

JUICIO Y VERDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

por Alberto BOVINO*

"Por último, resulta claro que el abogado, como técnico de este proceso de producción de discurso judicial, requiere ciertos conocimientos, adiestramiento y en particular una actitud frente a los textos teóricos que el complejo de Rock HUDSON ha excluido de los lugares en los que se imparte la enseñanza del derecho. Desechar los viejos mitos, como el de la solución correcta de los casos judiciales, aprender a manejar con irreverencia las normas y la doctrina, argumentar en defensa de intereses, ocupando un determinado lugar en un conflicto, pensar en función de una réplica y de un contradictor, revalorizar los hechos, las técnicas procesales de producción de la verdad, estudiar procesos además de fallos, serán sin dudas pasos a seguir.

Empecemos por cuestionar a estos especialistas teóricos del arte de la pesca que, por preservar su modelo, no se arriman jamás a la orilla del río".

Víctor E. ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*.

I. INTRODUCCIÓN

I. No podemos comenzar este trabajo sin señalar la tremenda influencia académica, profesional y personal que muchos de nosotros hemos recibido de nuestro querido maestro y amigo Julio MAIER. Este trabajo, más allá de sus pretensiones de homenaje, intenta expresar, en cierta medida, el sano hábito que nos ha inculcado a tantos de reflexionar y de analizar el fenómeno jurídico con espíritu crítico.

Julio, nuestro maestro, ha dado toda su energía con la intención de formarnos en el rigor conceptual, en el rechazo de verdades inmutables, en la creencia del valor del derecho como instrumento del cambio social, en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo responsable, y en la necesidad de no cesar en el empeño de bregar en pos de una administración de justicia penal acorde con un Estado de derecho. Su vida académica y profesional siempre ha sido un ejemplo para todos los que lo hemos conocido. No es relevante aquí averiguar si hemos aprendido todas sus lecciones, sino, en todo caso, expresarle nuestro inmenso agradecimiento por su entrega, por su generosidad, por su sabiduría de vida y por sus muchas veces gruñonas expresiones de afecto.

II. El tema elegido es una preocupación que recorre de manera constante la obra de MAIER: el *principio político-material del proceso penal* del Estado moderno de la tradición europeo-continental, establecido por la Inquisición, definido por la búsqueda de la verdad histórica¹. El objeto de este trabajo consiste en plantear —a modo de hipótesis y de manera esquemática— ciertas diferencias sustanciales entre el concepto de verdad que opera como *principio político* del procedimiento penal, y el concepto de verdad propuesto por FERRAJOLI, que pretende operar como *garantía de libertad* de la persona perseguida penalmente.

La profunda diferencia de contenido entre ambos conceptos determina diversas consecuencias en su aplicación práctica en el proceso penal. Por las razones que expondremos, nos limitaremos a analizar la manera en que estos principios operan, *exclusivamente*, en la etapa de juicio público del procedimiento penal.

* Profesor Adjunto Regular de Derecho penal y procesal penal, en la Cátedra del Prof. Dr. Julio B. J. MAIER, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Este trabajo fue publicado en AA.VV., *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Prof. Julio B. J. MAIER*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2005.

¹ En el derecho anglosajón, las transformaciones que sufrió la justicia penal fueron sustancialmente distintas. En primer término, el principio material de la *persecución penal pública* surgió varios siglos más tarde que en el derecho continental (siglo XIII). En segundo lugar, el establecimiento de la persecución pública (a partir del siglo XVII) no transformó las reglas del procedimiento del sistema de persecución privada, pues el acusador estatal de la tradición anglosajona heredó el procedimiento de partes del régimen que lo precedió. Cf. BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*.

Esta delimitación del objeto del trabajo no obedece a un capricho o a una decisión arbitraria sino que, por el contrario, se vincula directamente con una condición necesaria de operatividad para el concepto de verdad como garantía de libertad: la realización de un juicio organizado de determinada manera.

Definidos brevemente ambos conceptos, analizaremos cómo influye el manejo de la actividad probatoria en el proceso de construcción/producción de la verdad que tiene lugar en todo juicio penal.

Analizar las prácticas probatorias en el contexto del juicio penal es una deuda pendiente que los juristas tenemos que saldar al transmitir el conocimiento jurídico a las nuevas generaciones. Es hora de comenzar a tomar en serio las cuestiones de hecho y prueba —que de eso se trata el proceso— y de desarrollar elaboraciones teóricas que nos permitan dar cuenta de estos problemas.

II. DOS CONCEPTOS DE VERDAD

- "– Fact is, I didn't use that. The jury would never have bought it.
- It was probably true.
- I know it was true; I believed him from the start, but in court the truth sometimes can be detrimental to the health of your client. Some jurors won't accept the fact that truth can be stranger than fiction".

William DIEHL, *Primal fear*.

II. 1. La verdad como principio político

I. La conceptualización de la verdad como *principio político* del procedimiento penal está intrínsecamente relacionada con los fundamentos que sustentan el poder punitivo estatal en el ámbito de la tradición jurídica continental-europea —históricamente, el principio de persecución penal pública y obligatoria—. Conforme a este criterio, los fundamentos *materiales* de la ley penal del Estado de derecho de nuestra tradición jurídica —principio de legalidad procesal, persecución penal pública y obligatoria— son los que justifican que el objetivo principal del proceso penal consista en la averiguación de la verdad histórica o verdad material.

Así, por ejemplo, MAIER afirma que “el procedimiento penal es, *en gran medida*, un método regulado jurídicamente de investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica que constituye el objeto del procedimiento”². Como veremos más adelante, la proposición que afirma que la averiguación de la verdad histórica es uno de los fines centrales del procedimiento penal no depende de alguna necesidad del propio derecho procesal penal sino, en todo caso, de las necesidades de realización del derecho penal sustantivo³.

Nuestro derecho penal —en sentido amplio— se caracteriza por el monopolio estatal de la persecución penal —principio de oficialidad⁴— y, además, por el *deber jurídico* de perseguir todos los hechos punibles de acción pública —principio de legalidad procesal⁵—. En este contexto, parece absolutamente razonable coincidir con la definición de MAIER:

“El Derecho procesal penal es la *rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal...*”⁶.

Sin embargo, algunas opiniones recientes han comenzado a cuestionar el hecho de que, incluso en la etapa de investigación preliminar de nuestro derecho procesal vigente en el ámbito federal⁷ —signada

² MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 847 (destacado agregado). Si bien en nuestro contexto jurídico la idea de MAIER se comprende perfectamente, para ser más precisos deberíamos señalar que el objeto del procedimiento está definido y determinado por lo que se conoce como la verdad “real” o material —esto es, no se trata de cualquier “hipótesis histórica”—.

³ Sin embargo, debe reconocerse que en los países del *common law*, en donde la persecución penal pública apareció siglos más tardes que en los países del continente europeo, el hecho de que el acusador estatal heredó el mismo procedimiento penal que antes era utilizado por los particulares fue un factor importante en la configuración de ciertos principios materiales del derecho penal –v. gr., la disponibilidad de la acción—. Sobre este tema, cf. BOVINO, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, ps. 47 y siguientes.

⁴ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 825 y siguientes.

⁵ Cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 828 y siguientes.

⁶ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 75 (destacado en el original).

⁷ Ámbito en el cual rige un código que responde al modelo político de enjuiciamiento que nació con el Código Napoleónico de 1808.

por la persecución pública y obligatoria—, la verdad real deba ser considerada como la finalidad principal del procedimiento. En este sentido, se afirma que, en realidad, el único objeto legítimo de la etapa de investigación consiste en la verificación de si están dados los requisitos para elevar el caso a juicio y que, para ello, no es indispensable la verificación de la “verdad real” como la entiende la doctrina tradicional⁸.

II. Este fundamento está ligado con la llamada “verdad histórica objetiva”, que se atribuye como meta del proceso penal⁹, en razón de que es el ordenamiento jurídico el que demanda arribar a esa “objetividad”, y no la voluntad de las partes que intervienen en el procedimiento.

Así, el principio material de la averiguación de la verdad, afianzado con el modelo inquisitivo histórico, opera como un *principio político estructural* del sistema de enjuiciamiento que impide la utilización de mecanismos consensuales o de soluciones alternativas a las sanciones represivas. Según se sostiene, es el carácter *público* de la pena estatal el que obliga a los órganos de la justicia penal a la búsqueda de la verdad de una manera necesaria. Sin embargo, en nuestra tradición jurídica parece no advertirse, en ocasiones, que el principio de la “verdad real” sólo puede operar de la manera en que lo hace si se halla vinculado al principio de legalidad procesal, esto es, al principio de la persecución penal obligatoria —y nada tiene que ver con su carácter público—.

Esta visión del concepto de verdad, en consecuencia, funciona como una justificación para *excluir la voluntad de los particulares* en la decisión del caso penal, para definir la persecución penal como tarea estatal necesaria e ineludible, y para *ampliar los poderes de los órganos persecutorios*. Esto es, el concepto de verdad, desde este punto de vista, no interviene como un *límite* al poder del Estado sino que, por el contrario, *impulsa* la persecución y aumenta las facultades persecutorias de la justicia penal¹⁰.

