sistemas procesales penales continental-europeos y latinoamericanos, y los anglosajones. Como también mostraré, el mismo problema se presenta en todos los autores nacionales que han definido lo acusatorio como una disputa formal entre acusador y acusado –de la cual éstos no pueden disponer–.

ble agregarles nuevos elementos, así como desarrollar otras tipologías que se complementen con éstas³⁴.

En segundo lugar, es preciso resaltar que el desarrollo de estos tipos ideales no tiene una finalidad normativa sino descriptiva. Es por ello que, para evitar discusiones semánticas que considero estériles en este contexto, no denominaré acusatorio e inquisitivo a los respectivos tipos ideales. Aun cuando corresponden, en alguna medida, a la definición que han dado algunos autores de esta dicotomía.

Según el primero de estos tipos ideales, el proceso penal es una disputa o lucha entre dos partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero –el juez o árbitro– que se encuentra en una posición relativamente pasiva. La relación entre las partes y el juez puede representarse como un triángulo equilátero o isóceles, con el juez o árbitro ocupando el vértice superior; y las partes ocupando, en el mismo nivel, los

³⁴ DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority*, cit., ha desarrollado cuatro interesantes tipologías que sirven para analizar toda clase de procedimientos (civiles, penales, etc.). Por un lado, ha distinguido dos modos de organizar la autoridad, el ideal de la coordinación –cuyos oficiales son legos cuya autoridad está distribuida horizontalmente y que aplican criterios de justicia sustantivos– y el ideal de la jerarquía –cuyos oficiales son profesionales cuya autoridad está organizada jerárquicamente y que aplican criterios técnicos en sus decisiones–. Por otra parte, ha desarrollado dos tipologías del procedimiento asociadas, cada una de ellas, con un determinado fin del Estado. Según la primera, el Estado tiene un papel “reactivo” en la sociedad, en el sentido que se limita a proveer un marco para que los ciudadanos puedan perseguir sus propios ideales. En esta tipología, entonces, el procedimiento sería un mecanismo para resolver conflictos entre los ciudadanos. Según la segunda de estas tipologías, el Estado tiene un papel “activo” en la sociedad, en el sentido que aboga por una teoría sobre cuál es la vida buena o correcta y la utiliza como base para un programa global de mejoramiento material y moral de sus ciudadanos. En esta última tipología, el procedimiento es un mecanismo para implementar políticas públicas. DAMASKA utiliza entonces estas tipologías para analizar un buen número de procedimientos históricos, pasados y presentes. Los modelos que desarrollaré en este capítulo están inspirados en estas últimas dos tipologías, pero sólo en cuanto a la *forma* del procedimiento –disputa entre partes vs. investigación oficial–, no respecto del fin o papel que cumpliría el Estado a través de él.

Para un trabajo pionero en la aplicación del instrumental teórico desarrollado por DAMASKA para comparar los procesos penales estadounidenses y argentinos –fundamentalmente, el viejo CPMP y el Proyecto MAIER–, cf. CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990. Aunque este autor desarrolla su propia terminología y modelos.

dos vértices inferiores. En este modelo, las partes son las dueñas de la contienda y son ellas las que, mediante su actividad, llevan adelante el procedimiento. Llamaré a este tipo ideal el *modelo de la disputa*. Como es claro, responde de un modo bastante ajustado a ciertas definiciones que se han dado de lo acusatorio como tipo ideal o puro –en el sentido descripto en el apartado II. 2–³⁵.

³⁵ Tradicionalmente, un buen número de autores han incluido como uno de los elementos del tipo ideal o puro acusatorio –apartado II. 2– esta relación triádica entre acusador y acusado en pie de igualdad, y el juez o jueces en posición de árbitro pasivo respecto de la disputa o combate entre aquéllos. Cf., por todos, VÉLEZ MARI-CONDE, *Derecho procesal penal*, cit., p. 21.

Sin embargo, hay dos modos distintos de concebir este litigio entre acusador y acusado en pie de igualdad frente a un tercero imparcial. Por un lado, como una *disputa material* en el sentido que las partes son las dueñas del litigio y, como tales, pueden disponer en cualquier momento de él. Por otra parte, como una *disputa formal* según la cual el acusador y el acusado deben enfrentarse en pie de igualdad, pero ellos no son dueños de la disputa –y, por lo tanto, no pueden disponer de ella–.

No es casual que muchos de los que han criticado a los mecanismos de negociación como el procedimiento abreviado, hayan concebido al sistema acusatorio como una disputa formal entre acusador y acusado –aunque no siempre dejando en claro si se refieren al sistema acusatorio como tipo ideal descriptivo (sección II. 2) o como modelo normativo (sección II. 6)– (cf., por ejemplo, ANITUA, *En defensa del juicio*, cit., ps. 549 y ss.; D'ÁLBORA, *El proceso penal y los juicios abreviados* (Lev 24.285), cit., p. 461; DÍAZ CANTÓN, *Juicio abreviado vs. Estado de derecho*, cit., ps. 260 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 563; SCHIFFRIN, *Corsi e ricorsi*, cit., p. 488). Si el acusatorio es sólo una disputa formal, entonces el acusador y el acusado no pueden disponer sobre ella y, por lo tanto, no tiene sentido que haya negociaciones.

Pero aquí se ve la importancia de distinguir el plano descriptivo del normativo. Desde un punto de vista normativo, es posible que no sea política ni moralmente deseable, ni jurídicamente válido, que el acusador y el acusado puedan disponer del proceso penal. En este plano normativo, entonces, puede ser que haya que considerar al proceso penal como una disputa formal entre acusador y acusado y rechazar los mecanismos de negociación –aunque no entraré a analizar este punto en este trabajo–.

En cambio, en el plano descriptivo, convendrá o no concebir un determinado tipo ideal como una disputa formal o material, según *el poder explicativo* que dicho tipo ideal tenga. Y es en este plano en donde a efectos de percibir claramente y analizar las diferencias entre los sistemas procesales penales de la tradición anglosajona y los de la tradición continental-europea y latinoamericana, es *más útil* –tiene *mayor poder explicativo*– concebir la disputa entre acusador y acusado como material. Es posible que para analizar otros fenómenos empíricos, otros tipos ideales sean más útiles, pero no para analizar el tema que desarrollaré en éste y los próximos capítulos.

