
Algunas apreciaciones sobre la peculiar relación entre la *verdad* y el fin del proceso penal, y sus repercusiones en la revisión de la condena

E. Matías Díaz*

Resumen

El objetivo de este ensayo es analizar la relevancia de la determinación verdadera de los hechos en el contexto de la condena penal. Para ello no debemos perder de vista que la verdad en el proceso penal se encuentra atravesada por directrices políticas, morales y jurídicas. Es que entiendo que los recaudos propios de la imposición de una pena definen aspectos esenciales de la *verdad* como concepto relevante y útil en el orden jurídico procesal penal. En un marco político-jurídico garantista, lo imprescindible es la necesidad de evitar con el máximo de recursos disponibles en el proceso penal el castigo a un inocente. Sin embargo, la falla en tal empresa nunca puede ser cargada al individuo que soporta la pena, en virtud de los defectos en el ejercicio de sus medios defensivos. En este sentido, los modelos procesales deben ser construidos sobre el valor de la protección de la inocencia jurídica, y sostenerse en: a) la obligación del Estado de no condenar ni aplicar pena sin antes haber determinado la verdad sobre la culpabilidad del acusado, y b) la indisponibilidad de la pena estatal por parte del acusado como criterio para determinar el sentido de su situación procesal, en general, y de sus derechos y facultades procesales, en particular. Obviamente, la instancia oficial de revisión de la condena no escapa a esta construcción del sentido jurídico de los modelos procesales.

Palabras clave: epistemología jurídica – estándar de prueba – inocencia – condena penal – modelos procesales.

Fecha de recepción: 17 de julio de 2015 | Fecha de aprobación: 14 de agosto de 2015

* Universidad de Buenos Aires, matiasdiaz92@hotmail.com

Abstract

The aim of this paper is to analyze the relevance of the true determination of the facts in the context of criminal convictions. To that effect, we must bear in mind that in criminal proceedings, the truth is affected by political, moral, and legal guidelines. The precautions that surround the imposition of criminal punishment define crucial aspects of the truth as a relevant and useful concept in criminal proceedings. In a guarantor (*garantista*) political and legal framework, there is an essential need to use the maximum available resources to prevent the punishment of innocent people. However, the burden of any failures in that endeavor can never be carried out by the individual who is suffering the punishment as a result of deficiencies in the conduction of his or her defense. In that sense, procedural models must be built on the foundation of legal innocence, supported on: a) the State's obligation to refrain from convicting or punishing individuals without first revealing the truth about whether or not they are guilty and b) the lack of availability of government punishment by the accused for determining the purpose of his or her procedural status, rights, and procedural powers, in particular. Obviously, the official request for reviewing a conviction does not escape this analysis of the legal sense of procedural models.

74

Key words: legal epistemology – standard of proof – legal innocence – conviction – criminal procedure – models of procedures.

I. Introducción

La *verdad* como concepto con incidencia jurídica puede ser tomada como pauta de referencia para diversos análisis.¹ En este trabajo, pretendo tan sólo reflexionar acerca de la relación entre la verdad y el fin del procedimiento que busca determinar la realización de los supuestos de hecho definidos en los artículos de la parte especial del Código Penal para así decidir la aplicación de una pena a un caso concreto; esto es, la relación entre la *verdad* y el objetivo último que surge del procedimiento penal y el ordenamiento que lo regula.² Desde el punto de vista epistemológico, esto puede ser definido como un aspecto de la interrelación entre ciencia y proceso judicial, pues se tiene a la *verdad*, y a su búsqueda, como ejes temáticos.³

A poco de pensar en el concepto *verdad* en el ámbito del proceso penal, diversas preguntas aparecen. ¿De qué hablamos cuando hablamos de *verdad* en esta clase de procesos? ¿De dónde surge como condición de la aplicación de una pena la necesidad de establecer la *verdad* de los hechos o, mejor dicho, la necesidad de establecer que una proposición⁴ referida a los hechos investigados debe ser verdadera?

Sabemos que, en general, cualquier proposición cuya *verdad* debe ser verificada tiene por objeto un segmento de la realidad limitado básicamente por nuestro interés.⁵ Además, se halla en juego la utilidad del modelo al que se refiere esa proposición.⁶ Cuando una proposición constituye un modelo aceptable de comprensión de la realidad, se puede decir que es verdadera.

75

¹ Uno de ellos, quizás el más trascendente, es aquel vinculado con la pretensión de cientificidad del discurso jurídico; pretensión que consiste en la posibilidad de establecer en el ámbito jurídico leyes científicas, esto es, proposiciones generales cuya verdad ha sido suficientemente acreditada y que revisten una importancia relevante para el conocimiento de algún sector del universo. Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, EUDEBA, 10a. ed., 1993, p. 142.

² “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”. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a. ed., 1996, p.75.

³ Sobre la relación entre ciencia y proceso con la verdad y su búsqueda como eje principal, puede consultarse Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en: *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 52, Madrid, Jueces para la Democracia, marzo de 2005, p. 63, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_52.pdf

⁴ No hay dudas de que aludimos a una proposición *a posteriori*. Una proposición es *a posteriori* cuando su verdad o falsedad no pueden conocerse sin recurrir a la experiencia correspondiente a la realidad que ella describe. Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *supra* nota 1, p. 117.

⁵ Guibourg, Ricardo, *La Construcción del Pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004, p. 57.

⁶ *Ibíd.*, p. 59.

En el proceso penal se trabaja con proposiciones sobre los hechos jurídicamente relevantes a los fines de la aplicación de una pena.⁷ Ello se realiza en un contexto, primero, determinado por la existencia de reglas procesales —algunas de exclusión probatoria— en principio ineludibles que sostienen, en algunos casos, valores⁸ relacionados con la integridad del ser humano —v.gr. dignidad, intimidad—; y, segundo, condicionado por la necesidad de arribar en un plazo razonable a una decisión definitiva sobre el caso.⁹

Como intentaremos explicar en la parte II de este texto, la *verdad* no se incorpora al proceso penal libre de juicios o valoraciones; al contrario, ella está enmarcada en un cúmulo de decisiones metodológicas,¹⁰ políticas,¹¹ jurídicas y morales vinculadas con la razón de ser del sistema penal en un Estado de Derecho.

Aunque después de pensar esta afirmación, podemos ver que ella no es tan extraña como luce en apariencia. Es que la importancia de la *verdad* de una proposición se juzga siempre dentro de un sistema. Justamente en ello reside una explicación para la relatividad de la *verdad*, por más generalizable que sea la proposición calificada como verdadera.¹²

En los puntos III, IV y V reflexionaremos sobre los aspectos de la conformación de la verdad en el proceso penal. En el punto VI indagaremos sobre la relación entre el

76

⁷ Desde el punto de vista jurídico procesal, se asegura que “la presunción de inocencia, que versa sobre los hechos, pues sólo éstos pueden ser objeto de prueba, es una presunción *iuris tantum* que exige para ser desvirtuada la existencia de un mínimo de actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado”. Confr. Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38.

⁸ Conceptualizadas en algunas ocasiones como *contraepistémicas* por su condición de obstáculo procesal para la determinación de la verdad. Véase, Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 157. Aunque también son presentadas como *extraepistémicas* en tanto representan valores que quedan fuera de la epistemología jurídica. Véase, Laudan, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011, p. 59.

⁹ Sobre la incidencia del plazo legal de duración del proceso, en diversos sentidos, en la solución del caso, véase, Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

¹⁰ La metodología estudia cómo llegar a la verdad o, al menos, cómo acercarse a ella. Guibourg, Ricardo, *supra* nota 5, p. 73.

¹¹ Taruffo observa un trazado con un contenido filosófico y político en este asunto: *racionalidad – prueba como instrumento epistémico – decisión como fruto de inferencias lógicas – verdad/falsedad de los enunciados de hecho – motivación como justificación racional – posibilidad de control – concepción democrática del poder*. Taruffo, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, Michele, Andrés Ibáñez, Perfecto y Pérez Candau, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 43.

¹² Una proposición es verdadera en términos al parecer absolutos sólo dentro del marco teórico que la contiene. Lo que es absoluto dentro de un marco teórico se vuelve relativo hacia fuera del marco. Guibourg, Ricardo, *supra* nota 5, p. 70.

estándar de prueba exigido en el proceso penal y el concepto de *verdad*, y cómo ello repercute en la determinación del objetivo al que debe aspirar el Estado en el proceso penal. El punto VII contendrá algunas conclusiones parciales. El punto VIII tendrá por objeto precisar las consecuencias estructurales y, sobre todo, el sentido de las cargas estatales en función del fin del proceso penal. Por último, la parte IX se referirá a la legítima conceptualización de las facultades del acusado en el contexto epistemológico dado por el fin al que debe aspirar el Estado en el ejercicio de su pretensión punitiva. Por último, el punto X vinculará los recaudos que hacen a la legitimidad en la aplicación de una pena estatal con la revisión de la sentencia de condena.

Quizás, después de todo, lo llamativo en torno a la *verdad* sea el hecho de que el proceso penal configure un sistema único con un marco teórico propio, distinto del resto de los procedimientos jurídicos, pero al final de cuentas compartido por todos los agentes interesados en él, los ciudadanos que vivimos en el territorio regido bajo los principios que impone la Constitución política.

II. La primera decisión: la utilización de la verdad en el proceso penal

En primer lugar, cabe precisar que en esta clase de procesos se utiliza como elemento condicionante de la aplicación de la pena a una proposición que entre los sucesos infinitos del mundo real elige uno, y lo describe en sus aspectos jurídico-penales relevantes, esto es, describe en forma afirmativa la realización de una acción delictiva —definida como delito en el Código Penal— por parte de un sujeto.¹³ Es decir, para aplicar una pena se requiere una proposición que diga por ejemplo: “*Cayo* incrustó por la espalda un cuchillo a *Ticio*, y ello provocó la muerte de este último”. Ese juicio de relevancia viene así decidido por las normas procesales penales, en particular, y por el sistema de justicia penal, en general.¹⁴ En definitiva, en el proceso penal se trabaja sobre una propuesta a partir de la que se plantea la necesidad de una determinada (re)construcción del mundo.¹⁵

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de esa peculiar proposición del proceso penal, debemos preguntarnos acerca de lo que necesitamos predicar sobre ella para aplicar la pena prevista para el delito que comprende la acción —v.gr. homicidio,

¹³ Arts. 347 *in fine* y 399 del CPPN (ley 23984, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>).

¹⁴ En el proceso, los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Ed. Trotta, 4a ed., 2011, p. 91.

¹⁵ Desde ya, esto abarca la posibilidad de verificación empírica aún de datos no observables (elementos subjetivos) y de conceptos valorativos, objeto de una argumentación moral.

art. 79, CP-. Necesitamos, pues, afirmar que ella es verdadera.¹⁶ Pero debemos ser sinceros y aclarar que este punto no responde a una cuestión ontológica, basada en la realidad de las cosas, sino a una decisión más bien de índole ética, producto de un juicio valorativo en el cual el concepto de *verdad* es sopesado de una determinada manera.¹⁷

Es a raíz de una decisión valorativa que la *verdad* pasa a representar uno de los objetivos de los procesos judiciales en general.¹⁸ Después de una especial valoración se puede decir que sin *verdad* no hay una decisión justa en ninguna clase de proceso judicial.¹⁹

En lo que se refiere al proceso penal, la afirmación del párrafo anterior conforma una parte de la dimensión ética de la *verdad*. La otra parte surge de las necesidades y las garantías propias del proceso penal en su vinculación con su consecuencia característica, es decir, la aplicación de la pena estatal a un individuo, lo que será analizado más adelante.²⁰

¹⁶ Desde la perspectiva de la teoría de las normas, se explica que atento a la estructura esencialmente condicional de las normas que son objeto de aplicación, las consecuencias jurídicas que éstas disponen sólo pueden producirse si en el caso ha ocurrido un hecho que corresponde al “tipo” de hecho previsto como su antecedente. Lo que significa que si no ha ocurrido con verdad el supuesto de hecho, la norma no puede ser aplicada en el caso concreto. Así, la legalidad de la decisión dependerá de la verdadera determinación de los hechos. En este sentido, véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 134. Desde otro lugar, estrictamente penal, se infiere como contenido del principio de inocencia la aseveración de que nadie puede ser condenado a un castigo a menos que su culpabilidad resulte probada en un proceso justo. Véase, Sanchez Yllera, Ignacio, “Razones para dudar: La presunción de inocencia como criterio de verdad”, en Martínez, Stella Maris (comp.), *Las garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2009, p. 49.