III. Este concepto de verdad, por otra parte, se refiere a *todo* el procedimiento, y abarca cada una de sus etapas¹¹. Especialmente, el concepto de verdad como *principio político* define estructuralmente la etapa de investigación preliminar y establece el alcance de la política estatal de persecución pública. Así, se lo ha enunciado en los términos siguientes:

“La declaración de certeza procesal relativa a la pretensión punitiva del Estado se hace en virtud del principio de la investigación de la verdad real.

Es ésta una consecuencia necesaria del hecho de que la pretensión punitiva del Estado sólo es realizable en cuanto un delito haya sido efectivamente cometido por un individuo imputable y responsable”¹².

Uno de los juristas nacionales que ha tenido mayor influencia en el desarrollo de nuestro derecho procesal penal, Alfredo VÉLEZ MARICONDE, ha sostenido:

⁸ Cf. ABREGÚ, *La investigación como pre-juicio*.

⁹ Esta “verdad objetiva” que se endilga al proceso penal sólo debe ser considerada, tal como lo expresa MAIER, como “un ideal, esto es, como un objetivo al que tiende el procedimiento penal” (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 852).

¹⁰ De allí que el CPP Nación, por ejemplo, tenga una regla legal como el artículo 348. Por la misma razón el artículo 457 del mismo cuerpo legal permite recurrir en casación cualquier resolución que impida el avance del procedimiento:

“Además de los casos especialmente previstos por la ley y con las limitaciones establecidas en los artículos siguientes, podrá deducirse este recurso *contra las sentencias definitivas y los autos que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones* o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena” (destacado agregado).

¹¹ A los efectos de esta exposición, tomaremos el criterio que divide el procedimiento penal común en los delitos de acción pública en las siguientes etapas: a) la investigación preliminar; b) el procedimiento intermedio; c) el debate; d) la impugnación de la sentencia; y e) la ejecución de la sentencia (cf. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 207).

¹² MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, p. 259 (destacado en el original).

“Los poderes que necesariamente deben serle acordados al Juez de Instrucción, con relación a las personas y a los bienes, a fin de que pueda cumplir su obra, entrañan ‘riesgos inevitables’; su objetivo debe ser el triunfo de la verdad y de la justicia...”¹³

Ante estas consecuencias eventuales... cabe preguntarse cómo es posible disciplinar una etapa preparatoria del juicio.

Desde luego, esos peligros sólo pueden ser afectados por la *necesidad ineludible* de proteger los bienes que el delito ataca...”¹⁴.

Y algunos de quienes —como veremos a continuación— extraen conclusiones que justifican la persecución penal pública a ultranza, intentan explicar tales conclusiones como algo que resultara beneficioso para la persona sometida a persecución penal. Así, se plantea:

“Salvo restricciones impuestas por ciertas indeclinables exigencias, la declaración de certeza procesal sobre la pretensión punitiva del Estado debe actuarse en virtud del principio de la investigación de la verdad material, en cuanto que el Estado *sólo tiene interés en el castigo de una persona si ésta es realmente culpable*, y en la medida de su culpabilidad”¹⁵.

IV. Aun la doctrina más reciente le asigna a la etapa preparatoria del procedimiento penal una función esencialmente vinculada con la averiguación de la verdad:

“En principio, esta fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de *investigación*. La investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre”¹⁶.

También FERRAJOLI, quien ha sido uno de los principales responsables del uso del concepto de “verdad como garantía de libertad”, ha sostenido en relación a *todo el procedimiento*:

“... el modelo procesal garantista o de estricta jurisdiccionalidad, que puede llamarse cognoscitivo... es el que se orienta a la *averiguación* de una verdad procesal empíricamente controlable o controlada...”¹⁷.

“Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como garantías de libertad, sino además como garantía de verdad”¹⁸.

En este punto, nos llama la atención que FERRAJOLI coincida con autores tales como los clásicos cordobeses, pues su modelo de derecho penal y sus principios filosóficos no coinciden en nada con ellos. A nuestro juicio, el concepto de verdad de FERRAJOLI es absolutamente compatible¹⁹ con el concepto de verdad que definen los autores tradicionales que defienden el mantenimiento de la búsqueda de la verdad como objetivo central del procedimiento penal.

Según afirma MAIER correctamente, tanto el principio de la averiguación de la verdad como objeto del procedimiento, como el de la persecución penal pública son sólo “máximas que, junto a las reglas

¹³ Lo que jamás pudimos comprender es cómo se puede afirmar que “el triunfo de la verdad y la justicia” entrañen “riesgos inevitables” para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales del imputado.

¹⁴ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 386 y s. (destacado en el original)

¹⁵ Cita de MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, p. 262, nota 6, indicando la fuente del siguiente modo: “Casación del 9 de junio de 1916 (*La Proc. Pen.*)” (destacado agregado).

¹⁶ BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 214 (destacado en el original).

¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 540 (destacado agregado).

¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 541.

¹⁹ El problema surge, a nuestro juicio, cuando a la exigencia que sí opera como garantía de libertad es la necesidad de determinar una verdad procesal empíricamente controlable y refutable, con la necesidad de averiguar la verdad en todos los casos. El procedimiento debe tener como finalidad principal la verificación de la verdad procesal sólo en la medida en que se eleve el caso a juicio y se persiga la imposición de una medida represiva.

constitucionales de principio, gobiernan el enjuiciamiento penal del país. Dicho de otra manera, constituyen principios del Derecho procesal penal de nuestro país que no están directamente vinculados a la ley fundamental”²⁰.

V. Si bien es cierto que, tal como afirma MAIER, que la regulación normativa del ejercicio de la acción penal pública es, como regla, solo un *principio político* de nuestro derecho positivo, y no una exigencia de jerarquía constitucional, las cosas han cambiado a partir de la reforma constitucional de 1994²¹. En palabras de CAFFERATA NORES: “... Dicho en términos más vulgares, muchas ‘cosas’ *no podrán ser como antes*”²².

Ello pues, más allá de ciertas exigencias persecutorias concretas establecidas por el constituyente de 1853²³, lo cierto es que la parte dogmática de la Constitución Nacional —en adelante, CN— sólo establecía *límites* al poder persecutorio en materia penal. Así, CAFFERATA NORES habla del “nuevo paradigma de procuración y administración de justicia” que se caracteriza por: a) las *normas internacionales y su interpretación* han “acrecentado el catálogo de garantías procesales expresas ya existentes, con un sentido *bilateral*...”; y b) se ha acentuado la necesidad de proteger “el interés de la víctima... pero sin ‘confiscarlo’ en nombre de un ‘interés estatal’...”²⁴. En este sentido, el autor agrega:

“Estos conceptos son los que basan nuestras estimaciones precedentes sobre que las obligaciones estatales de *respetar* los derechos humanos y *asegurar* su plena vigencia²⁵ impuestas por la normativa supranacional, se proyectan *bilateralmente* en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o *comunes* para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión, o *específicas* para cada uno de ellos: todas se conocen, genéricamente, como *garantías*. Y no obsta a esta bilateralidad, el hecho de que en el texto de la normativa supranacional ‘las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado’ y que su ‘aplicación a los afectados por el hecho ilícito’ sea un aspecto que no ‘fue debidamente desarrollado’²⁶, por ejemplo por la CADH, ya que no es menos cierto que las opiniones y decisiones de los organismos regionales encargados de velar por su aplicación y guía aceptada para su interpretación (véase punto 1) han evolucionado decididamente en ‘sentido bilateral’. Basta señalar como ejemplo, que luego de entender que el papel del derecho penal es el de sancionar el delito, *distinguiéndolo* de la función del derecho humanitario que es la de proteger y reparar a la víctima, han ido incluyendo, posteriormente, a la sanción penal del culpable como un modo de protección o reparación de la víctima del delito, a la que se le reconoce el derecho de procurar su castigo ante los tribunales penales (véase apartado 5. b)”.

²⁰ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 811.

²¹ No nos pronunciamos aquí sobre la obligación preexistente a la reforma constitucional de 1994 de respetar las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación por parte del Estado Argentino de instrumentos convencionales de derechos humanos.

²² CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 12 (destacado en el original).

²³ V. gr., la obligación recíproca de extraditar criminales entre las provincias (art. 8, CN 1853); la definición de todo “contrato de compra y venta de personas” como “un crimen” (art. 15, CN 1853); la definición del delito de sedición (art. 22, CN 1853); la asimilación al delito de traición a la patria respecto de los hechos mencionados en el art. 29, CN, 1853.

²⁴ CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos*, ps. 123 y siguiente.

²⁵ [Nota en el original]. La primera obligación asumida por los Estados parte es la de *respetar* los derechos y libertades reconocidas en la CADH. La segunda obligación es la de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción (cf. Corte IDH, Velásquez Rodríguez, sentencia del 29/III/88).

²⁶ [Nota en el original]. Cf. RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela”, n° 110, p. 331.