Según el segundo de estos tipos ideales, el proceso penal es una investigación realizada por uno o más oficiales estatales, con el objeto de determinar si es verdad que el imputado ha cometido un delito. Los oficiales estatales pueden ser uno o más de uno, pero ninguno de ellos es una parte, ya que ellos no tienen un interés predeterminado en cómo debe resolverse el proceso. Su trabajo es determinar, de modo imparcial, la verdad real ocurrida, estando tan interesados en que se condene a los culpables como en que se absuelva a los inocentes. Es por ello que, si se representa gráficamente la relación entre los oficiales estatales y el imputado, aquéllos son representados por encima de éste. Ya que él es, por definición, parcial, en el sentido que sí tiene un interés propio en cómo se resuelva el proceso. Por otro lado, en este tipo ideal, el proceso no se desarrolla mediante la actividad de las partes –de hecho no hay partes en el sentido mencionado en el modelo de la disputa–³⁶, sino mediante la actividad de los oficiales del Estado. Llamaré a este tipo ideal el *modelo de la investigación oficial*. Es fácil reconocer en él a un buen número de los elementos que muchos autores han atribuido al tipo ideal inquisitivo, como la persecución penal pública y la averiguación de la verdad como meta del proceso.

La utilidad del modelo de la disputa y el modelo de la investigación oficial es que nos permiten entender algunas de las principales diferencias entre la concepción de proceso penal propia del derecho anglosajón y la correspondiente al derecho continental-europeo y latinoamericano. Obviamente, los procesos penales concretos de estas dos tradiciones no se ajustan exactamente a cada uno de los tipos ideales recién desarrollados. Pero, sin duda, se aproximan mucho a uno u otro de ellos.

Así, por ejemplo, si bien el actual proceso penal estadounidense presenta como acusador a un funcionario estatal, el fiscal –rasgo que lo aleja del modelo de la disputa ya que es más difícil considerar a un funcionario estatal como una parte con un interés propio en el litigio–³⁷, este proceso se acerca mucho más a este modelo que cualquier

³⁶ Cf., con referencia a los procesos penales argentinos –que se acercan, en este punto, al modelo de la investigación oficial que estoy describiendo–, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1, cit., ps. 507-508.

³⁷ Para un análisis histórico sobre el establecimiento de la persecución penal pública en Estados Unidos, cf. BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en "Pena y Estado", n° 2, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 47 y siguientes.

ra de los procedimientos de la tradición continental-europea y latinoamericana³⁸. En primer lugar, porque el fiscal estadounidense es considerado, formalmente, una parte del proceso³⁹. De ahí que esté en un plano de igualdad formal con la defensa, teniendo, en principio, los mismos poderes que ésta. A su vez, el carácter de parte de este actor también está dado por la vigencia, prácticamente absoluta en Estados Unidos, del principio dispositivo⁴⁰. Este elemento es natural al modelo de la disputa ya que si el acusador es, junto con el imputado, uno de los dueños de la contienda, es natural que pueda en cualquier momento desistirla total o parcialmente, sin tener que dar mayores explicaciones a nadie por esta decisión.

En segundo lugar, la aproximación del sistema estadounidense al modelo de la disputa también está dada porque el juez –y el jurado–

³⁸ Incluso países de la tradición continental-europea como Italia, que mediante su Código Procesal Penal de 1988 han intentado acercar su proceso penal al modelo de la disputa, mantienen rasgos que son claramente ajenos a él. Por ejemplo, el principio de legalidad procesal, que en ese país tiene jerarquía constitucional.

³⁹ Cf., por todos, BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, cit., p. 49, quien señala: “A diferencia de lo que sucedió en el derecho continental –donde el establecimiento de la persecución penal pública significó la adopción de un nuevo modelo de procedimiento penal, profundamente distinto al anterior–, la irrupción de la persecución penal pública en el territorio estadounidense no implicó la adopción de un nuevo modelo de enjuiciamiento penal. El acusador estatal estadounidense habrá de intervenir en un procedimiento cuyos principios estructurales fueron desarrollados durante la intervención del acusador particular”. Ésta es una de las principales razones por las cuales, al menos formalmente, el fiscal es considerado una parte del proceso.

Otros rasgos que explican que el fiscal sea percibido –y se perciba a sí mismo– como una parte, están relacionados con su posición institucional. CARRIÓ, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, cit., p. 70, señala dos rasgos que explican este fenómeno. Por un lado, “para el tercero juzgador (juez o jurado), el fiscal que interviene en un caso es claramente una persona sin punto alguno de contacto con el aparato judicial. Esto es, el fiscal no es un funcionario reclutado de las filas de una carrera burocrática oficial, ni tiene ni recibe un *status* similar al de la magistratura”. Por otro lado, “el fiscal es un funcionario electivo, independiente y no demasiado ligado a la estructura gubernamental. Por tal razón su presencia en un proceso penal raramente provoca la sensación de que el Estado (local o federal) está interesado en el resultado de la contienda”.

⁴⁰ Para un análisis de este fenómeno, cf. BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, cit., ps. 58 y siguientes.

tienen un papel pasivo dentro del proceso, que se limita a decidir las cuestiones de hecho y derecho que le plantean las partes.

En tercer lugar, este sistema también se acerca al primero de los modelos descritos a través de la institución del *guilty plea*. Según este mecanismo, el juez le pregunta al imputado en una etapa anterior a la realización del juicio, si se declara o no culpable. Si no se declara culpable, el proceso sigue adelante hacia la realización de un juicio que determinará o no su culpabilidad. Si, en cambio, se declara culpable, el juicio ya no es necesario, pasándose directamente a la etapa de determinación de la pena. Analizado desde el modelo de la disputa, este mecanismo cobra completo sentido. En efecto, si el proceso penal no es sino una contienda entre acusador y acusado, sólo existe una controversia si este último se declara no culpable. En cambio, si el imputado se declara culpable, ya no existe disputa alguna sobre la que el juez o jurado puedan resolver, ya que el acusado se ha “allanado” a la pretensión del acusador, y entonces sólo resta determinar la pena⁴¹.