¹⁷ Para Dei Vecchi la relación entre prueba y verdad tendría que analizarse en diversos niveles. En primer lugar, preguntándonos si el proceso judicial debe estar dirigido a pronunciamientos con enunciados fácticos verdaderos. El autor expone que hay buenas razones para mostrar que de ello depende el éxito del derecho mismo en su función de director de la conducta de los ciudadanos. Véase, Dei Vecchi, Diego, “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, en: *Revista Discusiones*, Nro. 13, Bahía Blanca, Departamento de Derecho. Universidad Nacional del Sur, 2014, p. 243, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tres-discusiones-acerca-de-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>.

¹⁸ Esta idea, vale decir, no es unánimemente compartida. Para un análisis de las diversas teorías que niegan esta aseveración, véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 14, pp. 21 y ss.

¹⁹ Taruffo alude a esto como una toma de posición de tipo ideológico. El autor afirma que la finalidad de producir decisiones justas se refiere a la justa aplicación de la ley por parte del juez, y que una decisión judicial nunca es justa si es fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. *Ibíd.*, p. 64.

²⁰ Todas estas dimensiones edifican el constructo “verdad” como garantía de la persona acusada en el proceso penal. La obra más completa y estimulante en nuestro medio sobre esa visión es la de Nicolás Guzmán. Véase, Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a. ed., 2011.

III. Aspectos de la decisión sobre cómo debe ser la verdad en el proceso penal

Dijimos que, en términos generales, en un sistema cualquiera la proposición que consideramos aceptable²¹ —por tomar en cuenta con éxito un criterio cuya relevancia y necesidad fueron establecidas previamente— recibe la calificación de verdadera.

Creo conveniente tomar aquí como base a la idea según la cual el lenguaje tiene una correlación con la realidad, y existe la posibilidad de un conocimiento objetivo de los hechos empíricos.²² Es más, este punto de partida para el estudio de la *verdad* en general también lo es al momento de analizar su incorporación como concepto fundamental en el proceso penal, sobre todo, para entender el desarrollo de su contenido en este ámbito jurídico.²³ De esta forma, las proposiciones referidas a los hechos jurídicamente relevantes, junto con otras condiciones, deben tener un correlato empírico²⁴ para ser consideradas verdaderas y justas.²⁵

En este sentido, la regulación legal del proceso penal y de ciertos aspectos vinculados con la necesidad de realizar otros valores no es de por sí un obstáculo para que se determine la *verdad* de los hechos en dicho proceso.²⁶ En realidad, funcionarían a modo de límites a la posibilidad de conocimiento por razones *extraepistémicas*.

Quedó dicho que la *verdad* del proceso penal, en tanto vinculada con la teoría de la correspondencia, es una *verdad* relativa y ligada al contexto en el que es establecida.²⁷ Con esto se pretende afirmar que todas las proposiciones fácticas

79

²¹ Guibourg explica que "...los hombres hemos acuñado la palabra 'verdad' para referirnos a cierta clase de aceptabilidad reconocible mediante criterios generales que gozan de un consenso muy amplio...". Así, la aceptabilidad de una proposición se juzga empleando ciertos criterios generales de aceptabilidad. Guibourg, Ricardo, *supra* nota 5, p. 71.

²² La idea objetiva de la verdad como correspondencia es adoptada por las teorías garantistas del derecho penal. Esta indica las condiciones de uso del término "verdadero", requiriendo la predeterminación legal de aquello de lo que se habla en el proceso, de cuya taxatividad o estricta legalidad depende la verificabilidad y refutabilidad de la hipótesis acusatoria. Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, cit., p. 73.

²³ En general, se califica a la verdad en el contexto del proceso como la correspondencia correcta entre la representación ideológica y la realidad. Véase, Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, p. 495.

²⁴ La aceptabilidad de una proposición que contiene una hipótesis fáctica se traduce, en líneas generales, en la valoración relativa al grado de confirmación que la hipótesis ha recibido sobre la base de los elementos de prueba aportados: si tal grado es suficiente, la hipótesis de la proposición es aceptable o verdadera. Véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 14, p. 86.

²⁵ De acuerdo con esta visión, una reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión. Taruffo, Michele, *supra* nota 3, p. 63.

²⁶ Explica muy bien Taruffo que también la investigación científica, considerada como el modelo ideal de actividad epistemológica, puede sufrir limitaciones derivadas de la necesidad de realizar ciertos valores a los que atribuye relevancia, como los que se refieren a la dignidad o a la libertad del hombre o a la tutela de la vida. Véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 158.

²⁷ Véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 14, p. 79. Pero sin que esto niegue la posibilidad de que

acogidas como verdaderas en el proceso penal responden a los criterios generales de aceptabilidad establecidos previamente para brindar ese calificativo,²⁸ y también a las condiciones normativas entre las cuales se exige que sea pronunciada una proposición fáctica definitiva en este contexto procesal particular.²⁹

Aunque esta circunstancia nos expone a una consecuencia desagradable en un sistema que utiliza ese concepto de *verdad* como condición de aplicación de la pena, y como objetivo a probar por parte del Estado:³⁰ puede suceder que se acepten en forma definitiva como verdaderas proposiciones que no lo sean, es decir, proposiciones que no se correspondan con la realidad.³¹ No parece haber nada de paradójico en ello teniendo en cuenta que se trata de un método de decisión no omnisciente.³² Pero ello significará en este tipo de procesos que se aplique una pena a una persona inocente.³³

en el proceso se hagan descripciones verdaderas de sucesos que ocurren en el mundo externo.

²⁸ La idea de verdad se articula como aceptabilidad, no como aceptación. La aceptabilidad se aprecia como una cualidad de la misma proposición, como construcción “objetiva”, en tanto existe un acuerdo respecto de los criterios generales de aceptabilidad inmodificable para los agentes que intervienen en el proceso de verificación.

²⁹ En el proceso penal se exige que en un plazo razonable una decisión conclusiva definitiva de la controversia planteada por la proposición acusatoria sea tomada, sin que ello signifique de ninguna manera la pretensión de establecer una verdad absoluta. “La verdad procesal resulta determinada por esa estructura de referencia que es el proceso y por las reglas que lo regulan, y por tal razón no puede hablarse de verdad más que en términos de relatividad, nunca de absolutez”. Véase, Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, p. 31.

³⁰ La prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes de las consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Véase, Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2a. ed., 2005, p. 72.

³¹ Ello evidencia que un mismo hecho podrá tener versiones, proposiciones distintas dentro del proceso y fuera de éste. Incluso, hipotéticamente, podrían darse conclusiones procesales penales distintas en función de los disímiles métodos o sistemas procesales. Así, en un sistema en el que la proposición se somete a una verificación basada en ordalías se podría arribar a una conclusión diferente a la de un sistema cerrado de pruebas legales, o a la de un sistema regido por el principio de íntima convicción, sin que en ninguno de ellos la proposición sobre la acusación sea verdadera. Ferrer Beltrán niega la existencia de una relación conceptual entre prueba y verdad, niega la postulación a la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado. Pues para que pueda decirse que una proposición está probada es necesario y suficiente que se disponga de elementos de juicio suficientes en su favor que hagan aceptable esa proposición como descripción de los hechos del caso. No obstante, el autor afirma la plausibilidad de la relación teleológica entre prueba y verdad. En virtud de esta relación, “...el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos...”. *Ibid.*, pp. 68 y ss.

³² En este sentido es que se concluye que no hay nada paradójico en afirmar que el derecho fue, es o podrá ser injusto. Véase, Dei Vecchi, Diego, *supra* nota 17, p. 245.

³³ Para Ferrer Beltrán, la independencia entre las relaciones conceptual y teleológica entre la

IV. Otros aspectos de la conformación de la verdad procesal penal

Se ha considerado adecuado calificar como verdaderas a las proposiciones fácticas cuya aceptabilidad se puede reconocer a través de los criterios generales establecidos.³⁴

Como deslizamos oportunamente, el concepto *verdad* en el proceso penal no difiere sustancialmente del aplicable en otros ámbitos donde priman los objetivos epistemológicos, sin perjuicio de ciertas particularidades del contexto del descubrimiento y de la presencia, sobre todo, de exigencias éticas y políticas que lo particularizan en un sentido determinado. Por ello, el proceso penal debería ser un espacio más en el que este concepto general de *verdad* aparezca realizado a partir de los mandatos de la teoría de la correspondencia, pero también del entendimiento de la *verdad* de cada proposición dentro de un esquema de coherencia, para finalmente encontrar fundamento en su utilidad práctica en orden a lograr mejores posibilidades de construcción teórica.³⁵

Teniendo en cuenta ello, en el proceso penal, y fuera de él, la verdad de una proposición fáctica depende en gran medida de su correlación³⁶ con la realidad — examinada ésta, eso sí, en un ambiente cognoscitivo limitado y condicionado—, pero también en parte de la coherencia de su relato³⁷ y de la satisfacción de la utilidad³⁸ a la que en el proceso se aspira.³⁹

verdad y la prueba permite perfectamente que pueda darse el caso de que un enunciado fáctico resulte jurídicamente probado y, en cambio, sea falso. También, por supuesto, que un enunciado fáctico verdadero no resulte probado. Todo ello depende de los elementos de juicio aportados al proceso. “Lo único que podrá decirse es que la prueba como actividad no habrá cumplido su función o finalidad...”. Véase, Ferrer Beltrán, Jordi, *supra* nota 30, p. 72.

³⁴ Pastor nos explica que con las herramientas del proceso penal no es posible investigar cualquier cosa de cualquier manera. Se trata de un método de comprobación muy particular que no persigue en modo alguno “descubrir la verdad” sobre los “hechos”, pues en los casos penales no se debaten hechos, “...sino las hipótesis y afirmaciones que se hacen en el juicio acerca de unas bases fácticas meramente supuestas.”. De allí que con la comprobación de esa hipótesis acusatoria que, a su vez, sobreviva a la eventual refutación de la defensa, la sentencia penal condenatoria sea considerada probatoriamente satisfactoria desde el punto de vista jurídico penal. Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 73 (la cursiva me pertenece).

³⁵ Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *supra* nota 1, p. 93.

³⁶ Sobre la teoría de la verdad por correspondencia, *Ibid.*, p. 88.

³⁷ En cuanto a la teoría de la verdad por coherencia, se explica que ésta consiste en sostener que la realidad es un todo coherente, en el sentido de que las proposiciones que en su conjunto la describen no pueden contradecirse entre sí y, por el contrario, se apoyan unas a otras, es decir, las proposiciones que se aceptan como verdaderas puedan deducirse unas de otras, *aunque en última instancia un subconjunto de ellas deben ser consideradas verdaderas por otras razones*. *Ibid.*, p. 89.

³⁸ Según la teoría pragmática de la verdad, un enunciado es verdadero si (y sólo si) tiene efectos prácticos para quien lo sostiene. La verdad de una proposición dependerá entonces de la utilidad que reporte. *Ibid.*, p. 91.