II. 2. La verdad y la persecución penal pública obligatoria

I. En el *Manual de los inquisidores*, de EIMERIC y PEÑA, se cristaliza la *innecesaria relación* entre el concepto de verdad y de necesidad de persecución penal propia del derecho penal continental estatal. El párrafo que transcribimos sintetiza de manera simple esta curiosa relación del siguiente modo:

“¿Y la historia antigua y moderna, no enseña que han contravenido al precepto de la adoración de un solo DIOS... y dando continuamente a los cristianos el más nefasto ejemplo? Por todos esos delitos, los judíos no deben escapar al juicio del obispo y del inquisidor ni a sus justos castigos”²⁷.

A pesar del transcurso de los siglos, esta idea central no se halla muy lejos de las enseñanzas del cordobés CLARIÁ OLMEDO cuando afirma, con absoluta convicción:

“... en lo penal, el titular del poder es siempre el Estado...

De aquí que la acción penal sea de *ejercicio ineludible*... Es el principio de *promoción inevitable* de la acción en el proceso penal...

Ello se explica porque el Estado, con el ejercicio de la acción, cumple una función pública judicial. El órgano que lo representa ante la justicia tiene vedado todo criterio discrecional...”²⁸.

Sin embargo, no existe circunstancia alguna que imponga la inexplicable relación promiscua entre el carácter estatal de la función persecutoria en materia penal y la *obligatoriedad* del ejercicio de tal función. El modelo estadounidense es el mejor ejemplo de ello, pues el régimen persecutorio se caracteriza por:

- a) El carácter estatal de la función persecutoria;
- b) La absoluta exclusión de la voluntad de la víctima de las decisiones sustantivas que se toman en el procedimiento penal; y
- c) Un régimen de acción penal pública absolutamente dispositivo, esto es, máxima discreción concedida a los acusadores estatales.

Siguiendo con las enseñanzas cordobesas, es importante destacar la opinión de VÉLEZ MARICONDE, quien señalara:

“... en el campo del derecho penal (...) el Estado, como titular de la potestad represiva, debe intervenir de diverso modo (...) Precisamente porque es el titular de la potestad represiva, no puede limitarse a juzgar; debe también instituir órganos que se encarguen de la investigación y de la acusación, asumiendo así la triple función que la naturaleza pública del derecho penal le impone”²⁹.

II. Paradójicamente, el mismo FERRAJOLI impone, en su modelo de derecho penal mínimo, el *deber* del juzgador de averiguar la verdad:

²⁷ EIMERIC y PEÑA, *El manual de los inquisidores*, p. 89.

²⁸ CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 157 (destacado agregado). No se comprende por qué razón, sin brindar justificación alguna, CLARIÁ afirma de modo contundente: “... De aquí que la acción penal sea de ejercicio ineludible... El órgano que lo representa ante la justicia tiene vedado todo criterio discrecional...”. Por lo demás, afirmar sin explicación alguna que el ejercicio de una acción procesal es una función “judicial” implica no comprender el contenido de la función judicial en un Estado republicano de derecho.

²⁹ VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 282. Esta afirmación resulta irracional, si la “naturaleza pública” del derecho penal obliga al Estado a demandar a quienes resultan imputados de la posible participación de un hecho punible, el Estado debería interponer amparos contra sí mismo ante supuestas violaciones al derecho constitucional, al derecho administrativo, etcétera. Tampoco existe regla alguna que establezca el deber jurídico de imponer la acción penal pública, y la prohibición de criterios discrecionales para los órganos persecutorios, que causan graves problemas. Las afirmaciones del autor cordobés solo expresan el modelo de justicia penal represiva y autoritaria que él defiende, pero no derivan de nuestro derecho positivo. Por otra parte, aun si aceptamos el deber estatal de asumir esa triple función, ello no implica que la persecución sea obligatoria, o que se le otorguen mayores poderes persecutorios a los tribunales que a los acusadores estatales.

“Y esta función de «rémora» o «freno» [del poder ejecutivo] puede ser desarrollada por el poder judicial —*poder tercero*, además de *tercer poder*— precisamente porque no es representativo, sino sujeto únicamente a la ley y *obligado a la averiguación de la verdad*, cualesquiera que fueren los sujetos juzgados y los contingentes intereses dominantes. En este sentido la función judicial es una «garantía» de todos los ciudadanos frente al mismo gobierno representativo...”³⁰.

Tal afirmación del partidario más conspicuo del modelo de “derecho penal mínimo” llama especialmente la atención, cuando el derecho procesal penal comparado, en sus últimos desarrollos, tiende de manera decidida y sistemática a construir un modelo de determinación de la verdad formal sujeto cada vez a más límites vinculados con la necesidad de respetar la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas.

II. 3. La verdad como garantía de libertad

I. El hecho de afirmar que la verdad constituye una garantía para el justiciable es una aseveración que puede dar lugar a ciertas dudas o confusiones, y por esa razón es que cabe explicar a qué nos estamos refiriendo cuando ubicamos a la verdad en el conjunto de las garantías del proceso penal. Tal como ya señalara MAIER:

“Intuitivamente parece que la sublimación de este ideal, elevado a la categoría de máxima garantista, provoca ciertos desajustes. Pues, si así fuera, deberíamos cantar loas al inquisidor...”³¹.

Al pretender que la verdad sea reconocida como una garantía no estamos demandando que la *averiguación* de la verdad constituya el hilo conductor de *todo el procedimiento penal*, asimilando a éste a las prácticas procesales más oscuras, propias de la Inquisición. Ello pues en ese contexto la verdad sólo servía para justificar la búsqueda de una verdad absoluta, de carácter sustancial, que no reconocía límites en los métodos de indagación y, además, obligaba a la persecución penal en todos los casos.

II. Intentaremos enunciar esquemáticamente las exigencias que FERRAJOLI³² define para el concepto de “verdad como garantía de libertad”.

– “... depende.... del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar... el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por lo tanto, de limitación de la potestad punitiva y de la tutela de la persona contra la arbitrariedad” (p. 34).

– En el modelo garantista, las garantías procesales se orientan a verificar que se cumpla con la exigencia de la comprobación jurisdiccional de la desviación punible (p. 34).

– El “*principio de estricta jurisdiccionalidad*... exige dos condiciones: la *verificabilidad* o *refutabilidad* de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su *prueba empírica* en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación” (p. 36).

El concepto de verdad como garantía de libertad definido por FERRAJOLI ha sido explicado del siguiente modo:

“La verdad juega un papel preponderante en el esquema garantista que propone Luigi FERRAJOLI en *Diritto e ragione*. De acuerdo con su concepción, la verdad, es decir, la correspondencia aproximativa de una hipótesis con el objeto que refiere, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, constituye uno de los *requisitos fundamentales* que debe respetar un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho y respetuoso de la dignidad humana. Desde este punto de vista, la verdad *constituye una garantía* del procedimiento, mientras que la característica de sistemas

³⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 541 (destacado agregado).

³¹ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 854.

³² Todas las citas de esta breve enunciación corresponden a la versión castellana de su obra *Derecho y razón*.

autoritarios es la de relativizar dicha correspondencia y sustituirla por consideraciones sustancialistas —por ejemplo, características personales, tendencias, estado de peligrosidad— no verificables o falsables directamente. Inversamente, el procedimiento penal respetuoso de los derechos individuales constituiría no sólo una garantía de libertad, en el sentido de evitar la privación arbitraria de derechos, sino también una garantía de verdad, en la medida en que sólo permite la imposición de una pena cuando el requisito de la correspondencia fáctica y jurídica es estrictamente observado. Esta garantía de verdad es empleada por FERRAJOLI como medida de adecuación a todo el sistema penal... y por ello, no se ciñe estrictamente a la verdad como objetivo del procedimiento”³³.

III. Sin embargo, a nuestro juicio, es el propio FERRAJOLI quien arroja confusión sobre el problema. Una cosa es exigir que la imputación formal —la acusación—, una vez que el caso ha sido remitido a juicio, no sólo comprenda todos los hechos que deben integrar el objeto del procedimiento en la medida que constituyen el conjunto de presupuestos positivos y negativos que habilitan la aplicación de la sanción punitiva, sino que, además, se proteja la libertad del imputado exigiendo al acusador —público o privado— que cumpla con el deber de demostrar con certeza la veracidad de la hipótesis acusatoria.

Pero parece difícil coincidir con la opinión que propone que la absoluta falta de discreción de los acusadores estatales para dejar de perseguir en determinados casos —esto es, para asegurar el deber de iniciar y continuar con la persecución penal de todos los hechos punibles de manera automática y obligatoria— pueda ser considerada una garantía de libertad.

Por el contrario, esta obligación persecutoria reduce los márgenes de libertad —obliga a perseguir un mayor conjunto de hechos punibles, y a disminuir la calidad de la presentación del caso ante la justicia penal—, y resulta mucho más adecuada para un modelo de derecho penal máximo, antes que para el modelo de derecho penal mínimo que propone el profesor italiano.

II. 4. Función de la actividad probatoria

I. Uno de los problemas que, a nuestro juicio, complica el análisis respecto de cómo opera el deber de determinar la verdad se vincula con el hecho de que las consecuencias de tal actividad no depende exclusivamente del concepto de verdad que asumamos, sino, además y especialmente, de la función que le asignemos a la actividad procesal en general, y a la actividad probatoria en particular.