Por otro lado, los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos se acercan mucho al modelo de la investigación oficial ya que han sido y son, todavía hoy, una investigación realizada por uno o más oficiales del Estado con el objeto de determinar la verdad de lo ocurrido. Desde este ángulo, por ejemplo, no hay mayores diferencias entre los procesos penales inquisitivos y los mixtos –entendidos ambos

⁴¹ Otras características del proceso penal estadounidense lo acercan al modelo de la disputa. En primer lugar, la existencia de dos investigaciones paralelas. Por un lado, la realizada por el fiscal y la policía. Por el otro, la que puede realizar el defensor, el imputado y sus investigadores. Esta ausencia de una única investigación “oficial” –y, por lo tanto, también, de un “expediente oficial”– es natural en el modelo de la disputa ya que el juez o árbitro se encuentra en una posición pasiva, no realizando tareas propias de investigación. Son las partes, por lo tanto, quienes deben hacer su propia pesquisa para preparar sus respectivos casos para el juicio o para las negociaciones sobre los hechos y la pena. En segundo lugar, la existencia de dos casos, el de la acusación y el de la defensa, –en lugar de una investigación– también acerca al sistema estadounidense a este modelo. De ahí que haya testigos y peritos de la acusación y de la defensa, en lugar de testigos y peritos del tribunal, como ocurre en nuestro sistema –sin perjuicio de la posibilidad que tienen el imputado y otros actores procesales de designar sus propios peritos o consultores técnicos–. Por último, este modelo de la disputa también se reproduce en la forma en que se interrogan a los testigos y peritos, mediante *direct and cross-examination*, y en que, como regla, los miembros del jurados no pueden hacer sus propias preguntas.

como categorías históricas, apartado II. 1-. Incluso el juicio oral, la su-puesta etapa “acusatoria” de los procesos penales mixtos, se acerca más al modelo de la investigación oficial que al de la disputa, dado el acti-vo papel y la responsabilidad que se le otorga al tribunal en la determi-nación de la verdad –que interroga activamente a los testigos, peritos e imputado, y que puede ordenar la producción de prueba de oficio–.

La mayor correspondencia entre los procesos continental-europeos y latinoamericanos y el modelo de la investigación oficial también se ve en otros rasgos tradicionales de estos sistemas. En primer lugar, en la ausencia del principio dispositivo⁴². Esto es natural en el modelo de la investigación oficial porque el funcionario estatal que realiza la in-vestigación no es dueño de ella sino que tiene la obligación de determi-nar qué ha ocurrido. Por ello, sólo puede cerrar el proceso antes del juicio, si está convencido que el imputado no cometió el delito. En se-gundo lugar, el activo papel que los jueces han tenido en la investiga-ción de los delitos –incluso durante el juicio– también acerca los pro-cesos penales de esta tradición al modelo de la investigación oficial⁴³.

⁴² Incluso los sistemas penales de tradición continental-europea que prevén el principio de oportunidad –por ejemplo, Alemania, § 153 y ss. de la Ordenanza Proce-sal Penal– lo establecen sólo como excepción al principio de legalidad procesal que sigue siendo la regla del sistema. En tal sentido, sería útil distinguir claramen-te –como lo han hecho ciertos autores– entre principio de legalidad procesal, prin-cipio de oportunidad y principio dispositivo. Acorde con esta distinción, donde rige el principio de legalidad procesal, los funcionarios estatales que están a cargo de la per-secusión penal deben perseguir todos los posibles casos penales que llegan a su conocimiento. Donde rige el principio dispositivo, quienes están a cargo de la per-secusión penal pueden decidir discrecionalmente qué casos perseguir y cuáles no. Donde rige el principio de oportunidad, los funcionarios estatales a cargo de la per-secusión siguen obligados a perseguir todos los casos que llegan a su conocimiento, pero pueden no hacerlo cuando se dan algunas de las excepciones previstas por el sistema –insignificancia, *poena naturalis*, etc.–. Con esto no intento entrar en una discusión semántica sobre cuál es el “verdadero” principio de oportunidad, sino dis-tinguir tres esquemas que son conceptualmente distintos y que muchas veces son re-ducidos a dos –en parte, precisamente, por falta de precisión en el uso del término “principio de oportunidad”–.

⁴³ Contrariamente a lo que podría pensarse, no constituye una ruptura con este modelo la tendencia presente en varios países de la tradición continental-europea y latinoamericana de trasladar del juez de instrucción al fiscal la realización de la investigación preliminar. Este último sigue siendo, en definitiva, un oficial del Esta-do que, de modo imparcial, debe determinar la verdad real respecto del hecho obje-to de su investigación.

En tercer lugar, el reconocimiento de culpabilidad por parte del impu-tado tradicionalmente no ha significado la terminación del proceso en los países continental-europeos y latinoamericanos. Esto también es natural en el modelo de la investigación oficial. Aquí, el imputado no es dueño del proceso. Por lo tanto, su confesión es importante para de-terminar la verdad, pero, aun si éste confiesa, es el funcionario del Es-tado a cargo de la investigación quien tiene la última palabra sobre ella. Así, el proceso no concluye con la confesión sino que continúa hasta que este funcionario estatal diga su última palabra al momento de la sentencia⁴⁴.

Si analizamos los mecanismos de negociación entre acusador y acusado a la luz de ambos modelos, es fácil ver que estos se ajustan perfectamente a la lógica o dinámica del modelo de la disputa. En efec-to, si el proceso penal es una disputa entre dos partes, es natural que ellas puedan negociar sobre aquélla, poniéndose total o parcialmente de acuerdo sobre cuál es el objeto de la controversia o sobre si siquie-ra existe alguna. Éste es uno de los elementos que explica por qué el *plea bargaining* –cuya práctica masiva en el sistema estadounidense es relativamente reciente–, es ampliamente aceptado por los operadores de este sistema jurídico –jueces, fiscales y abogados defensores–⁴⁵.

⁴⁴ Otros rasgos acercan los procesos penales continental-europeos y latinoame-ricanos al modelo de la investigación oficial. En primer lugar, la existencia de una sólo investigación, la oficial, realizada por el fiscal o el tribunal. Si el imputado u otros actores procesales quieren introducir elementos probatorios, raramente harán su propia investigación sino que solicitarán al funcionario a cargo de ésta las corres-pondientes medidas de prueba. En segundo lugar, los testigos y peritos son del tri-bunal –en realidad, ésto parece tan obvio en estos sistemas que ni siquiera se dice de esta manera–, en lugar de testigos y peritos de la acusación o de la defensa. En tercer lugar, el activo papel que tiene el oficial a cargo de la investigación en el inte-rrogatorio de los testigos, peritos e imputado. Por ejemplo en nuestro país, la prác-tica más generalizada durante el juicio oral es que el tribunal haga primero sus pre-guntas y que recién después acusador y acusado hagan preguntas complementarias.