³⁹ No discuto que en un nivel de análisis determinado puedan ser distinguidos la verdad como concepto, por un lado, y, por el otro, los criterios sobre la verdad como justificación para

Por lo tanto, en el proceso penal puede ser vista esa concreción de la verdad en un sentido analítico, como una síntesis compuesta por las notas propias de las teorías: a) de la correspondencia, b) de la coherencia⁴⁰ y c) pragmática.⁴¹

- a) Lo primero, en tanto implica a la relación recíproca entre la realidad y la proposición sobre los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal, fue objeto de nuestro análisis en el punto anterior.
- b) Lo segundo se explica por la obligación de que las conclusiones verídicas en este proceso se expresen a través de un juicio racionalmente justificado, controlable según criterios lógicos y empíricos.⁴² La *verdad* de la proposición acusatoria se define como inferencia de otras proposiciones, y como producto de la valoración y el análisis de los elementos probatorios.⁴³ Ello implica que no puedan contradecirse entre sí tales proposiciones y que se apoyen unas en otras, aunque en última instancia un subconjunto de ellas deba ser considerado verdadero por su correspondencia con la realidad.

Díaz Cantón nos explica que cuando al final del proceso probatorio de conocimiento el juez aventura unos hechos como probados, habrá formulado, a su vez, una hipótesis de la forma en que éstos tuvieron lugar. Una hipótesis probabilística, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aporta algo que no está contenido necesariamente en éstas y supone, en esa medida, un cierto salto hacia adelante.⁴⁴ En función de ello,

82

determinar la presencia de una afirmación justificada sobre su consecución en el proceso penal. Mas el objeto de este acápite apunta a poner de relevancia las notas características que rodean a la "búsqueda de la verdad" en el proceso penal, que deben ser satisfechas en este proceso debido a su particular fin y características.

⁴⁰ Para Ferrer Beltrán la coherencia puede ser considerada un criterio plausible de verdad pero de ninguna manera puede sostenerse que la verdad sea reducible a él. Ferrer Beltrán, Jordi, *supra* nota 30, p. 71.

⁴¹ Guibourg, Ricardo, *supra* nota 5, p. 63.

⁴² Pérez Barberá, Gabriel, "La prueba de indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, nro. 4 y 5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 415 y ss.

⁴³ Según Máximo Langer, "...[n]o existen para el juez pruebas directas: conoce los hechos del pasado a través de otras personas (testigos), o a través de los rastros que los hechos han dejado en el presente. Así, el tribunal debe necesariamente recurrir a inferencias inductivas para justificar su conclusión fáctica. Y, como es sabido, en dichas inferencias la verdad de las premisas no garantiza la verdad sino, a lo sumo, la probabilidad de la conclusión". Véase, Langer, Máximo, "El principio in dubio pro reo y su control en casación", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1998/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 219.

⁴⁴ Díaz Cantón, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 117.

cabe hacer notar que muchas veces esas conclusiones son el producto de inferencias no derivadas directamente de las pruebas sobre la realidad acontecida sino de otras premisas anteriormente verificadas y establecidas.⁴⁵

En definitiva, en el proceso penal la *verdad* de la porción de la realidad descrita en la proposición fáctica de la acusación es obtenida a partir de elementos de prueba que se producen en el juicio, pero también a través de inferencias válidas y legítimas.⁴⁶

c) Lo último se impone a la luz de la evidencia de que la *verdad* en el proceso penal es construida en razón de las exigencias legalmente previstas para la aplicación de una pena. Fue más que sugerido en párrafos atrás, la necesidad de la *verdad* de un enunciado sobre los hechos en el proceso penal se vincula directamente con la posibilidad, o necesidad, de aplicar una pena a una persona. De allí que su utilidad en el proceso se explique por esa circunstancia. Los recaudos propios de la imposición de una pena definen aspectos esenciales de la *verdad* como concepto relevante y útil en el orden jurídico procesal penal.

Si una proposición no cumple con las exigencias del criterio de utilidad de la verdad en el proceso penal—en virtud del cual sólo ante el cumplimiento de los recaudos que habilitan válidamente la imposición de una pena resulta posible acudir al concepto *verdad* como elemento de definición—, esa proposición no debe ser calificada como verdadera, sin que sea relevante el hecho de que fuera del proceso pueda llegar a establecerse una correlación entre ella y la realidad.

83

V. Elementos jurídico-políticos que inciden en la conformación de la verdad en el proceso penal

El proceso en su relación con la *verdad* es atravesado por una visión político-jurídica a partir de la cual se confirma que no puede haber otra versión de una *verdad* procesal penal propia de un Estado Constitucional de Derecho que aquella *verdad* racionalmente fundada en pruebas válidas. Se argumenta, así, que la inocencia que ostenta el imputado, como estado jurídico reconocido a nivel constitucional, no puede quedar desvirtuada por cualquier dato del proceso que lleve al juez a la íntima convicción psicológica de que el acusado es culpable, ya que en caso

⁴⁵ Desde una posición que únicamente admite la verdad en el proceso como verdad por correspondencia, Taruffo incorpora a la coherencia de la narración verdadera sobre los hechos como criterio de la validez de su producción y formulación, en atención a los distintos enunciados de diferentes niveles que la conforman. Véase, Taruffo, Michele, supra nota 8, p. 253. El mismo autor también le asigna un papel epistemológicamente relevante al momento de la motivación del pronunciamiento que enuncia la verdad sobre un hecho. *Ibid.*, p. 270.

⁴⁶ Langer, Máximo, supra nota 43, cit., p. 219.

contrario el acusado no quedaría sometido al Derecho sino al poder de los jueces.⁴⁷ La demostración de la *verdad* de la afirmación acusatoria y la explicitación de esta demostración por parte del juez exigen pruebas que válida y legítimamente expliquen su corrección para que el Estado aplique el poder punitivo sobre un individuo.⁴⁸

Vinculada con esta visión se encuentra aquella que le adjudica un sentido garantista a la verdad en el procedimiento penal.⁴⁹ Así, la *verdad*, como correspondencia aproximada de una hipótesis con el objeto que refiere, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe contener un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de Derecho, y respetuoso de la dignidad humana.⁵⁰ Esta idea de *verdad* constituye una garantía que no debe ser reemplazada por consideraciones *sustancialistas*, de corte subjetivista, y no verificables en forma empírica.⁵¹ Además como ya fue esbozado, también garantiza que la imposición de una pena sólo suceda cuando esa correspondencia fáctica y jurídica sea estrictamente observada.⁵²

A partir de esta relación entre la pena y la *verdad* como condición de su aplicación, en el proceso penal la búsqueda de esta última debiera aparecer como un objetivo relacionado con la pretensión de aplicar el poder punitivo en contra de una persona.⁵³ Visto de otra manera, ante la intención de aplicar una pena estatal, debiera

⁴⁷ Sanchez Yllera, Ignacio, *supra* nota 16, p. 53.

⁴⁸ Como muestra de la confluencia de los puntos jurídicos y políticos en la determinación de la culpabilidad del acusado y en la aplicación de una pena, Díaz Cantón nos explica que la motivación de la sentencia, al obligar al juez a hacer explícito el curso argumental seguido para adoptar determinado temperamento, es una condición necesaria para la interdicción de la arbitrariedad, posibilitando la realización plena del principio de inocencia del imputado. Según Díaz Cantón, a ello cabe agregar, el indispensable control que viene a funcionar como un reaseguro de aquel propósito. En palabras del autor, “Motivación y control viene a convertirse, por ende, en un binomio inseparable”. Díaz Cantón, Fernando, *supra* nota 44, p. 141.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 8a. ed., 2006, p. 35 (versión en español, traducción a cargo de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero).

⁵⁰ Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, p. 125.

⁵¹ Es responsabilidad del Poder Judicial determinar la real ocurrencia de hechos particulares y esto es lo que lo hace genuinamente independiente pues tal responsabilidad lo habilita para llegar a soluciones justas en los casos particulares. Según Nino, “el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional y el ejercicio del poder punitivo”. De allí que son incompatibles con los principios de una democracia liberal las leyes que preconstituyen hechos particulares, creando ficciones o presunciones *iuris et de iure*, como los llamados delitos de peligro abstracto; ellas implican que los poderes políticos se arrogan una función inherente al Poder Judicial. Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, p. 448.

⁵² Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, p. 74.

⁵³ Si no se circunscribe esa finalidad a esta condición se corre el riesgo de ampliar —bajo el pretexto político estructural de una indispensable e indisponible búsqueda de la verdad material— los poderes de los órganos persecutorios, en forma contraria a la visión de la verdad como garantía, como límite contra el poder estatal. Bovino, Alberto, “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en Baigún, David (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*,

surgir la obligación de determinar la *verdad* como garantía política del acusado.⁵⁴

Por lo tanto, en este marco político garantista, el objetivo del proceso penal podría ser redefinido en términos de corroboración de la veracidad de la hipótesis acusatoria con pretensiones punitivas,⁵⁵ en vez de búsqueda de la *verdad* en sí misma.⁵⁶ No es difícil pensar en situaciones en las que se rechaza una imputación penal ante el fracaso de su prueba y, en consecuencia, ante el fracaso de destruir el estado de inocencia del que goza el imputado y en virtud del cual él no se encuentra obligado a demostrar ningún elemento vinculado con el objeto del proceso. Es decir, no es difícil pensar en decisiones definitivas favorables al imputado en las que no se pretende haber alcanzado la *verdad* de las proposiciones efectuadas a su favor.

Todo esto emerge con claridad si se echa mano a uno de los aspectos del principio de inocencia.⁵⁷ En este sentido, al existir en el proceso penal una presunción de inocencia en favor de la posición del imputado, el proceso penal se interesa por la *verdad* siempre y cuando exista una pretensión punitiva, y sólo para la determinación de la plataforma fáctica en ella contenida. El único elemento esencial y obligatorio que se debe probar con pretensiones de *verdad* en orden a lograr que el juicio previo y legal, como instituto político, jurídico-constitucional y epistemológico, habilite la función punitiva —de la que es, justamente, condición de legitimidad imprescindible— es, en todo sentido, el contenido fáctico de una acusación contra una persona determinada. La presunción de inocencia no tiene como fin asegurar una *verdad* como resultado del proceso en todos los casos —por ejemplo, claramente no lo tiene en aquellos finalizados en favor del imputado. Por eso su búsqueda en algunos casos no sería útil.⁵⁸ No es necesario conocer la *verdad* sobre la proposición

85

Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 221.

⁵⁴ Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, pp. 124-125.

⁵⁵ Afirma Sánchez Yllera que "...la presunción de inocencia no limita pues la verdad, sino sólo lo que puede ser tomado por verdad a la hora de ejercer el poder". Sánchez Yllera, Ignacio, *supra* nota 16., p. 53.

⁵⁶ Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 73.

⁵⁷ Según Díaz Cantón, el principio de inocencia tiene dos funciones esenciales. Por un lado, impedir al Estado considerar culpable e imponer una pena a una persona hasta tanto sea probada y demostrada la verdad de la imputación, con los siguientes recaudos: poniendo a cargo de la acusación la demostración de la hipótesis delictiva, a la defensa en condiciones de refutarla y al tribunal en una posición imparcial para justificar su convicción racionalmente y poner en funcionamiento la norma de clausura *in dubio pro reo*. Por otro lado, en la idea del autor, el aludido principio nos lleva a revertir la concepción del proceso como pena, lo cual torna necesario poner límites tanto a la duración de la prisión preventiva y del proceso, como a la actividad de obtención de la prueba. Díaz Cantón, Fernando, *supra* nota 44, p. 58.

⁵⁸ Puede decirse que por fuera del caso de una probada acusación penal que destruya la presunción de inocencia del imputado, la opción elegida por el constituyente, al erigir esa presunción en favor de aquél, conlleva una decisión definitiva del proceso penal basada en esa presunción como un mecanismo *extraepistémico*.

que alude a la inocencia fáctica del acusado, sino averiguar la verdad sobre la proposición referida a su culpabilidad, pues allí se define su utilidad, la posibilidad de aplicar una pena a esa persona.