En nuestra tradición jurídica, el tema de la prueba se estudia de manera inadecuada, pues sólo se estudian —si es que se hace— las reglas vigentes que organizan su incorporación válida al proceso y, por otra parte y en menor medida, las reglas mediante las cuales deben ser valorados los elementos de convicción³⁴.

Nada se enseña sobre la técnica del tratamiento de la prueba para que ésta cumpla su principal finalidad: convencer sobre la mayor o menor probabilidad acerca de la certeza de un hecho o circunstancia que debe ser verificado para tomar alguna resolución determinada³⁵.

Si agregamos esta variable adicional, referida a la función de la prueba en el procedimiento, advertimos que existen dos enfoques diversos sobre el papel que la actividad probatoria cumple en el procedimiento. GUZMÁN explica que, por un lado, se sostiene que ésta cumple “una función *meramente argumentativa*, mediante la cual puede lograrse solo la persuasión de quien debe resolver el caso judicial”; y que, por el otro, se “atribuye a ella una función demostrativa o si se quiere *confirmatoria* o

³³ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 854.

³⁴ Lo cierto es que los desarrollos teóricos y jurisprudenciales que intentan explicar cómo operan o en qué consisten las reglas de la sana crítica, confunden más de lo que aclaran.

³⁵ Así, la legislación clasifica los elementos de convicción en diferentes categorías denominados “medios de prueba” cuya relevancia determina su modo de incorporación. Esto es, si se le presta atención al tema de la prueba, lo que se transmite en las universidades son las reglas legales de incorporación al proceso. Pero no se entrena a los futuros abogados a entrevistar testigos, a preparar los interrogatorios, a desarrollar una teoría del caso, a utilizar medios visuales o gráficos, en síntesis, a controlar qué información ingresa y de qué manera.

cognoscitiva, ya que a través de la prueba podría arribarse al conocimiento de la verdad de una determinada hipótesis³⁶. GUZMÁN se inclina claramente por la segunda de las opciones, con la cual, en principio, coincidimos. Sin embargo, ambos enfoques presentan un escenario demasiado simple. En la opción cognoscitiva, por ejemplo, se asigna a la presentación de los elementos de prueba una función casi exclusivamente confirmatoria o demostrativa, mientras que se invoca de manera recurrente a los alegatos de las partes como una actividad casi exclusivamente persuasiva³⁷.

A nuestro juicio, esta percepción de la actividad procesal es demasiado esquemática y, por ello, las afirmaciones de GUZMÁN no resultan demasiado ajustadas a la realidad cuando sostiene que los alegatos consisten básicamente en argumentación que cumple una función persuasiva, mientras que destaca, al mismo tiempo, que “también es cierto que dichas argumentaciones no son realizadas más que sobre las pruebas...”³⁸.

Más allá de ello, lo cierto es que los estudiantes de derecho no son entrenados para manejar la actividad probatoria desde ninguno de estos dos enfoques.

– Independientemente de la cuestión señalada —que afecta gravemente la imparcialidad del tribunal—, lo cierto que es aun durante el debate es posible que el objeto del juicio comprenda la necesidad de demostrar circunstancias fácticas absolutamente ajenas a la imputación en sentido estricto, además de discutir la eventual aplicación de diversas reglas que pueden provocar la clausura anticipada —o no— del juicio, pero por motivos extraños a los que se refieren a la solución sustantiva de mérito que se supone se busca determinar con la realización del juicio³⁹.

– En realidad, toda la actividad procesal tiene aspectos confirmatorios o cognoscitivos y, simultáneamente, aspectos persuasivos o argumentativos. El objeto de un proceso mezcla de manera indisoluble sucesos naturales, comportamientos humanos, procesos psicológicos, particularidades personales de los actores del proceso, y, además, ese conjunto de circunstancias y sucesos disímiles adquieren significado y sentido a la luz de valores, normas, intuiciones, prejuicios y, también, procesos que intentan justificar análisis y decisiones sobre la base de criterios racionales.

– Pero la construcción de la verdad que tiene lugar en el proceso depende de avances, retrocesos, de la actividad probatoria y procesal de las partes que se enfrentan guiados por la defensa de intereses contrapuestos. Tampoco podemos dejar de lado que en un procedimiento —aun restringido a la etapa de juicio— el objeto que define el conjunto de circunstancias fácticas y normativas para resolver el caso, como regla, excede en mucho la simple verificación empírica de los elementos que definen la imputación del hecho punible cuya responsabilidad se intenta endilgar a el/los imputados durante el juicio. En cualquier juicio de mediana complejidad el objeto procesal involucra diversas cuestiones que pueden ser objeto de litigio —v. gr., recusaciones, ofrecimiento de prueba, impugnación de prueba ofrecida por la contraparte, instrucción suplementaria, nulidades, etcétera—.

– Cuando este proceso de construcción de la verdad es asumido por el tribunal, su convicción, probablemente, se forme en mayor medida por la fuerza argumentativa de los elementos del caso que ya conoce, y la actividad probatoria perderá su valor confirmatorio.

II. En el ámbito del procedimiento anglosajón, por su parte, han surgido voces críticas respecto de la exclusiva responsabilidad protagónica de las partes en la construcción del relato que se lleva a cabo

³⁶ GUZMÁN, *Las funciones de la prueba: perspectiva de una teoría cognoscitivista*, p. 145 (destacado agregado).

³⁷ Cf. GUZMÁN, *Las funciones de la prueba: perspectiva de una teoría cognoscitivista*, ps. 151 y siguientes.

³⁸ GUZMÁN, *Las funciones de la prueba: perspectiva de una teoría cognoscitivista*, ps. 153 y siguiente.

³⁹ Piénsese, por ejemplo, discusiones sobre hechos que podrían afectar la validez de cierta prueba; circunstancias ajenas a la imputación pero más que relevantes para corroborar o desacreditar elementos de convicción presentados por las partes; discusión acerca de la posibilidad de ampliar la acusación; discusiones sobre relevancia de producción de ciertos medios de prueba; discusiones sobre nulidades o impugnaciones de resoluciones tomadas en la aduena; etcétera.

en la sala de audiencias. Lo curioso de estas críticas es que parecen estar fundadas, ante todo, en el hecho de que el juzgador es un cuerpo de ciudadanos que interviene en calidad de jurado.

En un trabajo contundente, el Profesor GOLD, de Loyola Law School, formula una crítica muy dura a lo que él denomina “el uso [encubierto] de técnicas psicológicas de persuasión en la sala de audiencias”, por parte de los abogados litigantes, que tendrían por objeto inducir a los miembros del jurado a resolver tomando en cuenta prueba legalmente irrelevante o consideraciones indebidas⁴⁰.

Los problemas más graves de las afirmaciones un tanto ingenuas del autor citado consisten en el hecho de que:

- Critica diversos métodos de introducción de información probatoria, afirmando de manera tajante que ellos no tienen relación alguna con el valor probatorio de la información⁴¹, sin explicar jamás de qué depende el valor probatorio de un elemento de convicción determinado.
- Asume —sin aceptar siquiera la posibilidad de dudar de su percepción— que el uso de las técnicas psicológicas que critica influye de modo exclusivamente *subconsciente* en el jurado y, por lo tanto, ellos no pueden advertir los “trucos” de los abogados⁴².
- A mismo tiempo, señala que los jueces no se dan por enterados del problema, con lo cual su sugerencia de que los jueces estarían mejor preparados para resistirse al poder de “encantador de serpientes” que atribuye a los abogados resulta insostenible.
- Entre las técnicas que cuestiona, como si se tratara de una grave afectación de la regularidad del juicio señala, por ejemplo, el uso de determinada vestimenta y, también, la circunstancia de que las partes recurran al uso emotivo del lenguaje.

Realmente, no comprendemos la crítica. En la medida en que tales prácticas no estén prohibidas, resultan absolutamente legítimas. Al contrario de lo que afirma GOLD, si el abogado que representa a una víctima de violación no le sugiriera a su cliente que se vista apropiadamente, actuaría irresponsablemente, ignorando el devastador efecto que podrían provocar los prejuicios del jurado si la víctima de una agresión sexual apareciera a declarar ante el tribunal vestida como una vedette.

Lo que nos resulta más asombroso es una de sus conclusiones: luego de reconocer que una de las posibles soluciones consistiría en una reforma de carácter inquisitivo, sostiene:

“En efecto, el jurado es superfluo en un sistema inquisitivo.

... Pero al menos, un sistema inquisitivo presenta la posibilidad de producir *una decisión libre de prejuicios que refleje la verdad*”⁴³.

Afirmar una especie de vínculo necesario —o siquiera posible— entre sistema inquisitivo e imparcialidad del juzgador no sólo es una negación de más de siete siglos de historia⁴⁴, sino, además,

⁴⁰ GOLD, *Covert Advocacy: Reflections on the Use of Psychological Persuasion Techniques in the Courtroom*, ps. 481 y siguiente.