⁴⁵ En Estados Unidos, el *plea bargaining* comenzó a utilizarse de modo signifi-cativo en la segunda mitad del siglo XIX y en los comienzos del XX. Entre las cau-sas que explican este fenómeno se han señalado el desarrollo de la persecución pen-al pública en los EE.UU. durante el siglo XIX –incluyendo su profesionalización y burocratización–, el aumento de la cantidad de casos tanto penales como civiles, la complejización del juicio por jurados, la expansión de las conductas prohibidas por el derecho penal, etc. Al respecto, cf. ALSCHULER, Albert W., *Plea Bargaining and its*

Esto es, el modelo de la disputa no es sólo una suma de elementos procesales, sino un auténtico modelo cultural sobre qué es el proceso penal. Como tal, en los sistemas procesales penales concretos que se acercan a este modelo, incide en la forma en que los operadores del sistema penal piensan y perciben los problemas procesales. Y conforme a este modelo cultural es natural que las partes, que son dueñas de la disputa, puedan negociar sobre ella.

En cambio, los mecanismos de negociación no se ajustan del mismo modo al modelo de la investigación oficial. En primer lugar, porque no hay dos partes para negociar, como en el modelo de la disputa. En segundo término, porque la verdad real no se negocia, sino que se investiga y se determina. Es por ello que, en el modelo de la investigación oficial, el reconocimiento de culpabilidad del imputado ha sido altamente valorado como forma de determinar la verdad. Pero el funcionario a cargo de la investigación puede aún descreer de esa confesión o considerar necesarios otros elementos de prueba. Es él, en definitiva, quien tiene la última palabra sobre la investigación, no el acusador formal y el acusado⁴⁶.

History, en "Law & Society", n° 13, p. 211, 1979; FISHER, George, *Plea Bargaining's Triumph*, en "Yale Law Journal", n° 109, p. 857, 2000; FRIEDMAN, Lawrence M., *Plea Bargaining in Historical Perspective*, en "Law & Society", n° 13, p. 247, 1979; y LANGBEIN, John H., *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, en "Law & Society", n° 13, p. 261, 1979. En tal sentido, el *guilty plea* y el relativo poder de discreción del fiscal para disponer de los hechos –elementos característicos del modelo de la disputa– fueron condiciones de posibilidad para el desarrollo del *plea bargaining* como un modo sistemático de resolver casos penales (cf. LANGBEIN, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, cit., p. 267).

Pero ello no significa que la práctica sistemática del *plea bargaining* haya sido inicialmente aceptada por todos los jueces estadounidenses, quienes, inicialmente, tuvieron reacciones diversas frente a este fenómeno. En tal sentido, la relativa cercanía del sistema estadounidense al modelo de la disputa fue, a la vez, una condición de posibilidad y un efecto de la práctica masiva del *plea bargaining*. Es decir, la presencia de ciertos elementos del modelo de la disputa facilitó el desarrollo del *plea bargaining* en Estados Unidos. Pero, a la vez, el desarrollo de este mecanismo acercó aún más el sistema estadounidense y sus actores al modelo de la disputa como modo de pensar y percibir el proceso penal.

⁴⁶ De este modo, también se explica por qué si bien los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos han desarrollado herramientas para obtener admisiones de culpabilidad del imputado –por ejemplo, “confiesa y se te aplicará

Dado que los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos se han estructurado en buena medida conforme al modelo de la investigación oficial –y han sido tradicionalmente pensados y percibidos por los operadores jurídicos conforme a este modelo–, no es sorprendente que, durante muchos años, estos sistemas no incluyeran mecanismos de negociación entre el fiscal y el imputado como los introducidos por el procedimiento abreviado⁴⁷.

V. La importación de mecanismos de negociación: ¿una revolución cultural en nuestro proceso penal?

Las diferencias entre el modelo de la disputa y el modelo de la investigación oficial dan un marco conceptual para el análisis de algunas de las importaciones y exportaciones de mecanismos, ideas y principios procesales del derecho anglosajón al de tradición continental-europea y latinoamericana, y viceversa. Analizaré, entonces, mediante este marco conceptual, la importación de mecanismos de negociación a nuestro derecho.

Una primer distinción que es útil realizar aquí es entre adaptaciones transformativas y no transformativas⁴⁸. Las adaptaciones no transformativas son aquellas importaciones que es posible realizar de una tradición jurídica a otra sin que éstas cambien sustancialmente la concepción predominante que, sobre el proceso penal, tienen los distintos actores del sistema legal importador. Por ejemplo, la tendencia presente en ciertos países de tradición continental-europea y latinoamericana

una pena más leve”–, estos mecanismos son conceptualmente diferentes de los mecanismos de negociación que estoy analizando. En primer lugar, porque no suelen ser vistos y utilizados como mecanismos de negociación sino de determinación de la verdad real. La admisión de culpabilidad es valorada altamente como un medio para determinar qué ocurrió, no como un modo de terminar la disputa. En segundo lugar, porque estos mecanismos no son utilizados por dos partes en pie de igualdad, sino por el investigador oficial en contra del imputado. En tercer lugar, porque, como recién señalara, aun si el imputado confiesa, el oficial estatal todavía tiene la última palabra sobre la investigación.

⁴⁷ O que cuando lo hicieran fueran sólo excepciones a la regla, limitadas a casos menores.

⁴⁸ Cf. DAMASKA, *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, cit., ps. 47 y siguientes.

americana de eliminar el juez instrucción, y de distinguir claramente durante la investigación preliminar entre un fiscal a cargo de esta investigación y un juez de garantías encuentra, al menos parte de su inspiración, en el proceso penal anglosajón. Sin embargo, esta importación por sí sola es no transformativa. Difícilmente podría tener como efecto secundario poner en crisis el modelo de la investigación oficial predominante en estos países. Al fin de cuentas, el proceso penal durante la etapa preliminar sigue siendo una investigación realizada por un funcionario del Estado –el fiscal– que debe determinar, de modo imparcial, la verdad de lo ocurrido.

Pero otras importaciones pueden ser, potencialmente, transformativas, en el sentido que pueden contribuir a poner en crisis el modelo de la investigación oficial y a introducir el modelo de la disputa en su lugar –u otras transformaciones de similar tenor–. La importación de mecanismos de negociación entre acusador y acusado puede tener este efecto⁴⁹. En otras palabras, los mecanismos como el procedimiento abreviado son verdaderos *caballos de Troya* que, al ingresar a los países de la tradición continental-europea y latinoamericana, llevan en su vientre el modelo cultural de proceso penal propio de la tradición anglosajona –lo que he llamado antes el modelo de la disputa–. En otras palabras, la introducción de estos mecanismos de negociación puede significar o contribuir a una verdadera revolución cultural sobre el modo en que pensamos y percibimos el proceso penal⁵⁰.