Visto desde otro lado, la determinación de la *verdad* de los enunciados o proposiciones referidos a la culpabilidad del imputado, como objetivo del proceso penal que excluye a la “búsqueda de la verdad sobre lo ocurrido”, además de servir de indicio acerca de la utilidad de la incorporación del concepto *verdad* en el proceso penal, permite considerar el valor metodológico de la presunción de inocencia. Sólo de esa manera la presunción de inocencia pierde su carácter *contraepistémico*, vinculado con decisiones definitivas alejadas de la *verdad*. Ello así puede decirse pues la presunción de inocencia de la persona imputada en un determinado proceso penal no representa un obstáculo para la consecución de la *verdad* de la pretensión punitiva, sino que de alguna manera define o precisa el objeto de búsqueda: la determinación de la *verdad* de los enunciados que refieren a la ocurrencia de un hecho criminal particular, pero sobre todo a la intervención culpable de la persona determinada a quien ampara la garantía. No hay proceso penal que tenga por objeto sólo al primer elemento. Al contrario, ante la cancelación de la posibilidad de perseguir y aplicar pena a una persona por un hecho (v.gr. prescripción de la acción penal o existencia de una condición personal que excluye la punibilidad), no hay necesidad de determinar la *verdad* del enunciado que afirma que ese hecho ocurrió.⁵⁹

86

Si la ley presume que una persona debe ser considerada inocente durante el proceso penal, y, por ello, dispone que ella no se encuentra obligada a demostrar su culpabilidad, en definitiva esto determina que es su culpabilidad el objetivo a probar y que el Estado debe hacerlo en legal forma, en un determinado contexto normativo, si pretende aplicar poder punitivo de manera válida; y si no la prueba, ello sólo tendrá consecuencias jurídico-procesales vinculadas básicamente con el ejercicio de ese poder.⁶⁰

⁵⁹ En palabras de Pastor “...el único fin epistemológico posible del proceso penal, en un Estado constitucional y democrático de derecho, es asegurar la calidad y la corrección jurídicas de las condenaciones”. Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 76.

⁶⁰ Ello tampoco parece ser una característica privativa del procedimiento penal, ni siquiera del judicial. Laudan traza cierto paralelo entre la forma en que algunos procedimientos científicos someten a prueba una determinada hipótesis y el procedimiento penal. Así, ejemplifica, el fracaso de los intentos por probar la eficacia de un medicamento no prueba su ineficacia; y el fracaso por probar la culpabilidad de un sujeto no prueba que no cometió el hecho o que otra persona lo cometió. De esta manera, la presunción de inocencia en el proceso penal no necesariamente sería la presunción de que una persona no cometió el hecho. Véase, Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013, p. 142. Una idea similar tiene Herbert Packer, quien define a la inocencia como inocencia legal, en el sentido de que será inocente para el proceso penal aquel acusado cuya culpabilidad no fue demostrada más allá de la duda razonable, independientemente de si él cometió o no el delito. Packer, Herbert, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 168.

VI. El parámetro de prueba en el proceso penal y su repercusión en el constructo verdad

Para aplicar una pena, la proposición que se refiere a la culpabilidad del sujeto acusado —en particular, la hipótesis referida a la ocurrencia del hecho delictivo y a la participación en éste del acusado— debe ser probada con certeza,⁶¹ o bien, más allá de toda duda razonable.⁶²

Para algunos, la presencia de este alto estándar de prueba es explicada por el principio de inocencia —“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad”—, el que, entre otras cosas, es asociado con las reglas probatorias necesarias en el proceso penal.⁶³ Pero esa relación no parece necesaria a simple vista.⁶⁴ Para decirlo de otra forma,

⁶¹ Se entiende que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda o aún la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución. Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, p. 495.

⁶² Laudan explica las dificultades que conlleva la vaguedad propia del concepto *duda razonable*. Sin embargo, las conclusiones del autor a modo de propuestas son altamente discutibles y problemáticas. El autor expone que las dificultades demostradas a lo largo de la historia para definir el concepto en términos epistémicos y lógicos, sumadas a las modificaciones de las circunstancias que llevaron a adoptar como necesario ese alto estándar de prueba en todo proceso penal y a la aparición de nuevas formas de revisión de la sentencia de condena que hacen que ésta pierda su carácter de irrevocable, nos deberían hacer repensar la valoración de los costos de la realización de un juicio penal que incluya el estándar de prueba de la duda razonable y, por consiguiente, la razonabilidad de la utilización de este único estándar de prueba tan alto pero a la vez impreciso para todos los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta las características peculiares de cada uno de ellos, su disímil gravedad y la diferente intensidad de sus respectivas penas. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 8, pp. 120- 195. Ante esta propuesta, se alza Marcelo Sancinetti, quien explica que esta relativización de la gravedad del veredicto condenatorio pasa por alto que ciertos reproches de culpabilidad pueden ser, para un hombre, peor que la muerte. Sancinetti, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en: Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 3, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 5, n. 14, disponible en <http://www.indret.com/pdf/988.pdf>.

⁶³ En este sentido se aduce que, atento a la existencia de esta presunción legal en su favor, la culpabilidad del acusado debe ser probada con certeza o *más allá de toda duda razonable*. Véase, Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, p. 495. La misma opinión se aprecia en doctrinarios del sistema del *common law*, para quienes el estándar de prueba más allá de la duda razonable es una parte necesaria de la presunción de la inocencia, y no hay razones para separar los argumentos que los justifican. Véase, Tapper, Colin, *Cross and Tapper on Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 12a. ed., 2010, pp. 121, 145 y ss.

⁶⁴ Ashworth expone que “...es perfectamente posible concebir que la presunción de la inocencia sólo ubica la carga de la prueba de la acusación en un nivel que represente una mayor probabilidad...”; por lo que para el autor la regla de *la prueba de la culpabilidad más allá de la duda razonable* encuentra su particular fundamento en el derecho a no ser condenado erróneamente, la fragilidad de las decisiones condenatorias en términos de precisión y la disparidad de recursos

de la existencia de la presunción de inocencia no se sigue necesariamente que el estándar de prueba deba ser de un nivel más alto que en otros procesos judiciales, o bien que la carga acusatoria de probar la hipótesis fáctica sea particularmente difícil de satisfacer.⁶⁵ La existencia de este estándar nos remite a una decisión previa explícita de contenido valorativo,⁶⁶ y vinculada con la naturaleza de la pena estatal:⁶⁷ resulta más que difícil tolerar el error de condenar a un inocente que el de absolver a un culpable.⁶⁸

entre el acusado y el acusador. Véase, Ashworth, Andrew, "Four threats to the presumption of innocence", en: *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 10, No. 4, London, Blackstone Press Ltd, 2006, p. 250. Para Duff, la presunción de inocencia, el requerimiento de que *toda persona acusada debe ser presumida inocente hasta que se pruebe su culpabilidad de acuerdo con la ley* no ordena, si se toma a primera vista, el requerimiento de *la prueba de la culpabilidad más allá de la duda razonable*. Ese requerimiento, sin embargo, para el autor puede ser inferido de valores que sustentan la presunción. La condena de que el acusado cometió un hecho inmoral socialmente reprochable da razón para entender que la prueba "de acuerdo con la ley" es la prueba "más allá de la duda razonable". Véase, Duff, Anthony y otros, *The Trial on Trial (Volume 3): Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Ed. Hart Publ., 2007, p. 89.

⁶⁵ El autor afirma que la influencia va en un sentido contrario; es la adopción del estándar de la prueba más allá de la duda razonable lo que da una fuerza particular y un valor a la presunción de inocencia en la medida en que el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable implica que es particularmente difícil vencer tal presunción y condenar al imputado. Véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 3, p. 71.

⁶⁶ Laudan alude a este elemento como un valor cuasi-epistémico. Considera que forma parte del núcleo débil de la epistemología jurídica, toda vez que su función no es la eliminación de errores sino su distribución. Laudan, Larry, *supra* nota 8, p. 59.

⁶⁷ La Suprema Corte de los Estados Unidos (en adelante, "SCOTUS") en el caso "Winship", 397 U.S. 358 (1970), al establecer que la regla de la prueba más allá de la duda razonable forma parte de la cláusula del debido proceso, afirmó que "...el requerimiento de prueba más allá de la duda razonable tiene un rol vital en nuestro procedimiento penal por razones convincentes. El acusado durante una persecución penal seguida en su contra tiene en juego intereses de inmensa importancia, tanto por la posibilidad de que pierda su libertad en virtud de una condena como por la certeza de que sería estigmatizado por una decisión condenatoria. De acuerdo con ello, una sociedad que valore el buen nombre y la libertad de cada individuo no debe condenar a un hombre por la comisión de un delito cuando hay duda razonable sobre su culpabilidad...".

⁶⁸ No así la situación opuesta, es decir, la absolución de un culpable. Para poner en evidencia la trascendencia de la máxima en este campo, también se alude a una frase con un hondo contenido moral citada por la SCOTUS en el caso "Coffin vs. United States", 156 U.S. 432 (1895): la ley soporta que diez culpables escapen a que un inocente sea castigado. Según García Falconí, la frase pertenece al Emperador Trajano, fue recogida por Ulpiano (Libro Séptimo, sobre la actuación del procónsul) y por el *Corpus Iuris Civilis Justinianus* (Digesto 48. 19. 5), y fue reproducida por William Blackstone en sus *Commentaries of the Laws of England*, Oxford 1765 – 1769, Libro IV, Cap. 27, p. 352) y por Lord Hale, a quien la Corte citó en el caso "Coffin". García Falconí, Ramiro, *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Quito, Cevallos, 2011, p. 195. Para una muestra de las distintas reformulaciones de la frase, véase Volokh, Alexander, "n Guilty Men", en: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1997, pp. 173-216, disponible en <http://www2.law.ucla.edu/volokh/guilty.htm>.

Es por esta decisión moral que se afirma que el proceso penal no está particularmente interesado de forma general en la reducción de los errores, sino que más bien tiende a distribuir los errores de forma tal que favorezcan sistemáticamente a la posición del imputado.⁶⁹

Las razones de este alto estándar⁷⁰ giran sobre la concepción de la imposición de una pena como acto de violencia estatal, y la idea de que el sistema debe rechazar la mera posibilidad de que la culpabilidad de la persona sometida a la fuerza punitiva del Estado no haya sido determinada sin riesgo de error y bajo los parámetros legales debidos que resguardan su dignidad. En particular, como dijimos, su razón se colige del hecho de que en el contexto de la aplicación de una pena, los perjuicios provenientes de una condena a un inocente no son equivalentes a los de la absolución de un culpable.⁷¹

Este elemento valorativo si bien no convierte a la verdad del proceso penal en algo diferente o distinto al constructo convencionalmente establecido para calificar las proposiciones fácticas en general —es decir, no estamos aquí ante una reformulación del conocido conflicto entre “verdad material” y “verdad formal”—,⁷² su incidencia resuena en el grado de conocimiento necesario para que este concepto funcione legítimamente en el proceso penal y habilite el ejercicio de poder punitivo.⁷³

Puesto que la decisión tomada en el proceso penal es definitiva y conlleva la aplicación de poder punitivo sobre una persona, al parecer necesitaríamos acercarnos a la verdad de una manera particular, distinta que en otros procesos jurídicos e incluso epistemológicos; necesitaríamos hacerlo reduciendo, en la toma de decisión

⁶⁹ Taruffo, Michelle, “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’”, en: *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, Alicante, Universidad de Alicante, 2005, p. 117, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1974433>. Esta conclusión lleva a decir al autor que la búsqueda de la verdad sobre los hechos no representa un objetivo del proceso penal.

⁷⁰ “El imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de la existencia de pruebas en su contra, de que sea inocente.”, Taruffo, Michele, *supra* nota 3, p. 71.

⁷¹ En el célebre caso “Winship” de la SCOTUS, mencionado *supra* nota 67, el juez Harlan aseveró que “...la exigencia de la prueba más allá de la duda razonable impuesta por el principio constitucional del debido proceso legal se encuentra incrustada en la fundamental valoración de la sociedad de que es peor condenar a un inocente que absolver a un culpable”.