⁴¹ Así, por ejemplo, señala la presencia de un testigo educado, articulado, y con aptitud para transmitir verbalmente de manera ordenada y clara la información que posee. No vemos qué tiene de malo eso, aun si el testigo utilizara recursos retóricos que aumenten su capacidad persuasiva. Para eso, precisamente, existe la práctica de preparar a los testigos antes de la audiencia —por preparar nos referimos a colaborar con ellos para que brinden voluntariamente la información que poseen del modo más útil posible, no a hacerlos decir aquello que no saben o conocen—.

⁴² Esta afirmación resulta poco seria. En primer término, parece partir del presupuesto de que los jurados son tontos, y que atribuirán la supuesta empatía con el abogado a una razón distinta de su interés profesional en ganar el caso. En segundo lugar, parece asumir que los jueces no pueden ser “víctimas” de tales prácticas. Si acudimos a uno de los ejemplos que él mismo brinda, el de las agresiones sexuales, resulta claro que la decisión fundada en prejuicios —en este tipo de casos, prejuicios sexistas— también es patrimonio de los jueces profesionales, y en qué medida.

⁴³ GOLD, *Covert Advocacy: Reflections on the Use of Psychological Persuasion Techniques in the Courtroom*, ps. 509 y s. (destacado agregado).

demuestra la absoluta incompreensión de los principios culturales que estructuran el modelo de enjuiciamiento informado por la racionalidad inquisitiva.

Más allá de ello, insistir en los albores del tercer milenio en la posibilidad de determinar alguna especie de verdad “objetiva”, o “neutral”, esto es, “real”, sobre la ocurrencia de un hecho indisolublemente unido a valoraciones normativas, además de irracional, se trata de una creencia de que la “verdad normativa” puede ser construida de modo unilateral, a partir de un ejercicio de autoridad coactivo de un órgano estatal que cierra todo camino a una posible refutación empírica de los hechos atribuidos.

III. La verdad en los nuevos códigos procesales

"Con la Inquisición pasa con todas las instituciones: ha sobrevivido su codificación. Codificada, adquirió semblante de vida autónoma; desmantelada, sobre vive merced a la vida que la animaba antes de que tuviera un nombre y se manifestara mediante un procedimiento. Efectivamente, sobrevive —en presente del indicativo— pues aunque la institución parezca muerta, la actitud ideológica —espiritual, ritual, eclesiológica; es amplia la elección de adjetivos aceptables—, de la que era un exponente privilegiado, conserva buena salud".

Luis SALA-MOLINS, *Introducción, El manual de los inquisidores*.

III. 1. El proceso de reforma

I. Distintos factores, entre ellos la magnitud de la crisis de la administración de justicia penal, desencadenaron un proceso de reforma estructural de la justicia penal que hoy se ha extendido a casi todos los países de la región latinoamericana, que ha representado un serio intento de lograr una *modificación sustancial* del sistema de enjuiciamiento penal, esto es, el abandono de un modelo procesal y la adopción de otro modelo cualitativamente distinto⁴⁵.

El modelo de procedimiento penal propio del proceso señalado cuenta con ciertas características comunes, marcadamente acusatorias, si bien de alcance sólo formal⁴⁶. Con la caída histórica del sistema inquisitivo en con las revoluciones ciudadanas —sistema que destruyó todo vestigio del principio acusatorio—, se mantuvo el principio material de la persecución penal pública, pero se introdujo de modo tenue el principio acusatorio: así nació el principio acusatorio que hoy denominamos *formal*, y cuyo contenido difiere sustancialmente de la regla histórica que le dio origen. El principio, redefinido en términos estrictamente formales —pues si bien se dividen las funciones de perseguir y de decidir, ambas son desempeñadas por órganos estatales—, fue una de las “conquistas” de la Ilustración, y aún hoy estructura el procedimiento penal.

Una característica esencial del sistema acusatorio formal consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público, y las tareas decisorias, a cargo de los tribunales. En este sentido, se afirma que:

“... el principio acusatorio conlleva la afirmación de que la acusación sea formalmente mantenida en el proceso por aquellas partes que están legitimadas para ello, sin que en ningún caso pueda ser sostenida la misma por el Tribunal llamado a fallar el asunto penal... el principio acusatorio formal [supone] un desdoblamiento de funciones estatales en orden a la atribución de las diferentes tareas

⁴⁴ La garantía que jamás pudo ser respetada en los sistemas inquisitivos ha sido, precisamente, la garantía de imparcialidad del juzgador. Cf. BOVINO, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*.

⁴⁵ En la década de 1990 el proceso se extendió por diversos países. Así, por ejemplo, se aprobaron el CPP Guatemala (1992), el CPP Costa Rica (1996), el CPP El Salvador (1996), entre otros. Sobre el desarrollo de este proceso durante esa década, cf. MAIER y STRUENSEE, *Introducción*, ps. 23 y siguientes.

⁴⁶ En el marco de un sistema acusatorio material, el principio acusatorio significa que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversias de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista un pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado.

acusadora y decisora a órganos distintos, de los propios del Estado, llamados a desempeñar misiones de contenido no equivalente⁴⁷.

Actualmente existe un consenso generalizado acerca del hecho de que el principio acusatorio es un requisito ineludible para respetar la garantía de imparcialidad —más allá de la clásica afirmación de que también opera como requisito indispensable para el ejercicio efectivo del derecho de defensa⁴⁸—.

Sin embargo, consideramos que en los nuevos ordenamientos jurídicos productos de la reforma, los principios acusatorios no han logrado operar como mecanismos que tornen efectiva la garantía de imparcialidad⁴⁹. En este contexto, consideramos que éste es el motivo principal de que el proceso de reforma no haya logrado organizar un sistema de enjuiciamiento que permita que el concepto de verdad opere como garantía de libertad, en el sentido que le da FERRAJOLI a esta expresión.

III. 2. La construcción del relato en el nuevo modelo de juicio

I. En general, puede afirmarse que los modelos de enjuiciamiento penal más recientes —v. gr., CPP Costa Rica, CPP Guatemala, CPP Buenos Aires, CPP Chubut—, al mismo tiempo que separan estrictamente las funciones persecutorias propias del ministerio público, de las funciones decisorias propias del poder judicial, continúan organizando el juicio público sobre la base del *principio político* de la averiguación de la verdad.

No resulta consistente implementar una profunda transformación de la organización del sistema de enjuiciamiento —uno de las transformaciones más importantes es, sin duda, los nuevos papeles y funciones que se atribuyen al ministerio público y a los órganos judiciales— y, al mismo tiempo, tolerar prácticas contradictorias con el nuevo perfil asignado a estos operadores o, lo que es peor, ignorar las reformas indispensables a las reglas del juicio para garantizar que cada quién se dedique a cumplir con los deberes que según nuestro ordenamiento jurídico le corresponden.

Afortunadamente, al menos en el ámbito discursivo se ha abandonado la errónea idea, de clara filiación inquisitiva, que postulaba la necesidad ineludible de otorgar poderes persecutorios, al tribunal para poder averiguar la verdad durante el juicio. Esta idea ha sido justificada por la doctrina cordobesa más reaccionaria del siguiente modo:

“Los jueces concurren al debate *debidamente informados* de los elementos de la causa... Los jueces podrán así ir elaborando individualmente sus motivaciones, y concurrir a la deliberación con elementos de juicio suficientemente conformados⁵⁰.”

“Durante este período preliminar, el principio acusatorio que domina en el juicio está limitado por importantes interferencias inquisitivas, impuestas por la indisponibilidad del objeto sustancial y la *necesidad de una investigación integral*”⁵¹.

Sin embargo, a pesar de que los nuevos ordenamientos procesales han eliminado —o reducido al mínimo— las facultades inquisitivas, reconociendo que la función persecutoria pertenece exclusivamente al ministerio público, el proceso probatorio que se lleva a cabo en el juicio organiza un método de construcción de la verdad que no resulta compatible con el concepto de “verdad” como garantía de libertad.

En efecto, la única manera de que el proceso de construcción de la verdad judicial permita que la exigencia de verificarla durante el juicio penal exige, de manera necesaria, que dicho proceso sea

⁴⁷ ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, p. 23.

⁴⁸ Cf., entre otros, ÁLVAREZ, *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*; BARRIENTOS PELLECCER, *Derecho procesal penal guatemalteco*, p. 41; BOVINO, *Temas de derecho procesal guatemalteco*, ps. 50 y siguientes.

⁴⁹ Esta dificultad puede ser consecuencia de una regulación legal defectuosa o, en mayor medida, por la pervivencia de arraigadas prácticas judiciales inquisitivas que tornan inoperativos los mecanismos acusatorios.

⁵⁰ CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. III, p. 172 (destacado agregado).

⁵¹ CLARIÁ OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. III, p. 176 (destacado agregado).

determinado de manera *exclusiva* y *excluyente* por la actividad procesal de las partes —acusador y defensa—.

II. El principio de inocencia, en este sentido, deposita el *onus probandi* sobre las espaldas del acusador —público o privado—. Ello significa que la iniciativa probatoria tendiente a demostrar la verdad acerca de los hechos contenidos en la acusación corresponde, exclusivamente, al órgano acusador. Como responsable de cumplir con la exigencia de destruir el estado jurídico de inocencia que protege al imputado, el ministerio público es el órgano responsable de comprobar que es verdad que el hecho objeto del proceso ha sido cometido por la persona sometida a juicio penal.