⁴⁹ Cf. DAMASKA, *Aspectos globales de la reforma del proceso penal*, cit., p. 54.

⁵⁰ Los procedimientos abreviados tienen potencialmente este carácter por, al menos, tres motivos diferentes. En primer lugar, suelen colocar al tribunal en una posición pasiva o relativamente pasiva. Así, su papel se limita a controlar formalmente el acuerdo y a verificar si no hay errores groseros en la calificación legal y si hay otros elementos que verifiquen la culpabilidad del acusado –además de su propia admisión de culpabilidad–. Como veremos, el papel más o menos pasivo que adopten los jueces en la práctica dependerá no sólo de lo que establezca la normativa legal sino de sus reacciones de aceptación o rechazo hacia estos mecanismos. Pero el punto es que los procedimientos abreviados pueden tener, potencialmente, este efecto. En segundo lugar, como contrapartida de colocar al tribunal en una posición más pasiva, los procedimientos abreviados tienden a concebir al acusador y al acusado como “partes” del procedimiento, que se encuentran en pie de igualdad formal en la negociación. En tercer lugar, los procedimientos abreviados permiten que, mediante las negociaciones, el acusador y el acusado “dispongan” del procedimiento –y, lo que es aun más radical, de la verdad–, convirtiéndose, en alguna me-

Esto abre diversas líneas de investigación y análisis. La primera es determinar cuáles son las posibles reacciones de los operadores jurídicos frente a la introducción de instituciones propias de otras tradiciones jurídicas. En tal sentido, este marco conceptual puede ser útil para pensar las reacciones, posibilidades de éxito y efectos que estas importaciones pueden tener. Es decir, puede ser un instrumento conceptual central dentro de una *sociología de la reforma judicial*.

Para empezar a delinear dicho mapa teórico, mencionaré aquí tres posibles reacciones. En primer lugar, los operadores jurídicos pueden rechazar las nuevas instituciones y mecanismos. Este ha sido posiblemente el caso de Italia, cuya Corte Constitucional dio rápidamente un duro golpe al *patteggiamento* –mecanismo equivalente al procedimiento o “juicio” abreviado del CPP Nación en el CPP Italiano de 1988–⁵¹ al declarar la inconstitucionalidad parcial del principal artículo que lo regulaba⁵².

dida, en dueños de éste. Como se observa, todos estos efectos potenciales de los mecanismos de negociación acercarían los procesos continental-europeos y latinoamericanos al modelo de la disputa y podrían contribuir a poner en crisis el modelo de la investigación oficial en estos países.

⁵¹ Existen dos diferencias importantes entre el “juicio abreviado” del CPP Nación, y la *applicazione della pena a richiesta delle parti* –denominado, usualmente, *patteggiamento*–. Por un lado, en este último no se requiere que el imputado dé su conformidad sobre la existencia del hecho y su participación en él como si lo requiriera el CPP Nación, art. 431 *bis*. Por otra parte, mientras el acuerdo en el *patteggiamento* está limitado a casos en los que la pena no supere los dos años de privación de libertad, en el procedimiento o “juicio” abreviado del CPP Nación el acuerdo puede estar referido a casos que admitan una pena privativa de libertad inferior a seis años. Pero ambos mecanismos se asemejan en tanto regulan acuerdos entre fiscal e imputado sobre la pena, que permiten la no realización del juicio. En cambio, el llamado *giudizio abbreviato* del CPP italiano (arts. 438 y ss.) establece una reducción de la eventual pena del imputado si éste solicita que el proceso se resuelva en la audiencia preliminar –es decir, si renuncia a la realización del juicio–, pero no prevé un acuerdo del fiscal y el imputado sobre la pena.

⁵² Cf. CRISTIANI, Antonio, *Le Modifiche al Nuovo Processo Penale e la Giurisprudenza Costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1993, ps. 157 y ss., y su análisis de la sentencia del 2 de julio de 1990, n° 313, del Tribunal Constitucional declarando constitucionalmente ilegítimo el art. 444, inc. 2. del CPP italiano en tanto no preveía que el juez pudiera rechazar el acuerdo entre el fiscal y el acusado sobre la pena si, a su entender, ésta no se ajustaba al fin de reeducación del condenado establecido por el art. 27.3 de la Constitución Italiana.

Tal vez no sea casual, entonces, que este mecanismo se haya usado muy tímidamente en los primeros años del nuevo código⁵³.

En segundo lugar, los operadores jurídicos pueden intentar adaptar la nueva institución a la vieja lógica. Un ejemplo de este fenómeno ha sido la introducción del juicio oral y público en los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos. Su potencial transformador ha sido neutralizado o sensiblemente disminuido –a pesar de los múltiples intentos en sentido contrario– mediante la supervivencia del expediente escrito y la incorporación de pruebas por lectura, entre otros mecanismos⁵⁴.

En tercer lugar, los operadores jurídicos pueden simplemente aceptar la nueva institución. Dada la resistencia al cambio que, tradicionalmente, han mostrado un buen número de operadores del sistema penal, uno podría pensar que ésta es la menos probable de las reacciones. Sobre todo cuando se intenta introducir mecanismos o instituciones propios de otras tradiciones jurídicas. Sin embargo, éste parece ser el caso, hasta el momento, con la amplia aceptación del procedimiento abreviado por parte de los tribunales, fiscales y abogados defensores argentinos⁵⁵.

⁵³ Cf., en tal sentido, las estadísticas mencionadas por BOARI, Nicola, *On the Efficiency of Penal Systems: Several Lessons from the Italian Experience*, en "International Review of Law and Economics", n° 17, 1997, p. 123. No quiero decir con esto que esa sentencia del Tribunal Constitucional haya sido la causa principal de este fenómeno, sino que puede haber sido un síntoma de la actitud que un buen número de operadores del sistema italiano parecen haber tenido frente a este mecanismo.

⁵⁴ La aplicación del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988 también nos brinda un ejemplo de este fenómeno. Cf. ZAPPALA, *Le Procès Pénal Italien entre Système Inquisitoire et Système Accusatoire*, cit., especialmente ps. 120 y siguientes.