⁷² Se adjudica a la doctrina alemana de finales del siglo XIX la distinción entre verdad formal (también, “procesal”, “judicial”, “forense”) y verdad material (también, “objetiva”, “real”). Con ella se pretendía establecer una diferencia esencial entre la verdad existente fuera del proceso, referida a la correspondencia entre un enunciado y el mundo, de aquella verdad que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria, que puede o no coincidir con la material, pero que tiene autoridad jurídica. Ferrer Beltrán, Jordi, *supra* nota 30, pp. 61 y ss.

⁷³ Taruffo, al analizar el estándar de probatorio *más allá de toda duda razonable*, expone que la verdad sobre la culpabilidad en el proceso penal responde a la evidente intención de reducir al mínimo el riesgo de condena de un inocente. Véase, Taruffo, Michelle, *supra* nota 69, p. 122.

sobre ella y en su corroboración, la posibilidad de castigar a una persona inocente.⁷⁴

En síntesis, la proposición sobre la culpabilidad de un imputado necesita ser calificada de verdadera en el proceso penal para aplicar pena en el caso concreto. No debemos perder de vista que lo imprescindible es una *verdad* que lleva inmersa **la necesidad de evitar con el máximo de recursos disponibles en el proceso penal el castigo a un inocente.**⁷⁵

Por otra parte, vimos cómo la finalidad de producir decisiones justas en el proceso penal se refiere a la justa aplicación de una pena a un individuo por parte del Estado, basada en una narración verdadera sobre los hechos y su culpabilidad. De esta manera, una decisión judicial nunca será justa si se encuentra fundada en una determinación inaceptable, desde la óptica del proceso penal y sus exigencias éticas, de la culpabilidad del acusado.

Verdadera y, por tanto, justa en el proceso penal sólo será aquella narración que contenga enunciados fácticos formulados en forma coherente, que se correspondan con la realidad de tal manera que reduzcan al máximo la posibilidad de una condena a un inocente, aun cuando con ello se llegue a una situación de impunidad o no castigo del hecho delictivo contraria a eventuales necesidades extra-sistema —ajenas al proceso penal— de pacificación o de control social.⁷⁶

90

⁷⁴ Para Andrés Ibáñez, decidir de conformidad con este estándar equivale a entender que sólo procederá la condena cuando, razonablemente (es decir, en términos de racionalidad inductiva) no exista ninguna duda acerca de la realización del delito y de la identidad del autor. Véase, Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 91-92. En igual sentido, se afirma que el estándar de prueba más allá de toda duda razonable impone la carga a la parte acusadora de aportar prueba capaz de eliminar o refutar cualquier hipótesis alternativa sobre las circunstancias de hecho del caso que resulte compatible con la inocencia del acusado. Véase, Viale De Gil, Paula, “¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal”, en: *Revista Pensar en Derecho*, Nro. 4, Año 3, Buenos Aires, Eudeba-Universidad de Buenos Aires, 2014, p. 154, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>. Cabe apuntar que tales hipótesis alternativas, traducidas como dudas, no deben surgir necesariamente de la prueba o refutación del acusado, sino que pueden estar implícitamente presentes en la presunción de inocencia como regla del juicio, es decir, como hipótesis legal.

⁷⁵ A partir de la idea según la cual las personas tienen un derecho fundamental en el ámbito penal a no ser condenadas si son inocentes (daño moral provocado por una condena), Dworkin afirma que las personas llevadas a proceso penal no gozan del derecho a disponer de los procedimientos más precisos posibles para desafiar los cargos en su contra. Pero sí gozan de otros dos derechos genuinos: el derecho a disponer de procedimientos que otorguen una evaluación correcta del daño moral en los cálculos que fijan el riesgo de injusticia que correrán los individuos; y otro, vinculado con el anterior, que en términos prácticos es aún más importante, que es el de recibir un tratamiento igualitario respecto de esa valoración. Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 126.

⁷⁶ En su búsqueda por distinguir la “inocencia material” de la “inocencia probatoria” como objeto de la presunción de inocencia en el proceso penal, Laudan expresa que el estándar de prueba de la culpabilidad en el proceso penal —prueba más allá de la duda razonable— no es generalmente

VII. A modo de conclusiones parciales

Puede decirse que el proceso penal utiliza un concepto normativo de *verdad*⁷⁷ que se encuentra atravesado por insoslayables ideas jurídicas, políticas y éticas que imponen que su búsqueda y conocimiento deban darse en función de descartar la aplicación de una pena a una persona inocente con el máximo de los recursos disponibles en el procedimiento penal.⁷⁸

La regla de la duda razonable redefine el concepto de justeza o exactitud en la decisión definitiva del proceso penal.⁷⁹ La regla de la duda razonable puede tener un sentido epistémico y ser considerada un concepto teórico que promueve la precisión del concepto normativo de verdad en el proceso penal. Esa verdad, esto es, la verdad necesaria de alcanzar con ese alto grado de certeza, es entendida como la referida al objeto de la acusación, y en la definición de justeza y exactitud se distinguen entre las condenas erróneas y las absoluciones erróneas, se consideran a las primeras de peor manera que a las segundas y se busca minimizar su ocurrencia.

Quizás sería mejor dejar de lado los eufemismos o conceptos equívocos y aludir directamente a que la protección del inocente es el fin fundamental del proceso penal, y para ese fin es que se debe acudir al estándar de prueba “más allá de la duda razonable”.⁸⁰ De esta manera, la búsqueda de la *verdad* de la proposición acusatoria

apropiado para medir las opiniones o proposiciones fuera de un tribunal de justicia penal. Ello así puede decirse, según el autor, porque, entre otras cosas, el concepto de inocencia que se maneja en uno y otro ámbito es distinto. El autor concluye, no sin polémica, que no existe fuera del proceso penal una obligación ni legal ni moral para suponer que una persona es inocente o no hizo algo incorrecto hasta que sea condenado en un tribunal de justicia penal. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 60, pp. 137 y ss.

⁷⁷ Duff, Anthony y otros, *supra* nota 64, p. 70.

⁷⁸ Desde allí, son pertinentes las críticas dirigidas a la ideología *adversarial* y a cierta concepción del proceso inspirada en el principio dispositivo, donde la verdad objetiva, v.gr., por correspondencia, es de alguna manera irrelevante, y su necesidad resulta hasta disponible por las partes. En este sentido, véase Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 131. En el entendimiento del autor, si en un proceso como ése predomina una ideología para la cual la verdad es irrelevante, este es entendido como una competencia deportiva “donde no gana quien tiene razón; tiene razón quien gana”. Sin embargo, en un sentido contrario, se puntualiza que es incorrecto afirmar que no interesa la verdad por el sólo hecho de concebirse al proceso como *adversarial*. De allí que sería sospechosa la pretendida conexión necesaria entre el proceso *adversarial* y la prueba como persuasión, ya que si el juez (aún siendo completamente neutral y probatoriamente pasivo) debe decidir de acuerdo a las pruebas que se ofrecieron y produjeron, y si ha de hacerlo de acuerdo a un criterio de suficiencia con bases epistémicas, entonces nada obsta a que se decida declarando ganador a quien tenga buenas o mejores razones epistémicas. Véase, Dei Vecchi, Diego, *supra* nota 17, p. 244.

⁷⁹ Stacy, Tom, “The search for the truth in Constitutional Criminal Procedure”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 91, Nueva York, Columbia University, 1991, p. 1405.

⁸⁰ Díaz, E. Matías, “Por un modelo teórico-normativo del procedimiento penal basado en la protección de la inocencia”, inédito.

en sí misma quedaría desplazada como fin último del procedimiento penal.

Es que el estándar de prueba propio del proceso penal no está llamado únicamente a determinar la *verdad* como en otros procedimientos judiciales⁸¹ o científicos. Por lo tanto, si el objetivo último del procedimiento penal es la protección del inocente, o mejor dicho, la evitación del castigo al inocente, y no la determinación de la *verdad* de la acusación —pues quedarán indefectiblemente absueltos verdaderos culpables, de acuerdo con criterios de veracidad considerados válidos—, el valor principal puesto en juego aquí es la presunción de inocencia entendida como protección del inocente, y no sólo como hipótesis de inocencia refutable por prueba contrario que pruebe la *verdad* de la acusación. Es que la *verdad* de la acusación en sí puede ser probada válidamente mediante un estándar probatorio como el de la preponderancia de la evidencia, algo ilegítimo si se quiere aplicar una pena a una persona, por más que se haya demostrado la verdad de su culpabilidad según métodos considerados válidos fuera del procedimiento penal.⁸² En síntesis, la *verdad* sería un aspecto de la protección

81 Para Ferrer Beltrán, las confusiones terminológicas tienen su origen en la errónea vinculación conceptual entre la prueba de una proposición con la verdad de ésta. En su opinión, si se relaciona conceptualmente tales circunstancias no puede darse cuenta del funcionamiento de distintos estándares de prueba. “La idea de la existencia de estándares de prueba supone el carácter gradual de la corroboración de una proposición. Así, la cuestión que se plantea es determinar qué nivel de corroboración va a considerarse suficiente para aceptar la proposición como probada. Dependiendo del ámbito de jurisdicción, o del tipo de proceso, ese estándar puede ser obviamente situado en un nivel distinto, más o menos exigente”. El autor concluye en que esta situación no se lleva bien con la relación conceptual entre prueba y verdad: “...si la verdad es condición necesaria para que una proposición esté probada, entonces la prueba no admite gradación; de este modo, si la corroboración muestra la verdad será suficiente y si no la muestra no podrá decirse que la proposición está probada. No es extraño, pues, que quien vincula conceptualmente prueba y verdad tenga serias dificultades para admitir la concurrencia de distintos estándares y exigencias en función del tipo de proceso...”. Ferrer Beltrán, Jordi, *supra* nota 30, p. 69.

82 Pastor nos recuerda que la epistemología judicial propia de los procesos penales es diferente a la de otros procesos contenciosos (v.gr., de derecho privado), por lo que es posible que la responsabilidad jurídica por unos mismos hechos que es negada en sede penal sea afirmada en sede civil. Véase, Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 369. La cuestión es de suma importancia en el ámbito de la epistemología judicial del procedimiento penal, y ha llevado a posiciones respetables que descartan la idea de que el procedimiento penal aspire a la consecución de una decisión verdadera, pues en su conclusión el procedimiento debe lograr una distribución de errores a favor del acusado, algo que podría llevar a descartar de manera válida decisiones cuya verdad epistemológicamente se encuentre comprobada. En este sentido, véase Laudan, Larry, *supra* nota 60, p. 110. Para Taruffo, por caso, el proceso penal no busca la verdad sino una distribución de errores que favorezca al acusado, por razones morales y políticas. Véase, Taruffo, Michelle, *supra* nota 73, p. 117. Es que en el proceso penal, ya que es necesario demostrar la culpabilidad más allá de la duda razonable, a diferencia de lo que ocurriría con cualquier otro estándar probatorio judicial (v.gr., estándar de la preponderancia de la evidencia o el de probabilidad), la posición sobre la inocencia del acusado debe prevalecer incluso en casos donde el peso de prueba indica hacia su culpabilidad aunque no de manera indubitable. Así, véase Damaska, Mirjan, “Truth in Adjudication”, en: *Hastings Law Journal*, Vol. 49, San Francisco, Hastings College of the Law, 1998, p. 305, disponible en

del inocente como fin último del proceso penal, pues con la sola *verdad* no alcanza, en el sentido de que es necesario algo más, una desigual distribución de errores que demuestre el mayor esfuerzo posible para evitar la condena de inocentes.⁸³

Sin embargo, por razones expositivas continuaremos refiriéndonos a la *verdad* como objetivo principal del proceso penal. Por ello, cada vez que de aquí en más se haga alusión a la *verdad* como objetivo del proceso penal deberá entenderse que en realidad se alude a la protección del inocente, y que ello implica un mayor compromiso con la evitación de la condena del inocente que con el castigo al culpable. Cada vez que la voz *verdad* sea utilizada para referirse a la determinación fáctica de la culpabilidad como fin del proceso penal, deberá entenderse que esta hace alusión a una determinación fáctica más una ineludible carga axiológica: la distribución desigual de errores entre el acusador y el acusado, siempre a favor de este último.