Ello significa que se debe permitir de manera efectiva que el acusador sea el exclusivo responsable de la iniciativa probatoria dirigida a la demostración de la verdad del hecho que ha atribuido al imputado. Como órgano estatal a cargo de la función persecutoria en los delitos de acción pública, el ministerio público tiene el *deber constitucional* de conducir de manera *exclusiva* el proceso de construcción de la verdad acusatoria. Esta exclusividad en la construcción del relato que tiene lugar en la sala de audiencias deriva de diversas reglas constitucionales.

En primer lugar, el principio de inocencia (art. 18, CN) requiere que el órgano acusador demuestre con certeza todos los elementos establecidos legalmente que permiten atribuir responsabilidad penal a una persona jurídicamente inocente. En segundo lugar, el art. 120 de la Constitución Nacional atribuye de manera exclusiva al ministerio público la función persecutoria en el ámbito de los delitos de acción pública. Además, tanto la garantía de imparcialidad del juzgador como el derecho de defensa reconocen al imputado el derecho de contradecir toda la actividad procesal tendiente a destruir su estado de inocencia y, además, exige que dicha actividad procesal sea realizada, exclusivamente, por quien interviene en el procedimiento penal en calidad de acusador.

Como veremos en los ejemplos referidos al proceso de construcción de la verdad que se lleva a cabo a través de la actividad probatoria, estas exigencias sólo pueden ser cumplidas de manera acabada si se atribuye a las partes de manera exclusiva la responsabilidad por la construcción del relato acerca del acontecimiento histórico objeto del procedimiento. Como también veremos, no basta para cumplir con esta exigencia reconocer a las partes, solamente, la facultad o el derecho de ofrecer los elementos de prueba que consideran relevantes, necesarios y útiles para desarrollar su estrategia procesal en el caso concreto.

III. 3. La prueba de las partes

I. Uno de los ejemplos más relevantes que demuestra la falta de control que tienen las partes —acusación y defensa— sobre el proceso de construcción de la verdad en el juicio penal, y que afecta la posibilidad de que el concepto de verdad opere como garantía de libertad es, probablemente, la decisión sobre el orden de incorporación de los elementos de prueba durante el juicio.

En primer lugar, se debe reconocer que sería absolutamente razonable dividir la etapa de producción probatoria en dos momentos: la prueba de la acusación y, luego, la prueba de la defensa —en caso de que la defensa haya ofrecido prueba—. Esta división cumple diversas finalidades, todas ellas útiles para hacer efectiva la garantía de verdad.

El CPP Buenos Aires, a diferencia de otros ordenamientos procesales, contiene una regulación muy particular del orden de la producción de la prueba durante la etapa de debate. En este sentido, la regla más importante que determina el orden en que se debe incorporar la prueba durante el juicio es el art. 357, párrafo I:

“... se producirá la prueba analizándose en primer lugar la propuesta por la acusación y actores civiles y particular damnificado, en el caso de que los hubiera”⁵².

II. El debate oral y público es la etapa central del procedimiento penal, pues él tiene por objeto la decisión de mérito acerca de la hipótesis fáctica contenida en la acusación⁵³. La división establecida por el ordenamiento legal citado, en este sentido, resulta manifiestamente útil para cumplir ésa y otras finalidades.

Por un lado, la producción de toda la prueba de la acusación durante la primera etapa del debate cumple la función de contribuir al mejor esclarecimiento de la verdad, pues permite a la acusación una mejor presentación de su hipótesis acerca de la eventual comisión del hecho punible que se persigue. De esta manera, el órgano acusador tiene la posibilidad de presentar su hipótesis fáctica y, además, los elementos de convicción que le brindan sustento, todo ello de manera ordenada.

Así, es el órgano acusador quien construye el relato sobre el hecho objeto del proceso y lo expone ante las demás partes y, simultáneamente, ante el juzgador. En su narración, la única interferencia que lo afecta consiste en las posibilidades de la defensa de controlar la credibilidad y confiabilidad de los elementos de convicción incorporados al juicio público.

III. Además, esta división de la actividad probatoria de las partes contribuye a simplificar el trabajo de la defensa. La actividad defensiva se facilita en la medida en que antes de que la defensa incorpore al juicio la prueba que hubiere ofrecido, logra tener en claro el cuadro probatorio al que se enfrenta y, además, la importancia relativa de cada uno de los elementos de convicción que dan sustento a la acusación.

De esta manera, el ejercicio del derecho de defensa se torna efectivo, pues la actividad procesal del defensor es determinada por una estrategia definida a partir del análisis íntegro del peso relativo de cada uno de los elementos de convicción incorporados por la acusación. Es esta idea, precisamente, la que funda la decisión establecida aun en los códigos más inquisitivos, tales como el CPP Nación, de informar al imputado, antes de su declaración indagatoria, no sólo el hecho que se le atribuye sino, además, los elementos de prueba que existen en su contra⁵⁴.

Si, por otra parte, nos atenemos a los derechos garantizados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, se puede advertir que la decisión plasmada en el CPP Buenos Aires parece ser una exigencia derivada de algunas de esos tratados de derechos humanos:

“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; (...)

⁵² Idéntica disposición contiene el CPP Chile, que en su art. 328 dispone: “Orden de recepción de las pruebas en la audiencia del juicio oral. Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra”.

⁵³ Un sinnúmero de reglas del CPP Buenos Aires toman explícita esta finalidad. Entre ellas, el art. 144, respecto de la finalidad de las medidas de coerción (“... cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad...”); el art. 209, que establece el principio de libertad probatoria; el art. 266, que enuncia las diversas finalidades de la etapa de investigación preparatoria; el art. 338, inc. 7, que permite ordenar la realización de diligencias de instrucción suplementaria en la etapa de preparación del debate –también el art. 344, inc. 6, para la etapa de debate–; los arts. 362 y 363, que admiten la realización de inspecciones judiciales, reconocimientos, careos y la producción de nuevos medios de prueba durante el debate, etcétera.

⁵⁴ El art. 298, párr. I, dispone: “Terminado el interrogatorio de identificación, el juez *informará detalladamente* al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, *cuáles son las pruebas existentes en su contra* y que puede abstenerse de declarar...” (destacado agregado).

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos” (art. 8, n° 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos).

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; (...)

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo” (art. 14.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por otra parte, esta solución contribuye a simplificar la actividad procesal, pues en el caso de que alguno de los elementos de la imputación no logre ser comprobado –v. gr., una circunstancia agravante tal como el uso de arma en un robo–, no resulta necesario que la defensa produzca prueba contradiciendo esa circunstancia, con lo cual se ahorra actividad procesal.

III. 4. El orden de la producción de la prueba

I. Un segundo problema que resulta extremadamente relevante, en cuanto afecta al control de las partes del juicio penal sobre la narración judicial de los hechos, se vincula con la decisión del tribunal que establece el orden de la incorporación de la prueba. Este problema, debe señalarse, es independiente del mencionado en el punto anterior.

En general, los códigos suelen tener una regla que establece un orden determinado que rige como principio general. En estos casos, el orden se establece según el tipo de medio de prueba⁵⁵. Así lo dispone, por ejemplo, el art. 382, párr. I, del CPP Nación:

“Después de la indagatoria el tribunal procederá a recibir la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere conveniente alterarlo”⁵⁶.

Nótese que la aplicación regular de esta solución otorga al *tribunal* el control absoluto sobre la organización del relato que debe llevarse a cabo en el escenario de la sala de audiencias⁵⁷. Ello no sólo conduce a resultados irracionales sino que, además, restringe un derecho fundamental de las partes, pues les impide toda posibilidad de presentar los elementos de prueba⁵⁸ ofrecidos conforme a una estrategia adecuada para proteger los intereses que representan.

A pesar de que nada impide que el tribunal acceda, aun en textos legales como el del CPP Nación, a ordenar la producción de la prueba en el sentido solicitado por las partes, lo cierto es que aun cuando

⁵⁵ “Medio de prueba es, en el procedimiento, el acto procesal, regulado por la ley, por intermedio del cual se introduce en el proceso un elemento de prueba, su contenido eventual (la declaración testimonial, el dictamen pericial, el documento)”. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1b, ps. 579 y s. (destacado en el original).

⁵⁶ Así, por ejemplo, los peritos e intérpretes (art. 383), los testigos (art. 384) y los elementos de convicción secuestrados (art. 385), entre otros. Una solución casi idéntica está prevista en el art. 349 del CPP Costa Rica, a pesar de que se trata de uno de los códigos más modernos de América Latina. Sobre el CPP Costa Rica, cf. AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso Penal Comentado*.

⁵⁷ Téngase en cuenta que aun en códigos modernos como el nuevo CPP Chubut se mantienen soluciones como las que aquí criticamos. Su art. 41, con el título de “Recepción de pruebas”, dispone: “Después de la declaración del acusado, el presidente procederá a recibir la prueba, en el orden que considere conveniente, que comunicará a los intervinientes” (destacado agregado).