⁵⁵ Por ejemplo, del total de sentencias dictadas en 1998 por los Tribunales Orales en lo Criminal n° 22 y 23 de la Capital Federal, 52,04 % y 48,18 % respectivamente fueron dictadas como consecuencia del "juicio abreviado" (cf. BRUZZONE, *Aspectos problemáticos de la relación entre el juicio abreviado y juicio por jurados*, cit. Por no ser sentencias, no incluyo aquí los casos que estos tribunales resolvieron utilizando la suspensión del juicio a prueba). En Córdoba, en 1995/1996, "del total de sentencias definitivas dictadas en ese lapso por estos tribunales, alrededor del 43 % lo fueron por medio del juicio abreviado" (CAFFERATA NORES, *Juicio penal abreviado*, cit., p. 162, nota 40). Esta aceptación por nuestros tribunales del procedimiento o "juicio" abreviado también surge de los escasos pronunciamientos de inconstitucionalidad respecto de él. En tal sentido, sólo tengo conocimiento de los tres votos en disidencia citados en la nota 7; del voto en disidencia de la Dra. BISTUÉ DE SOLER en

Ahora bien, ¿cuáles son las razones de esta casi pacífica aceptación de este instituto por parte de los operadores jurídicos de nuestro país? Aquí entro, en la alguna medida, en el terreno de las conjeturas, dada la dificultad que siempre existe para el análisis causal de los fenómenos sociales y la falta de trabajos empíricos en nuestro país sobre estos temas. Señalaré, sin embargo, cuatro causas que pueden explicar, cada una en alguna medida, esta casi pacífica aceptación del procedimiento abreviado⁵⁶. En primer lugar, el procedimiento abreviado ha sido un instrumento para que tanto jueces, fiscales como defensores puedan disminuir su cantidad de trabajo. En segundo término, es posible que este amplio uso del nuevo mecanismo sea una respuesta que algunos jueces y fiscales intentan dar a las demandas de un importante sector de la opinión pública a la administración de justicia penal, para que sea más rápida y eficiente en la persecución y castigo de los delitos. En tercer lugar, a pesar de ser, por un lado, una institución propia de otra tradición jurídica –la del modelo de la disputa–, este mecanismo tiene una continuidad con nuestra tradición en material procesal penal. Al fin de cuentas, es una herramienta posible para obtener confesiones del imputado, práctica tan cara al modelo de la investigación oficial –y potencialmente inquisitivas en el sentido descrito en el apartado II. 3–. En cuarto lugar, esta casi pacífica aceptación de una institución propia del modelo de la disputa puede parcialmente explicarse por ciertos cambios culturales que, posiblemente, se han producido en los últimos años. Algunos operadores jurídicos han comenzado a percibir y pensar el proceso penal más en términos del modelo de

la causa n° 581, "Riveiro, Jorge Hugo s/robo en grado de tentativa" del Tribunal Oral en lo Criminal n° 14, fallada el 12/5/98; y de la causa n° 174, F 58/1998, "Yunez, Rubén Darío s/pta. inf. ley 23.737", fallada por el Tribunal Oral en lo Federal de General Roca, Río Negro, el 24/8/98 (Cf. BRUZZONE, *Aspectos problemáticos de la relación entre el juicio abreviado y juicio por jurados*, cit., nota 1). En este mismo sentido, CAFFERATA NORES señala, en la obra recién citada, que en 1995/1996 todas las Cámaras en lo Criminal de Córdoba aceptaron la validez del juicio abreviado y lo utilizaron (p. 162, nota 40).

⁵⁶ Con esta enumeración no pretendo estar agotando las causas que explican este fenómeno ni tampoco que las cuatro que mencionaré aquí hayan tenido el mismo impacto sobre todos los operadores de nuestro sistema procesal penal. Las distintas causas seguramente han operado en distinta medida sobre diferentes actores o grupos de este sistema.

la disputa que en los de la investigación oficial. Ejemplos de este fenómeno son la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha establecido un verdadero principio dispositivo durante la etapa del juicio oral⁵⁷. Y un buen número de fiscales que se ven a sí mismos como una parte del proceso, más que como funcionarios imparciales con el deber de determinar la verdad real de lo ocurrido⁵⁸.

VI. Igualdades formales y desigualdades materiales: algunas reflexiones sobre el modelo de la disputa

Hasta aquí he intentado clarificar, por un lado, distintos sentidos teórico-conceptuales de la dicotomía acusatorio-inquisitivo, y explicar que, en uno de estos sentidos, los mecanismos de negociación entre acusador y acusado pueden considerarse “acusatorios” –ya que son naturales al modelo de la disputa–. Por otra parte, he intentado dar un marco conceptual para analizar algunas de las importaciones de mecanismos procesales de la tradición anglosajona a la continental-europea y latinoamericana –y viceversa–. Y he remarcado que, en los últimos años, ha habido cierto acercamiento –todavía tímido pero que ya perceptible– de algunos elementos y mecanismos procesales penales, y de algunos operadores jurídicos argentinos, hacia el modelo de la disputa.

Dada esta tendencia hacia dicho modelo, en este capítulo intentaré mostrar, de modo breve, cuál es uno de los principales problemas estructurales que, potencialmente, pueden presentar los procesos penales que se acerquen a este tipo puro o ideal. Problema potencial estructural que deberíamos tomar en consideración para el análisis político-normativo sobre la conveniencia o no de importar a nuestro derecho

determinadas instituciones propias de ese modelo, para analizar normativamente estas instituciones una vez que han sido incorporadas a nuestro orden jurídico, y para evaluar o no la conveniencia de desarrollar el proceso penal en su conjunto hacia el modelo de la disputa.

Como ya señalé anteriormente, en este modelo las partes se encuentran en un plano de completa igualdad formal. Ambas tienen los mismos poderes procesales que incluyen, entre otros, la posibilidad de realizar su propia investigación sobre los hechos, la facultad de presentar testigos y peritos, la de interrogar los testigos y peritos propios y de la otra parte, la de alegar sobre la prueba producida y sobre el derecho, etcétera.

En este modelo teórico, el imputado es un sujeto del procedimiento y un sujeto de derechos, en lugar de un objeto de investigación. De ahí que este modelo haya tradicionalmente seducido a autores y ciudadanos como teóricamente más próximo a un Estado respetuoso de las libertades individuales. Sin embargo, para que este modelo produzca resultados justos –en el sentido de que absuelva a los inocentes y condene a los culpables *sólo* por el hecho u hechos que cometieron–, y para que en él el imputado tenga una capacidad real de enfrentar la acusación –y sea, en tal sentido, un verdadero sujeto de derechos que no puede ser coaccionado mediante negociaciones y amenazas del acusador– es preciso que la igualdad entre los adversarios de la disputa no sólo sea formal sino también material.