VIII. Consecuencias estructurales. Revisión de la condena

Obviamente, el fin del proceso debería determinar la estructura y la dinámica del procedimiento penal. En primer término, debería influir en la definición del rol de los agentes o representantes estatales (fiscales y jueces) que, como tales, son los responsables del establecimiento y la aplicación de la pena estatal en los casos concretos, y, también, en la conformación de las actividades de cada una de sus fases, pues todas ellas deberían incorporar como su razón de ser última a esta meta.

La “finalización de la controversia” o la “solución del conflicto” no pueden ser tenidas en sí mismas como última y principal *ratio* del proceso penal ni desde un punto de vista jurídico, ni político, ni ético, cuando como consecuencia de ello se aplica a una persona la sanción más afflictiva de todas las que tiene a mano el Estado. La búsqueda de la *verdad* de la proposición acusatoria, en tanto concepto normativo —en el sentido de protección de la inocencia—, es lo único que puede, en primer lugar, brindar una calificación válida a la decisión condenatoria final en esta clase de procesos y, después, establecer la legitimidad de la pena en un caso concreto.

Existen razones de distinta naturaleza (v.gr., obligación del Estado de revisar sentencias de condena, necesaria fase de corroboración de la conclusión para

⁸³ Dado que el proceso tiende a la evitación de condenas sobre acusados —desde el punto de vista jurídico— inocentes también puede decirse que cumple con sus fines cuando en él se declara no haber descubierto nada, o cuando se arriba a una decisión que dice que no se ha podido probar ninguna verdad. Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 73; Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, T. I, p. 852; y Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Actos procesales*, T. III, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 73. En este mismo sentido, se afirma que “el principio *in dubio pro reo* es un criterio jurídico de decisión anticientífico que pone un punto final a la investigación de la verdad de manera tajante, como también es incuestionable que el *bis in idem impide*, en contra de la posición del acusado, la revisión de la verdad declarada por el órgano jurisdiccional que decidió el asunto”. Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, p. 148.

establecer la *verdad* en el proceso penal y necesidad de determinar la *verdad* con el máximo de recursos disponibles para evitar el castigo a un inocente) que extienden la trascendencia de los efectos axiológicos, jurídicos y epistemológicos del debate a la etapa de revisión,⁸⁴ con todo lo que ello implica para la situación del sujeto imputado (indisponibilidad de la pena estatal, ilegitimidad de la carga de probar su inocencia y obligación estatal de evitar condenas erróneas e injustas).

Más específicamente, dado que la actividad estatal de revisión de la condena se encuentra comprometida —tanto como cualquiera de las otras que integran el concepto *debido proceso legal* definido por la norma constitucional— en la búsqueda de la *verdad* y consecuentemente en la legitimidad de la decisión condenatoria, todas las observaciones y los cuestionamientos que la doctrina ha hecho al principio dispositivo por su desatención del valor *verdad* objetiva en la decisión propia del proceso penal,⁸⁵ se proyectan hacia la etapa de revisión.⁸⁶ Es decir, allí tampoco resultaría correcto dejar enteramente librada la corroboración de la determinación de la verdad de un enunciado a la operatividad del principio dispositivo. Surge, así, con posterioridad a la etapa de debate en forma imperiosa, aunque obviamente no excluyente de las facultades del imputado, una obligatoria actividad estatal -la revisión de la condena-, marcada por las particularidades que rodean a lo largo del proceso a la determinación de la *verdad* y su necesidad.

94

De esta manera, si en el procedimiento penal una sentencia que reconstruye en forma errada los hechos, y por eso lleva a una pena injusta, no es revisada en la etapa procesal regular predispuesta para ello, por ejemplo, debido a la falta de presentación de un adecuado recurso judicial —si se considera que su presentación es condición imprescindible para ello—, se podría decir que, si bien se dio una solución a la controversia en juego —dando la oportunidad de ejercer el derecho de defensa e incluso con el consentimiento del perjudicado—, el proceso penal como tal no cumplió el fin jurídico, ético y político que lo define.⁸⁷ El interrogante

⁸⁴ CSJN, Fallos: 328:3399, entre muchos otros.

⁸⁵ Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 131. El principio acusatorio propiamente dicho es un fiel reflejo del principio de la autonomía de la voluntad que impera en la regulación material y que implica, como punto decisivo, la disposición, el interés y la voluntad de las partes para delimitar el conflicto judicial con relevancia jurídica sujeto a decisión y, sobre todo, para guiar la solución procesal del caso (verdad subjetiva, en tanto depende de la voluntad de los sujetos que intervienen en el procedimiento), situaciones ajenas a un sistema penal que se basa en la pena estatal y la persecución penal pública. Véase, Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, pp. 389 y 852.

⁸⁶ Nos dice Pastor que entre los requisitos para la obtención de conocimiento de calidad en el proceso penal se cuenta con la posibilidad de control y revisión de la decisión definitiva. “La impugnación es en el derecho procesal penal cada vez más una garantía de calidad de la versión probada de los hechos, por las posibilidades amplias de control y revisión que hoy se ofrecen antes de tener por definitivamente confirmada una hipótesis”. Véase, Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 105.

⁸⁷ ¿Sería tolerable desde un punto de vista jurídico, o desde uno ético, que un juez condene al acusado sólo porque éste o su abogado no presentaron un alegato final al término de la audiencia de debate?

viene dado por sí el Estado de Derecho debe tolerar tales situaciones a la luz de los compromisos asumidos en los instrumentos jurídicos de nivel constitucional que imponen un particular procedimiento penal y una serie de garantías imprescindibles.

Una primera aproximación a una posible respuesta viene dada por la visión *sustancialista* del concepto debido proceso. En este sentido, puede decirse que si la Constitución nacional define y establece un juicio o proceso previo —que contiene la función revisora de sentencia como elemento necesario— como condición para la aplicación de una pena, su reconocimiento, esto es, la existencia de un “debido proceso”, no debe limitarse a la constatación del respeto de las distintas garantías en éste inmersas. La existencia de un debido proceso sólo se logra si está construido de modo tal que además de asegurar la efectividad de las garantías, se alcancen decisiones verdaderas, es decir, justas.⁸⁸

Resultan claras las palabras de Taruffo⁸⁹ cuando explica que dado que parece demostrado que, por un lado, la determinación de la *verdad* de los hechos en el proceso es posible y que, por el otro, esa determinación es necesaria, se sigue entonces que un procedimiento satisface las exigencias del debido proceso si está dirigido sistemáticamente a lograr que se determine la *verdad* sobre los hechos relevantes para la decisión —en nuestro caso— condenatoria.

IX. La real implicancia y el auténtico sentido de los medios de defensa

95

El Estado debe contar con una reconstrucción fáctica verdadera, o mejor dicho, con una proposición verdadera de los hechos configurativos de un delito para poder aplicar en forma válida una pena a un individuo. La falla en tal empresa nunca puede ser cargada al individuo que soporta la pena, en virtud de los defectos en el ejercicio de sus medios defensivos.

La insistencia en los beneficios de la bilateralidad que garantiza el contradictorio⁹⁰ podría perder fuerza como argumento contra esta idea si se repara en que, más allá de su conceptualización como un necesario elemento para la epistemología del proceso penal,⁹¹ este debe ser entendido jurídicamente como inmerso en el

⁸⁸ Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 135.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 137.

⁹⁰ Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *supra* nota 34, p. 83.

⁹¹ Según Guzmán, el contradictorio entre las partes constituye el mejor método para el descubrimiento de la verdad. Para él, es el método que permite el conocimiento de la verdad (al menos en términos relativos) no en forma unidireccional, sino por medio del confron­te de hipótesis contrarias entre sí que intentan prevalecer. De esta manera, el contradictorio servirá para no caer en el error de tender sólo a la verificación de una hipótesis que, por ser tal, no es más que el producto de una selección operada en forma particular. Dice, “[...]vemos entonces cómo este método ya no es propuesto en el sólo interés de una de las partes (el imputado), como derivación de su derecho

derecho de defensa del imputado -que, como tal, puede o no ejercerse- sin que ello haga mella en la necesidad de que los órganos oficiales cumplan, de manera unilateral, con su carga probatoria.

Por ello, poner tanto énfasis en el ejercicio contradictorio de la defensa del imputado como condición epistemológica del proceso penal, por sobre el plano jurídico en el que también se inserta este ejercicio,⁹² lleva en sí el peligro de: (1) reducir la intensidad de la carga del fiscal de probar por sí solo el objeto del proceso;⁹³ (2) distorsionar el sentido del derecho de defensa;⁹⁴ y (3) transformar la contradicción en un aspecto meramente formal de la validez de la conclusión definitiva, cuya sola presencia habilitaría a decir que el trámite procedimental cumplió con las exigencias epistemológicas y de validez de la condena; o desde otra óptica, descartar la trascendencia de una violación al ejercicio del contradictorio en virtud de que de igual manera la *verdad* sobre las proposiciones fácticas de la acusación ha sido alcanzada.⁹⁵

de defensa, sino más bien como el método más adecuado para el conocimiento de los hechos. No se trata, en consecuencia, de un mero principio procesal, sino de un sistema lógico de conocimiento para acercarse a la verdad". Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, pp.175 y ss. En un sentido similar, se manifiesta, en parte, Carlos Nino. Véase, Nino, Carlos, *supra* nota 51, p. 451.

96 ⁹² Andrés Ibáñez nos explica que en el proceso acusatorio y contradictorio se distinguen claramente dos planos que intervienen en su configuración. El propiamente jurídico, de garantías, dirigido con prioridad a dar seguridad a un inocente. Y el epistémico, traducción del principio comúnmente aceptado, y bien acreditado, de que de la "discusión sale la luz". Uno y otro, no obstante la distinta naturaleza están íntimamente ligados por una relación de funcionalidad. Véase, Andrés Ibáñez, Perfecto, *supra* nota 74, p. 131.

⁹³ "La necesidad de investigación y la obligación de esclarecimiento de los hechos, el carácter acusatorio del proceso penal, y, sobre todo, el derecho a la presunción de inocencia, conducen inexcusablemente a que sea el acusador quien deba probar el hecho por el que se acusa a una determinada persona. El acusado, hasta el momento de dictarse la sentencia, es una persona inocente. Es por ello que no puede ser tratada como culpable ni tiene por qué ser obligada a declarar, ni ser ella, dado su estado de inocencia, la que deba probar su inocencia". Véase, Jaén Vallejo, Manuel, *supra* nota 7, p. 39.

⁹⁴ "A la defensa del imputado le está reservado el excepcional privilegio de poder triunfar sin pruebas o actuando en forma pasiva a lo largo del proceso penal". Nuñez, Ricardo, *Código procesal penal de Córdoba (Anotado)*, Lerner, Córdoba, 1978, p. 193.