⁵⁸ El “elemento de prueba es el dato, el rastro o señal, contenido en un medio de prueba ya realizado, que conduce, directa o indirectamente, a un conocimiento cierto o probable del objeto del procedimiento” (MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1b, p. 579).

el texto legal no contiene cláusula alguna similar al art. 382 del CPP Nación, en la práctica los tribunales se resisten a acceder a los pedidos de las partes.

II. Volviendo al ejemplo del CPP Buenos Aires, es interesante mencionar que éste no contiene regla alguna que establezca —ni siquiera de manera subsidiaria— que los diferentes elementos de convicción deban ser introducidos teniendo en cuenta el medio de prueba de que se trate —v. gr., documental, testimonial, etcétera—.

Por otra parte, el art. 367 de ese texto legal, bajo la denominación de “*Iniciativa probatoria*”, dispone:

“A la acusación incumbe la prueba de la culpabilidad del acusado. A las partes civiles incumbe la de los hechos en que funden sus pretensiones, defensas y excepciones”.

De esta manera, la regla citada atribuye la iniciativa probatoria, en lo que aquí interesa, a la acusación. Al hacerlo, la regla no distingue entre la elección de los elementos de prueba que las partes ofrecen y el orden en que tales elementos de prueba deben ser producidos. En conclusión, son las partes acusadoras quienes deberían establecer el orden de producción de la prueba.

El mismo art. 328 del CPP Chile es claro al establecer que “[c]ada parte determinará el orden en que rendirá su prueba...”, dejando librado a las partes todo la iniciativa probatoria.

Esta solución es especialmente importante en casos en que la hipótesis fáctica contenida en la acusación reviste un grado de complejidad superior al promedio, o existe una gran cantidad de elementos de prueba a ser producidos durante el debate público. Si el objeto del juicio consiste en la demostración de la verdad, resulta mucho más racional ordenar la incorporación de la prueba atendiendo a los diversos elementos de la acusación, y no de acuerdo con criterios impuestos por el tribunal sin fundamento alguno.

Así, *deben* producirse los distintos elementos de prueba en un orden que se relacione con el de los distintos elementos de la imputación, aun cuando ello implique la incorporación de diversos medios de prueba de manera “desordenada”: por ejemplo, un documento, dos peritajes y un testigo para el primer elemento de la imputación —v. gr., el carácter de funcionario público del autor del hecho—; dos documentos, tres peritajes y dos declaraciones testimoniales para el segundo elemento —v. gr., la comisión de la acción típica prevista en la figura penal—; y así sucesivamente.

Sin embargo, no conocemos ningún caso en el cual se haya aceptado la solicitud de una de las partes en este sentido⁵⁹. Esta manera de ordenar la incorporación de la prueba produce varias consecuencias negativas. En primer lugar, dificulta el deber del órgano acusador de cumplir con la exigencia de establecer con certeza la responsabilidad penal del imputado. Además de ello, la práctica representa una injerencia indebida del tribunal sobre una decisión que corresponde a la acusación.

En segundo término, la incorporación arbitraria de los elementos de prueba también dificulta la tarea de la defensa. Ello pues produce confusión sobre el cuadro probatorio del procedimiento y, también, porque podría afectar la imparcialidad del tribunal. La decisión de incorporar los distintos elementos de convicción en un orden determinado puede estar motivada, entre otras posibilidades, en el interés en demostrar una hipótesis determinada sobre los hechos.

⁵⁹ En un caso real en el cual intervenimos como “particulares damnificados” en un juicio público en provincia de Buenos Aires, no sólo no se hizo lugar a nuestro pedido sino que, además, se destinó la primera parte del debate a la introducción por lectura de toda la prueba que debía ser incorporada de ese modo, sin siquiera respetar la distinción entre prueba de la acusación y prueba de la defensa.

III. 5. El interrogatorio

I. Finalmente, el último ejemplo referido al proceso de incorporación de la prueba al juicio público que tendremos en cuenta se vincula con las reglas aplicables a la declaración de los testigos. En este punto, señalaremos dos problemas diferentes⁶⁰.

En primer lugar, la subsistencia de la práctica de solicitar al testigo que, en primer término, informe en el juicio aquello que considere relevante. Así, por ejemplo, el art. 352, párr. I, del CPP Costa Rica (“Interrogatorio”):

“Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside *le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba*” (destacado agregado)⁶¹.

Esta decisión produce consecuencias perniciosas respecto de las partes. En primer lugar, el testigo declara según su propio criterio, perjudicando a la parte que lo propuso, al menos, de dos modos diferentes. Por un lado, el testigo ordena su relato sin control alguno y, de ese modo, puede mencionar información relevante que, al haber sido ya proporcionada, podría impedir que se le pregunte nuevamente sobre alguna circunstancia particular. Por otro lado, aun en el caso de que el testigo realice una declaración ordenada de su relato, él no conoce la importancia relativa de cada una de las piezas de información que posee en relación a los demás elementos de convicción disponibles.

Esta práctica, entonces, también afecta el control de las partes sobre el proceso de producción de la verdad y, como veremos, opera como un obstáculo adicional para realizar el concepto de verdad como garantía de libertad.

II. En segundo término, también es necesario señalar los problemas que pueden generar las reglas aplicables a la forma de interrogar al testigo. En este sentido, es llamativo —y, tal vez, inexplicable— que en el juicio público del nuevo modelo de enjuiciamiento se mantengan exactamente las mismas reglas referidas al modo de interrogar a los testigos que se aplicaban al procedimiento escrito⁶².

En efecto, la regulación tradicional del interrogatorio de los testigos en el procedimiento escrito, impedía la formulación de preguntas capciosas y sugestivas⁶³. Las reglas sobre el modo de interrogar a los testigos, en este punto, no han variado en nada en los nuevos ordenamientos procesales⁶⁴. Así, por ejemplo, el art. 43, párr. II, del CPP Chubut, dispone:

⁶⁰ No nos dedicaremos aquí a las facultades del tribunal de interrogar, sea en primer término, como lo dispone el art. 389 del CPP Nación, o luego de que lo hagan las partes, como lo permite el art. 352 del CPP Costa Rica.

⁶¹ En igual sentido, otros códigos modernos. El CPP Guatemala, art. 378, párr. I, establece: “El presidente, después de interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su testimonio lo protestará legalmente y *le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho* propuesto como objeto de la prueba...” (destacado agregado). Por su parte, el CPP Chubut, art. 43, párr. I, dispone: “El presidente, después de interrogar al perito, testigo o intérprete sobre su identidad personal y las circunstancias necesarias para valorar su testimonio (generales de la ley), y de advertirle que debe decir la verdad y no ocultar nada sobre el objeto de su declaración, *le concederá la palabra para que informe libremente sobre todo aquello que sabe acerca del hecho* propuesto como objeto de la prueba...” (destacado agregado).

⁶² Sin abundar en detalles, es importante señalar que la subsistencia de juzgadores profesionales, aun en un modelo de enjuiciamiento marcadamente acusatorio que redefine sustancialmente su intervención, no acarrea, en la práctica, nuevas maneras de regular la incorporación de los elementos de prueba al debate. Si se trata de un modelo de juicio que atribuye el papel de juzgadores a jurados —esto es, a jueces no permanentes ni profesionales—, en cambio, resulta “natural” redefinir las reglas probatorias.

⁶³ En el Código de Procedimiento en Materia Penal de la Nación (1889), el art. 242, párr. I, que regulaba la declaración indagatoria, disponía: “Las preguntas serán siempre claras y precisas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo”. Su art. 303, por otra parte, establecía: “Se aplicarán a las declaraciones de los testigos, las disposiciones relativas a la declaración indagatoria del procesado, en cuanto fueren pertinentes”.

⁶⁴ La prohibición de que las partes formulen preguntas “capciosas, sugestivas o impertinentes” se repite sin variación alguna aun en los textos legales más recientes (CPP Costa Rica, art. 352, párr. V; CPP Guatemala, art. 378, párr. II).

“Pese a que los intervinientes pueden interrogar libremente, el presidente moderará el interrogatorio y no permitirá que el testigo, perito o intérprete conteste a preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes”.

Esta circunstancia llama la atención por dos razones diferentes. En primer lugar, resulta curioso que estas reglas, nacidas en un modelo de procedimiento estructurado sobre principios profundamente distintos a los del nuevo modelo de enjuiciamiento, se hayan conservado sin cambio alguno. Se debe tener en cuenta, en este contexto, que tales reglas no pueden producir el mismo efecto en el marco del procedimiento escrito, en el cual las funciones de los actores procesales se hallaban organizadas de un modo determinado, que el que producen en el modelo actual de enjuiciamiento penal, en el cual dichas funciones han sufrido transformaciones sustanciales.

En segundo término, también llama la atención que estas reglas se apliquen de igual modo y con idéntico alcance a todas las partes. No se comprende, por ejemplo, por qué razón se debe aplicar el mismo criterio al interrogatorio de la parte que ofrece un testigo que a su contraparte. Esta decisión parece, en principio, incompatible con la nueva definición de las funciones de los actores del proceso, esto es, con la responsabilidad que ahora reposa exclusivamente sobre su actividad procesal.