Desde el punto de vista de producción de resultados justos, esto es necesario porque el modelo de la disputa se basa en una epistemología falsacionista de determinación de la verdad procesal⁵⁹. Según esta concepción, mientras el acusador tiene la función epistemológica de demostrar la verdad de la hipótesis acusatoria –y de refutar las hipótesis absolutorias esgrimidas por la defensa–, el acusado tiene la función

⁵⁷ Al establecer que el tribunal oral no puede condenar ante un pedido de absolución fiscal al concluir el debate. Cf., entre otros, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Tarifeño, Francisco” (del 29/12/89, publicado en “La Ley”, t. 1995-B, ps. 32 y ss.), “García, José A.” (del 22/12/94, pub. ibídem) y “Cattonar, Julio P.” (del 13/6/95, publicado en “Suplemento de Jurisprudencia Penal” del 18/12/95, “La Ley”, ps. 12 y ss.). Para un análisis crítico de dichos fallos, cf. MAIER, Julio B. J., y LANGER, Máximo. *Acusación y sentencia*, en “Nueva Doctrina Penal”, t. 1996/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, ps. 617 y siguientes.

⁵⁸ Baso esta afirmación en distintas conversaciones y experiencias que he tenido con fiscales durante mi práctica profesional ante la justicia penal nacional, federal y penal-económica de la Capital Federal.

⁵⁹ Descripta y justificada de modo magistral por FERRAJOLI pero con relación a la disputa en sentido formal como parte integrante de su sistema garantista. Cf. su *Derecho y razón*, cit., capítulos 1, 2 y 3. Cabe resaltar que en el modelo de la disputa la determinación de la verdad no tiene el mismo papel central que en el modelo de la investigación oficial. De hecho, como vimos, las partes pueden disponer de la verdad o llegar a una verdad consensuada que no corresponda a lo que ha ocurrido. Sin embargo, si las partes no llegan a un acuerdo, el juez o árbitro debe arribar a una conclusión sobre los hechos para poder, de este modo, poner fin a la controversia. En tal sentido, la verdad sigue teniendo un papel dentro de este modelo.

de refutar dicha hipótesis acusatoria y de plantear posibles hipótesis defensivas. Para que este método de búsqueda de la verdad produzca resultados justos –en el sentido antes señalado– es preciso, entonces, que ambas partes no sólo tengan los mismos poderes formales sino también similares poderes materiales que les permitan probar sus propias hipótesis y refutar las ajenas. Esto significa, fundamentalmente, que ambas partes tengan similares recursos humanos y materiales para realizar sus propias investigaciones fácticas –y jurídicas– y de este modo estar en un pie de igualdad durante el juicio.

Por las mismas razones, también es necesaria una igualdad no sólo formal sino también material para que el imputado sea un auténtico sujeto de derechos y para que, en caso de negociaciones, la desigualdad material entre las partes no torne coactiva toda amenaza del acusador.

Por otro lado, debe resaltarse que, en el modelo de la disputa, estas desigualdades materiales no pueden ser compensadas o atenuadas por el juez. En este tipo de proceso, el juez es sólo un árbitro, que se encuentra en una posición pasiva. En consecuencia, no puede suplir con su actividad los problemas que causan las desigualdades materiales entre acusador y acusado –por ejemplo, ordenando la producción de prueba de oficio o revisando si es justo el pacto al que han llegado para resolver su litigio–.

Estados Unidos, país cuyo proceso penal se acerca más que el de los países continental-europeos y latinoamericanos al modelo de la disputa⁶⁰, es un ejemplo de concreción del peligro que estoy analizando. Respondiendo a dicha concepción del procedimiento, el sistema esta-

⁶⁰ Es preciso resaltar, una vez más, que los sistemas procesales penales históricos se acercan en mayor o menor medida a los respectivos tipos puros o ideales que he desarrollado, pero ninguno se corresponde perfectamente con ellos. Así, el proceso penal estadounidense se acerca más al modelo de la disputa que cualquiera de los países de la tradición continental-europea y latinoamericana. Pero hay un buen número de rasgos del proceso penal de Estados Unidos que lo alejan de este tipo puro o ideal. Por ejemplo, la persecución penal pública –ya que, como señalé anteriormente, es difícil concebir al fiscal como una parte con un interés *propio* en el litigio–; las garantías constitucionales previstas en la Constitución de los EE.UU. –que sólo juegan a favor del acusado–, lo cual explica, entre muchos otros elementos, que sólo éste pueda recurrir la sentencia condenatoria pero que el fiscal no puede recurrir las sentencias absolutorias –por la prohibición contra la doble persecución penal–; la prisión preventiva –que no es igualitaria desde el punto de vista formal, ya que sólo puede aplicarse en contra del acusado–; etcétera.

dounidense no prevé una sola investigación sobre los hechos, sino dos investigaciones relativamente informales. Por un lado, la investigación que realiza el fiscal y la policía. Por el otro, la investigación que puede realizar el defensor, el imputado y sus investigadores. Cada una de las partes es dueña de su propia investigación, decidiendo sobre su dirección y teniendo la obligación, sólo en determinados supuestos, de brindar a la otra parte información y elementos de prueba⁶¹.

Dada esta característica, sería necesario que, como regla, la acusación y la defensa tuvieran similares recursos materiales y humanos para desarrollar sus respectivas investigaciones. Sin embargo, esto no es así en la mayoría de los casos. De los 97.500 millones de dólares que los Estados Unidos gastan anualmente en el sistema criminal⁶², más de la mitad se destina a las policías y fiscalías –quienes, conjuntamente, investigan, preparan y persiguen los “casos de la acusación”–. En cambio, los sistemas de defensa de indigentes –que, en 1992, asumie-

⁶¹ En el sistema estadounidense, los mecanismos de intercambio de información y elementos probatorios entre las partes están regulados por las llamadas reglas de *discovery* –descubrimiento–. Estas reglas surgen de la Constitución de los Estados Unidos de América, de leyes dictadas por las legislaturas federal y estatales, y de reglas dictadas por los tribunales, sea en ejercicio de poderes delegados por las legislaturas o de sus propios *supervisory powers* –poderes de supervisión–.

La Corte Suprema estadounidense estableció en “Brady v. Maryland”, 373 US 83 (1963), que la cláusula del debido proceso establecida por la Enmienda XIV de la Constitución estadounidense –aplicable a todos los estados de los EE.UU.– prohíbe la supresión, por parte del fiscal, de elementos de prueba favorables al acusado que los había requerido, cuando estos elementos de prueba son *materiales* para determinar la culpabilidad o la pena del acusado, y sin importar si el fiscal actuó de buena o mala fe. Esta regla, conocida como *the Brady doctrine*, fue luego precisada –y parcialmente modificada– por otros fallos de la Corte Suprema como “Giglio v. United States”, 405 US 150 (1972), “United States v. Agurs”, 427 US 97 (1976), “US v. Bagley”, 473 US 667 105 (1985), y “Kyles v. Whitley”, 514 US 419 (1995).