⁹⁵ En este mismo sentido, se entiende el derecho a confrontar los testigos de cargo no sólo como una garantía epistémica, sino como "un derecho específico de quien es acusado en un proceso penal que, vinculado a su derecho de defensa, le permite intervenir directamente en la conformación de la prueba y ser tomado, por ello, como sujeto y no meramente como objeto del proceso". Con ello, se llegan a dos conclusiones. Por un lado, a aceptar ciertas modulaciones en ese derecho pero exigiendo a los órganos judiciales que tomen medidas para compensar los déficits de defensa que permitan cierto grado de confrontación, aunque sea disminuida. Por otro lado, "a exigir como elemento indispensable para afirmar que el acusado tuvo un proceso justo y equitativo, que este haya tenido la posibilidad de confrontar el testimonio de cargo, pero sin reemplazar el ejercicio de ese derecho bajo ningún pretexto. Es decir, si no pudo ejercer el derecho, el Estado no puede imponer legítimamente una pena". Véase, Varela, Agustín, "Juicio por jurados,

En principio, el interés y el deber en la búsqueda de la *verdad* en el proceso penal recaen en el Estado como condición de validez de su decisión punitiva concreta. En cuanto condición de legitimidad de la condena, debemos hablar de una verdadera obligación estatal de tener probados los hechos configurativos de un delito más allá de la duda razonable. En el proceso penal, todos los representantes estatales están obligados a seguir ese fin. En función de este fin actúan tanto el tribunal de juicio, al juzgar la comprobación de la hipótesis acusatoria, como el tribunal revisor, al examinar la corrección de la decisión condenatoria.

Pero también los representantes estatales que ejercen las funciones acusatorias están obligados a la búsqueda de la *verdad* como parte del ejercicio de esas funciones. En ello reside el sentido de la idea del *onus probandi* propia del proceso penal.⁹⁶ La tarea del fiscal sólo es válida si logra demostrar que la hipótesis sostenida por la acusación es verdadera, esto es, si no puede ser sostenida como razonable la legal hipótesis de la inocencia o falta de culpabilidad del acusado. En este sentido, desde un punto de vista jurídico aunque también epistemológico, se afirma que un acusado debe ser absuelto en el juicio penal a menos que el representante del Estado demuestre con éxito y de una manera apropiada su culpabilidad. Este debe presentar argumentos racionales basados en prueba suficiente, y su caso debe ser capaz de resistir cualquier eventual cuestionamiento de parte de la defensa, pero sobre todo debe superar el obligatorio escrutinio del órgano juzgador.⁹⁷ Por ello, la hipótesis implicada en la presunción de inocencia a vencer por el acusador *no necesita* una actividad de parte del acusado. El respeto por todas las proyecciones jurídicas y epistemológicas de esa presunción de inocencia resulta la condición necesaria para obtener la *verdad* que en el proceso penal habilite el ejercicio del poder punitivo.⁹⁸

97

Obviamente esa búsqueda debe darse en un marco de respeto de las garantías del imputado (v.gr. derecho de defensa); pero el respeto por ellas no reduce la intensidad de la obligación estatal recién apuntada, ni asegura por sí mismo el

el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba hearsay en el derecho anglosajón”, inédito, citando a: Alcácer Guirao, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 4, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013, p. 13, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1006.pdf> (la cursiva me pertenece).

⁹⁶ Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, pp. 506 y siguientes.

La carga de la prueba implica el deber del Estado de probar dos hipótesis: a) que el delito X fue cometido y b) que el acusado Y cometió el delito X. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 60, p. 163.

⁹⁷ Ho Hock, Lai, “Liberalism and the Criminal Trial”, en: *Sydney Law Review*, Vol. 32, Sidney, University of Sidney, 2010, p. 245.

⁹⁸ Laudan alude a una redundancia conceptual entre el principio de inocencia, el estándar de prueba y la carga de la prueba. Para el autor, si el estándar de prueba es definido como la regla según la cual el acusado debe ser absuelto a menos que el Estado establezca que las pruebas sobre la culpabilidad satisfacen la duda razonable, es innecesario un principio adicional acerca de la carga de la prueba. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 60, p. 164.

descubrimiento de la *verdad* de los hechos del proceso. La condición que consiste en la “justicia del proceso”, al decir de Taruffo, es necesaria pero no suficiente para determinar la justicia de la decisión.⁹⁹ Siguiendo su razonamiento, puede decirse que aún en el caso de que el imputado haya podido articular y desarrollar todas sus defensas durante el debate o en la etapa posterior, eso no implica de ningún modo que el proceso haya podido determinar la verdad de los hechos que forman parte de la proposición acusatoria.¹⁰⁰ Claramente es posible que su articulación haya sido defectuosa o desvinculada de la *verdad* de los hechos de la acusación.

Si no se puntualiza adecuadamente la relevancia de los distintos campos conceptuales, pueden generarse situaciones riesgosas para el fin del proceso penal. Así, la defectuosa presentación de una defensa técnica o bien la postulación de una improbable coartada durante el juicio podrían ser tenidas como ejercicios epistémicos válidos de la contradicción requerida en el proceso penal. Del mismo modo, un desacertado y poco convincente alegato sobre el mérito de la prueba de descargo o sobre el demérito de la prueba de cargo podría ser tenido como el cumplimiento de la condición epistemológica sobre la que descansa el surgimiento de la *verdad* en el proceso penal. La presentación contra la sentencia de condena de un recurso judicial válido, es decir, admisible, pero al mismo tiempo erróneo tendría también este efecto. Imaginemos un recurso contra una sentencia definitiva que cuestiona la construcción lógica del fundamento de la sentencia y la falta de valoración adecuada de la prueba de descargo que tendía a probar una hipótesis distinta a la aseverada por la acusación (correctamente practicados en la sentencia recurrida), pero omite todo cuestionamiento de los aspectos fácticos de la sentencia vinculados con la valoración de la prueba de cargo (claramente defectuosa). La presentación de ese recurso como manifestación del derecho de defensa y acto de contradicción de las conclusiones acusatorias receptadas en la sentencia condenatoria podría ser tenida como una suficiente condición para ratificar la *verdad* del proceso que habilita la aplicación de pena.

Sin determinación verdadera de los hechos no puede haber nunca una sentencia justa. Es que sin perjuicio de las necesidades *extra o paraepistémicas* que existen para reconocer el ejercicio de un derecho de defensa y la posibilidad de contradecir la proposición acusatoria, e incluso los eventuales beneficios que ello tiene en la obtención de una decisión de calidad en el proceso, se afirma que lo relevante en la determinación de los hechos es la neutralidad de los órganos estatales que se encuentran afectados en esa actividad/obligación metodológica.¹⁰¹

⁹⁹ Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 136.

¹⁰⁰ La carga de la prueba recae explícita y exclusivamente en el Estado; el acusado no debe probar nada y ni siquiera se encuentra obligado a ofrecer pruebas si elige no hacerlo. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 60, p. 163.

¹⁰¹ Cuando se entiende al proceso judicial como una contienda entre partes en el sentido preciso del término —concepción adversarial del proceso—, opiniones autorizadas dudan que

Es el tribunal el que juega un decisivo rol epistemológico, pues su ubicación neutral e independiente es una condición necesaria para valorar la prueba con la cual se pretende refutar la legal hipótesis de inocencia del acusado, y por ello esa ubicación es la decisiva a la hora de contrarrestar cualquier distorsión de la actividad de recolección y producción de la prueba de cargo (v.gr., la llamada *tunnel vision*).¹⁰²

Es indiscutible la afirmación de Guzmán acerca de que difícilmente el encargado de una investigación que ha tomado el camino errado vuelva sobre sus pasos para corregirla.¹⁰³ Pero a diferencia de lo que indica el autor en esta parte de su trabajo, entiendo que es justamente el órgano jurisdiccional el que, desde una posición neutral *debe*, con una aptitud crítica, poner a prueba mentalmente el desarrollo de la investigación, analizar el desvío ocurrido y, finalmente, corregir sus conclusiones en la instancia de decisión, para lo cual *deberá* tener en cuenta, si existiera, el concreto ejercicio del derecho de defensa del acusado y, sobre todo, los criterios jurídicos previstos en el régimen procesal para ello.¹⁰⁴

A su vez, desde un punto de vista jurídico, la imparcialidad del órgano juzgador como derivación necesaria del sistema acusatorio en el marco dado por un sistema de pena estatal, pone en evidencia el sentido de la relación directa e inmediata entre las facultades decisorias del juez y el principio de inocencia.¹⁰⁵ En esta relación,

este sistema, y la técnica del *cross examination* inmersa en él, se trate de un método suficiente, y eficiente, para el descubrimiento de la verdad. Véase, Taruffo, Michele, *supra* nota 8, p. 128.

¹⁰² Desde el análisis del fundamento político del proceso penal surgen claras explicaciones que ubican adecuadamente en este la idea de la participación del acusado en función de su razón de ser. La desconfianza en la concentración de poder político impone la necesidad de la institucionalización de pesos y contrapesos en las estructuras de poder público. La libertad pública demanda que las premisas fácticas en las que se apoya el ejercicio de la coacción y la fuerza estatal se expongan y se controlen en un procedimiento adversarial. El Estado no puede arbitrariamente y sin una explicación que lo justifique infligir un daño a un ciudadano. El modelo adversarial descansa en la necesidad de que los acusadores estatales den cuenta de las razones por las cuales requieren una condena y un castigo. El juez es el órgano político responsable del examen de la justificación del acusador en este modelo. La racionalidad de la existencia de los juzgados penales como instituciones políticas se vincula con la legitimidad del veredicto, concepto que implica no sólo la precisión del resultado sino también el reconocimiento de la autonomía y personalidad del acusado. El método que importa la participación del acusado se relaciona con esta idea de legitimidad que va más allá de la justeza del resultado. Véase, Ho Hock Lai, *supra* nota 97, pp. 244 y ss.

¹⁰³ Guzmán, Nicolás, *supra* nota 20, p. 178.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 209 y ss. El autor expresamente refiere que "...la inactividad de la defensa no presenta en realidad graves problemas, dado la presencia en el sistema normativo no solo de un estándar probatorio que exige para la condena la confirmación de la hipótesis acusatoria más allá de la duda razonable, sino también de criterios jurídicos de decisión que imponen al juez la absolución del acusado cuando en su mente se haya generado una duda con relación a aquella confirmación...", *Ibid.*, p. 212 (la cursiva se encuentra en el original).

¹⁰⁵ En función del principio de inocencia como derecho del acusado implicado en la función jurisdiccional en el proceso penal, Bovino afirma que el principio de división de poderes, en este contexto, restringe la tarea de los jueces penales a funciones estrictamente decisorias, propias

como vimos, puede no tener ninguna incidencia el ejercicio de defensa y del contradictorio como componentes de un método epistémico.

Los efectos procesales y epistemológicos del mecanismo contradictorio del proceso penal deben ser entendidos siempre en el marco jurídico dado por la presunción de inocencia del imputado -que obliga al Estado a demostrar positivamente los hechos que hacen a la intervención en un hecho delictivo y a la responsabilidad por esa participación-, y por la responsabilidad del órgano judicial imparcial e independiente en el cumplimiento de la máxima veritas, *non auctoritas facit iudicium*.¹⁰⁶ Dicho de manera despojada y cruda, el acusado no necesita para concretar un fin propio en el proceso penal, desde un punto de vista que atiende a los requerimientos jurídicos y epistemológicos de este proceso, contradecir la hipótesis acusatoria.¹⁰⁷

Desde un punto de vista normativo resulta muy difícil conciliar la idea de la participación activa del acusado y su defensor en el juicio como *condición* epistemológica (y de legitimidad) del resultado final del proceso —a través de, por ejemplo, la proposición de una hipótesis de defensa, la producción de prueba vinculada a esta, la refutación de la hipótesis acusatoria y la alegación de argumentos finales a su favor— con el carácter *meramente facultativo* de esas mismas atribuciones procesales, basado en el principio de inocencia, el derecho de defensa

100 del poder judicial. “La obligación de proteger los derechos humanos del imputado, como por ejemplo el principio de inocencia, surge del contenido mismo de la función judicial y, además, de las obligaciones internacionales del Estado establecidas en los pactos de derechos humanos”. Véase, Bovino, Alberto, *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 21.