III. En el derecho anglosajón, por ejemplo, las reglas aplicables al interrogatorio directo de la parte que ofrece el testigo son diferentes de las que regulan el conainterrogatorio. Así, por ejemplo, en el derecho federal estadounidense, mientras que las preguntas sugestivas están prohibidas, como regla, en el interrogatorio directo —de la parte que ofrece el testigo—, éstas son admitidas regularmente cuando se trata del conainterrogatorio⁶⁵.

Así, por ejemplo, la Regla 611.c de las Reglas Federales de Prueba, después de establecer la imposibilidad de recurrir a preguntas sugestivas —*leading questions*— durante el interrogatorio directo del testigo realizado por la parte que lo ofreció, sienta el principio contrario para el conainterrogatorio de la contraparte. El texto señala que las preguntas sugestivas deben ser admitidas de manera regular en el conainterrogatorio. La misma solución está regulada en el CPP Chile⁶⁶.

La facultad de interrogar al testigo ofrecido por la parte contraria de esta manera, en un esquema que deposita la iniciativa probatoria en las partes, resulta absolutamente justificada. En primer lugar, es natural que a un funcionario como el juez de instrucción, que cumple tareas de inquisidor, se le impongan límites —v. gr., el sistema de prueba tasada—. En el derecho anglosajón, se reconoce que es absolutamente inconveniente que la parte que ofreció un testigo pueda interrogarlo mediante preguntas sugestivas. Sin embargo, al mismo tiempo la facultad de conainterrogar de esta manera no sólo se considera adecuada sino que se percibe como un derecho de las partes.

La desconfianza hacia las preguntas sugestivas deriva de la posibilidad de influenciar indebidamente el contenido de la declaración del testigo. Pero, como explica clara y brevemente WIGMORE:

“Si el testigo es hostil a quien lo interroga no hay razón alguna para prohibir las preguntas sugestivas desde que no hay peligro de que se sugieran falsedades con éxito”⁶⁷.

⁶⁵ Ver la regla 611.c de las Reglas Federales (*Federal Rules of Evidence for United States Courts*).

⁶⁶ “Artículo 330.- Métodos de interrogación. En sus interrogatorios, las partes que hubieren presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieren la respuesta.

Durante el conainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con su propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueren formuladas en términos poco claros para ellos”.

Estas normas se aplicarán al imputado cuando se allanare a prestar declaración.

⁶⁷ WEINSTEIN y BERGER, *Weinstein's Evidence Manual*, ps. 2-12.

También es importante señalar que el principio general del interrogatorio directo reconoce excepciones. Más interesante aún es destacar cuál es la excepción más común: se trata de casos en los cuales el testigo no está dispuesto a colaborar con la parte que lo convocó⁶⁸. Ello significa que la prohibición de realizar preguntas sugestivas cede cuando, por diversas circunstancias, existe una dificultad para lograr que el testigo proporcione la información que la parte necesita obtener. La decisión reconoce, sin duda alguna, que en ciertos casos se debe admitir preguntas regularmente inadmisibles para posibilitar que las partes en todo momento puedan controlar el ingreso de la información que necesitan para proteger el interés que representan en el juicio penal.

III. 6. Algunas consideraciones finales

I. El breve análisis realizado nos permite formular algunos interrogantes sobre la capacidad de nuestro nuevo modelo de enjuiciamiento penal para respetar el concepto de verdad como garantía de libertad. En el punto que aquí nos interesa, creemos que es posible afirmar que a partir del desarrollo histórico brevemente reseñado, una de las principales diferencias entre el modelo de la tradición anglosajona y el del derecho continental ha sido la opción entre un jurado ciudadano y tribunales profesionales.

El modelo de juicio por jurados del sistema anglosajón, a partir de la configuración que alcanzó en el siglo XVI y que, en lo fundamental, llega hasta nuestros días, provocó el desarrollo de un complejo sistema de incorporación de los elementos de prueba en la etapa de juicio. Este sistema, a diferencia de lo que sucede en nuestro procedimiento, obligó a depositar en las partes —acusación y defensa— el control absoluto de la actividad probatoria.

Una de las razones históricas que explican las facultades de las partes en el enjuiciamiento penal estadounidense ha sido, según se sostiene, el hecho de que al momento de establecerse el principio de la persecución penal pública en ese país, el fiscal estadounidense heredó el procedimiento de partes en el cual la acusación dependía de los particulares. Tanto por ese motivo como por las exigencias derivadas de la intervención del jurado, se garantizó al acusador estatal un papel protagónico en el diseño y la realización de la actividad probatoria.

La presencia del jurado, por otra parte, maximizó las exigencias del principio de inmediación en la producción de la prueba y obligó al acusador a realizar todos los esfuerzos necesarios para demostrar la verdad de cada uno de los elementos que operan como presupuestos de legitimidad de la imposición de la sanción penal. Por este motivo, es posible afirmar que la actividad probatoria, en el modelo de juicio estadounidense, tiende a cumplir con las exigencias impuestas por el concepto de verdad como garantía de libertad.

II. En nuestro ámbito, en cambio, la situación es distinta. El desarrollo histórico del modelo de procedimiento penal propio de nuestra tradición jurídica indica que el concepto de verdad operó como un principio político del proceso que justificó el carácter público y necesario de la persecución penal.

La averiguación de la verdad, al constituirse en uno de los objetivos primordiales del procedimiento penal, no resultó útil para proteger al justiciable sino, por el contrario, constituyó la justificación de la concentración del poder penal en manos del Estado y permitió todo tipo de abusos contra la dignidad humana.

A pesar de las reformas operadas en los últimos años, el principio material de la verdad histórica se mantiene firme como pilar estructural del derecho penal. La persecución penal pública y obligatoria sigue siendo la regla en nuestra tradición jurídica. A pesar de ello, el nuevo modelo, según se afirma, debería permitir que el juicio público se transforme en un instrumento de realización de la verdad como garantía, esto es, como límite al poder del Estado.

⁶⁸ Cf. GRAHAM, *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., p. 203. Las demás excepciones, si bien se aplican en supuestos diferentes, reconocen un fundamento común: la dificultad para obtener la información que puede aportar el testigo.

En este sentido, no existe una incompatibilidad estructural entre los dos conceptos de verdad. Sin embargo, la presencia de un tribunal profesional que ha perdido gran parte de sus facultades inquisitivas más evidentes continúa operando en contra de la verdad como garantía de libertad.

La participación del tribunal en el proceso de incorporación de la prueba al juicio público, junto con la aplicación de las reglas jurídicas que organizan ese proceso, al quitarle a las partes, en una medida significativa, la responsabilidad de la actividad tendiente a la construcción de la verdad, oscurece la efectiva verificación de los elementos que integran la imputación.

Las barreras que se oponen a las partes para ordenar el relato y para controlar el flujo de información que ingresa mediante la actividad probatoria, en este sentido, podrían explicarse por la opción de un juicio en el cual se otorga la capacidad decisoria a un tribunal profesional que, aún hoy, accede a la información cristalizada en un expediente. Por este motivo, nuestro modelo de juicio no exige al acusador el esfuerzo necesario para destruir el estado de inocencia de manera evidente y explícita. La limitación de las facultades de las partes y, también, el abuso de la incorporación por lectura de piezas de convicción, operan como obstáculos para transformar el juicio en un escenario en el cual la actividad probatoria sirva para realizar el concepto de verdad como garantía de libertad.

Bibliografía

AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, 2ª ed., Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.

ABREGÚ, Martín, *La investigación como pre-juicio*, en esta misma obra.

ÁLVARIZ, Alejandro E., *El principio acusatorio: garantía de imparcialidad*, en "Nueva Doctrina Penal", t. 1996/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

ASENCIO MELLADO, José M., *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1991.

BARRIENTOS PELLEGER, César, *Derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995.

BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*, en "Pena y Estado", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, nº 2.

BOVINO, Alberto, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998. También publicado en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997.

BOVINO, Alberto, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Derecho procesal*, t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

EIMERIC, Nicolás y PEÑA, Francisco, *El manual de los inquisidores*, Ed. Muchnik, Barcelona, 1983.

GOLD, Victor, *Covert Advocacy: Reflections on the Use of Psychological Persuasion Techniques in the Courtroom*, en "North Carolina Law Review", t. 65, 1987.

GRAHAM, Michael H., *Federal Rules of Evidence*, 3ª ed., Ed. West Publishing Company, St. Paul, 1992.

GUZMÁN, Nicolás, *Las funciones de la prueba: perspectiva de una teoría cognoscitivista*, en "Más Derecho?", nº 3, Ed. Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso penal comentado*, Ed. UCI, San José, 1998.

MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Ed. Hammurabi, t. 1b, Buenos Aires, 1989.

– *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MAIER, Julio B. J. y STRUENSEE, Eberhard, *Introducción*, en AA.VV., *Las reformas procesales penales en América Latina*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Ed. De Cultura Jurídica, Caracas, 1987.

WEINSTEIN, Jack B., y BERGER, Margaret A., *Weinstein's Evidence Manual. Student Edition*, Ed. Mathew Bender, Nueva York, 1987.