En los tribunales federales, las *Federal Rules of Criminal Procedure* –Normas Federales de Procedimiento Penal– también regulan el *discovery* en las reglas 12, 16 y 26.2. –que reemplazó a la llamada *Jencks Act*– estableciendo obligaciones tanto para la acusación como para la defensa. Al respecto, cf., por todos, MILLER, Frank W., DAWSON, Robert O., DIX, George E., y PARNAS, Raymond I., *Criminal Justice Administration*, 4^a ed., The Foundation Press, Inc., Westbury, Nueva York, 1991, p. 780, así como el 1998 *Supplement* de dicha obra.

⁶² BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics* - 1996, 2 (Table 1.1.) (informando sobre figuras correspondientes al año fiscal 1993), citada por COLE, David, *No Equal Justice*, The New Press, Nueva York, 1999, p. 64.

ron la defensa de aproximadamente el 80 % de los acusados de haber cometido delitos⁶³ sólo reciben un 2 % de ese presupuesto para investigar y preparar los correspondientes “casos de la defensa”⁶⁴. Dadas estas claras desigualdades materiales, no es difícil imaginar en qué condiciones llegan, en la mayoría de los casos, el fiscal y el defensor a negociar reconocimientos de culpabilidad a cambio de desistimientos de cargos y/o reducciones de pena. Éste es, entonces, uno de los principales problemas que presenta la práctica del *plea bargaining* en Estados Unidos. Pero esta desigualdad también tiene obvias consecuencias en los juicios⁶⁵.

⁶³ BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Indigent Defense*, 1 (diciembre 1995), citadas por COLE, *No Equal Justice*, cit., p. 66.

⁶⁴ BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics-1993*, 2 (Table 1.2.) (informando sobre figuras sobre gastos totales estatales y federales correspondientes al año fiscal 1990); BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics-1996*, 14 (Table 1.12.) (informando sobre figuras sobre el gasto federal correspondientes al año fiscal 1993). Hay que ser cuidadosos con las cifras dadas por COLE ya que éstas no corresponden exactamente a los mismos años –aunque también hay que reconocer que la diferencia temporal entre ellas es menor (todas están incluidas en el período 1990-1993) y por ello las he utilizado–.

⁶⁵ La contracara de este problema son casos como el de O. J. SIMPSON en donde el acusado, al contar con una importante fortuna personal, ha podido invertirla en numerosos abogados e investigadores. Pero esta situación no es sino otro ejemplo del problema que estoy señalando. El modelo de la disputa tiene dificultades para llegar a resultados justos –en el sentido antes señalado de absolver inocentes y condenar culpables– no sólo cuando el acusador tiene más recursos materiales y humanos que el acusado, sino también cuando ocurre lo inverso.

Pero no es necesario acudir al derecho comparado para comprobar este problema potencial estructural que puede presentar todo proceso que se acerque al modelo de la disputa. Nuestro proceso civil se acerca, en buena medida, a este tipo puro o ideal, ya que en él las partes tienen iguales poderes formales y son las dueñas del litigio. Las enormes dificultades de acceso a la justicia civil de una buena parte de la población de nuestro país encuentran parte de su origen, precisamente, en el problema que estoy analizando. La falta de recursos materiales de vastos sectores de la población para asumir los gastos de un juicio –y el relativo fracaso del Estado argentino para suplir esa carencia– es una de las causas que explican estas dificultades de acceso. Para un análisis sobre el problema del acceso a la justicia en América Latina y de los distintos servicios legales para indigentes que hay en la región, cf. GARRO, Alejandro, *Access to Justice for the Poor in Latin America*, en MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, y PINHEIRO, Paulo Sergio (eds.), *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1999, ps. 278 y siguientes.

Lo que intento resaltar en este capítulo final es que cada tipo ideal –y, por consecuencia, cada sistema procesal concreto que se acerque a él– tiene sus propios problemas potenciales estructurales. Los problemas son potenciales porque puede evitarse o atenuarse –al menos en una buena medida–. Pero son a la vez estructurales precisamente porque encuentran su origen en los *rasgos definitorios* de cada tipo ideal. En el modelo de la investigación oficial, dos de estos problemas estructurales han sido la falta de imparcialidad del oficial estatal a cargo de la investigación y el tratar a los ciudadanos como objetos de investigación en lugar de como sujetos de derechos⁶⁶. No estamos tan familiarizados, en cambio, con cuáles son los posibles problemas potenciales estructurales del modelo de la disputa. Las desigualdades materiales entre acusador y acusado es uno de ellos, porque las igualdades formales y el papel pasivo del juez acentúan el impacto de aquéllas⁶⁷. Pero dadas ciertas tendencias en los procesos penales continental-europeos y latinoamericanos hacia el modelo de la disputa, deberíamos tener presente y explorar con mayor profundidad éste y otros problemas de esta forma de pensar y percibir el proceso penal.

⁶⁶ Los sistemas procesales próximos a este tipo puro han intentado enfrentar ambos problemas de dos diferentes maneras. Por un lado, la potencial falta de imparcialidad mediante la distinción entre funciones requirentes –a cargo del fiscal– y decisorias –a cargo del tribunal–. Por otro lado, para enfrentar el segundo problema, se ha reconocido que el imputado tiene una serie de derechos –más limitados durante la investigación preliminar, más amplios durante el juicio–. Por ejemplo, que se le informe cuál es la imputación y las pruebas en su contra, contar con un abogado defensor desde el inicio del procedimiento, tener acceso al expediente que contiene la investigación, poder solicitar la producción de medidas de prueba, poder participar en la producción de esas y otras medidas, poder alegar sobre los hechos y el derecho, etcétera.

⁶⁷ Este problema es, obviamente, manejable. Podría pensarse que, en el proceso penal, sería modernamente insuperable dado que es el Estado quien, a través de la persecución penal, se enfrenta a un individuo. Y el Estado cuenta, como regla general, con muchos mayores recursos materiales y humanos que la mayoría de los habitantes. Pero esto no es así. Del mismo modo que, por una decisión política, el Estado y la sociedad invierten en persecución penal pública, también podrían invertir iguales o aun mayores montos en la defensa de indigentes.