¹⁰⁶ De alguna manera es lo que hace Carlos Nino, en Nino, Carlos, *supra* nota 51, p. 451. Sobre el punto afirma Cafferata Nores que si al acusado se le reconoce un estado jurídico de inocencia, que no debe construir ni probar, sino que debe ser destruido por la prueba de cargo aportada por los órganos de persecución penal del Estado, “...el sentido de su defensa será otro: controlar el modo en que se pretende probar su culpabilidad, intentar acreditar, si así lo prefiere, su inocencia, o circunstancias atenuantes de su responsabilidad penal, o sencillamente no hacer nada...”. Cafferata Nores, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a ed. actualizada por Martínez, Santiago, 2007, p. 99 (la cursiva me pertenece).

¹⁰⁷ La carga de la prueba del Estado en el proceso penal debe ser entendida desde un punto de vista epistemológico junto con la presunción de la inocencia. Aún en el caso de que el acusado y su defensor sean totalmente pasivos, el juez debe absolver al primero si la prueba del caso de la fiscalía no alcanzó el estándar de prueba considerado válido en el proceso penal. Del mismo modo, los jurados son instruidos a efectos de que absuelvan a menos que el caso de la fiscalía alcance o exceda el nivel de prueba más allá de la duda razonable. Este enfoque epistemológico del proceso penal encuentra su explicación en el común denominador axiológico subyacente a la presunción de inocencia, el estándar de la prueba, el beneficio de la duda y la carga de la prueba: favorecer al acusado. “Hacer al acusado inmune a la obligación de probar algo hace que sea más fácil asegurar una absolución; más fácil de lo que sería si aquel tuviera la obligación de probar su inocencia”. Véase, Laudan, Larry, *supra* nota 60, p. 164.

en juicio, el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y la inexistencia de carga procesal alguna respecto de su condición en el proceso.¹⁰⁸

En conclusión, puede ser considerado cuanto menos problemático conceptualizar las actividades o acciones defensivas del acusado en el proceso penal como condiciones necesarias para la conformación de la *verdad* que habilita la aplicación del poder punitivo en su contra, desde que ni desde el punto de vista jurídico, ni desde el político, ni tampoco desde el propio punto de vista epistemológico él está obligado a contribuir a tal obtención.

Con esto no quiero decir que la asistencia técnica no sea de suma relevancia para medir la legitimidad del juicio, o bien que el producto del ejercicio del contradictorio no resulte un elemento valioso para obtener un conocimiento fiable en el proceso y así medir la justificación del caso de la acusación o la fundamentación de la decisión del juez.¹⁰⁹ Lo que pretendí argumentar en este punto es que tales cuestiones deben ser consideradas como propias del derecho de defensa del imputado,¹¹⁰ y, por consiguiente, analizadas como elementos de legitimidad del juicio que si bien se relacionan con la precisión y la calidad del resultado, las trascienden y se vinculan con el respeto por la autonomía de la persona juzgada. Si de acuerdo con los principios que diseñan el proceso penal, la *verdad* puede en alguna hipótesis

¹⁰⁸ En un sentido similar se expide Duff, quien toma como puntos de análisis dos posibles paradojas sobre las expectativas normativas relacionadas con la participación del acusado en el juicio. La primera se vincula con la idea instrumental del juicio como medio para la consecución de la verdad y la utilización de reglas y principios a partir de los cuales no puede exigirse al acusado ni a su defensor la aportación de prueba para, justamente, conseguir ese fin. El autor se pregunta qué es lo que debe importar al momento de asegurar la chance del imputado de defenderse y cuestionar la acusación y la prueba del fiscal. Pues si lo que brinda fundamento a esas provisiones es una visión instrumental como medios para la consecución de un resultado correcto o preciso, entonces un procedimiento que arriba a una condena del verdadero culpable, a pesar de haber violado estos derechos, habrá arribado a un resultado correcto. De allí que según el autor esto implica que el acusado (culpable desde el punto de vista fáctico) que es condenado sin haber sido escuchado o mediante un procedimiento que restringió sus posibilidades de defensa y contradicción, no tiene razón para quejarse acerca del veredicto o sobre ese procedimiento, desde que la verdad ha sido alcanzada. Ante la argumentación de que existen fundamentos epistemológicos para dar cuenta de la necesidad de tales reglas, dado que la prueba de la acusación sólo puede ser considerada confiable si atraviesa con éxito el escrutinio de la defensa, el autor esgrime que resulta muy difícil justificar de este modo este derecho y al propio tiempo justificar el derecho del acusado a no participar sobre la base de fundamentos probatorios (v.gr., carga de la prueba). Si la participación del acusado y su defensor es crucial para determinar la calidad de la prueba del acusador, en consecuencia, de ello debería seguirse que la condena sin esa participación es insegura, por lo que en ese caso el acusado debería ser obligado a participar en el proceso. Véase, Duff, Anthony y otros, *supra* nota 64, pp. 99-100.

¹⁰⁹ Para Andrés Ibáñez, el principio de contradicción trasciende el ámbito y el momento del juicio y proyecta su incidencia en el curso de elaboración de la sentencia, en el tratamiento del acervo probatorio. Véase, Andrés Ibáñez, Perfecto, *supra* nota 74, p. 72.

¹¹⁰ Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, pp. 552 y siguientes.

ser alcanzada sin la participación del acusado y su defensa, queda en evidencia que la posibilidad del contradictorio es, cómo no, una condición *sine qua non* de la legitimidad del juicio pero no por razones puramente epistemológicas.

De la misma manera que, por ejemplo, la confesión bajo tortura de un imputado debe ser excluida como prueba del proceso por razones independientes a su aporte epistémico (más allá de que tal confesión sería un elemento probatorio muy poco fiable), el ejercicio del contradictorio en el juicio, o mejor dicho, la posibilidad real de ello, resulta un elemento implicado en la legitimidad del procedimiento aunque no configure en el caso concreto un elemento eficaz para negar la acreditación de la acusación. De otra parte, las exigencias que pesan tanto sobre la acusación como sobre el órgano judicial en el aspecto probatorio, cada uno en sus respectivas competencias, deben ser mantenidas independientemente de la eficacia de los cuestionamientos de la parte acusada a los que tiene derecho.

Entonces, lo que el juez del juicio debe hacer es corroborar si la hipótesis acusatoria ha sido probada; para eso podrá contar, o no, con la actividad desplegada por la defensa. De allí que, en mi entendimiento, el tribunal revisor no debe requerir como elemento epistemológico un recurso exhaustivo o completo del acusado para revisar la justicia de la decisión condenatoria, pues su actividad se define por examinar la labor del órgano judicial de la instancia anterior en el análisis de los requerimientos jurídicos de la acusación.

102

X. La obligación del Estado de no condenar ni aplicar pena sin antes haber determinado la culpabilidad del acusado, y la indisponibilidad de la pena estatal por parte del acusado. Dos caras de la misma moneda

Como vimos, son razones de diverso orden las que imponen la actividad estatal de revisión o confirmación de la *verdad* de la narración producida en la sentencia condenatoria posterior al debate. En el proceso, la justicia de esta narración definitiva no se encuentra confirmada si el órgano estatal competente para ello no analiza su asunción como verdadera y su consecuente justificación basada en las pruebas rendidas en el debate. Esa falta de corroboración de la justicia de la decisión existiría independientemente de cuál fuera la actuación del sujeto que sufre la condena, es decir, independientemente de su actitud pasiva, defectuosa o negligente frente a la decisión.

Los modelos procesales deben ser contruidos sobre el valor de la protección de la inocencia jurídica, y sostenerse en: a) la obligación del Estado de no condenar ni aplicar pena sin antes haber determinado la culpabilidad del acusado, y b) la indisponibilidad de la pena estatal por parte del acusado como criterio para determinar el sentido de su situación procesal, en general, y de sus derechos y facultades procesales, en particular.

En un sistema donde el Estado asume la función del control social por medio de la imposición de penas se encuentra, entre otras condiciones de legitimidad, la necesidad de que los elementos que permiten afirmar la existencia de un hecho punible estén verificados con certeza o probados más allá de la duda razonable. Como sucedáneo de esta regla, existe el deber del Estado y de sus representantes en el foro penal de investigar y determinar la *verdad* objetiva, y también, de pronunciarse a favor del acusado si no es alcanzada esta *verdad* más allá de la duda razonable. En otras palabras, existe la imposibilidad, desde un punto de vista normativo, de aplicar una pena sin tener acreditados con un determinado grado de precisión los hechos que habilitan tal potestad estatal.¹¹¹

Más allá del carácter estatal de la sanción y de la oficialidad de la persecución penal,¹¹² es la trascendencia de la pena estatal, en particular de la pena de prisión, como válida aplicación de dolor y restricción de derechos de un ciudadano por parte del Estado, la que lleva a que ésta no pueda ser concebida como disponible por el acusado.¹¹³ Ello significa que la actitud pasiva, o bien errática, de la defensa del acusado durante el juicio no es un factor relevante para medir su situación procesal,¹¹⁴ y que la propia confesión del acusado no debe vincular necesariamente la decisión definitiva del caso.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 506 y siguientes. Por esta razón, para el autor, no sería correcto aludir en el proceso penal al *onus probandi* en el sentido estricto del término, esto es, como una facultad procesal para que las partes demuestren los hechos que afirman, y cuya falta de ejercicio redundaría en una desventaja procesal con relación al interés esgrimido en el proceso. Así, en los procesos judiciales de Derecho privado la carga de la prueba cambia continuamente entre las partes durante su desarrollo.

¹¹² Según Maier, al tener una naturaleza pública la pena no es en principio un medio reparatorio. Es por ello que en el Derecho penal actual, la pena concreta a aplicar y ejecutar compromete una suerte de interrelación entre lo que dispone como marco (mínimo y máximo) el Derecho penal material con sus escalas y lo que decide el tribunal competente como reacción concreta dentro de ese marco y siguiendo el procedimiento correspondiente. Es por ello también, según el autor, que, salvo algunos casos menores o de excepción (v.g., pago voluntario de la multa correspondiente al delito, según art. 64, CP), el Derecho penal y el Derecho procesal penal modernos no conocen el allanamiento como posibilidad del imputado de aceptar voluntariamente la imposición de una pena, evitando la persecución penal regular total o parcialmente. *Ibid.*, p. 86.

¹¹³ En el mismo sentido, se manifiesta Maier al analizar la razón de ser del efecto extensivo de los recursos en el proceso penal, es decir, la extensión de la solución propia de un recurrente a otros coimputados que no han recurrido. Según el autor, tal explicación reside en la indisponibilidad de la pena estatal, en el carácter indisponible de los intereses ventilados en el proceso penal, que hacen que la voluntad del condenado no determine en contra de la ley la necesidad de sufrir una pena. Véase, Maier, Julio B. J., *supra* nota 83, p. 300.

¹¹⁴ Ello se verifica en el proceso penal, por ejemplo, en el hecho de que cuando se trata de la interposición de un recurso a favor del imputado (por ej., interpuesto por el Ministerio Público Fiscal) contra la sentencia definitiva, el agravio provocado por una condena no depende ni en un mínimo de la actividad desarrollada por él y su defensa en el procedimiento, ni del sentido de esa actividad, sino que, antes bien, responde al perjuicio objetivo que a él le provoca la decisión, más allá de su propia valoración. *Ibid.*, p. 281.

No es difícil de apreciar la escasa incidencia argumentativa que ante este cuadro representan los supuestos beneficios prácticos que se obtienen de, primero, condicionar la revisión de la sentencia a la presentación de un formal recurso que cumpla todas y cada una de las exigencias de admisibilidad que la ley infraconstitucional establezca, y, después, limitarla a los puntos que se presenten como defensa en el recurso del imputado.

Con ello, la idea imperante de que el principio dispositivo resurge en la etapa recursiva del proceso penal debe ser cuidadosamente analizada o bien redefinida¹¹⁵ como tantos otros conceptos procesales en esta clase de procedimientos (v.gr. “partes”, “pretensión”, “*onus probandi*”). Aunque a fin de evitar confusiones en los niveles de discurso, vale decir mejor que, más allá de que en la realidad de nuestra legislación referida a la etapa recursiva en el proceso penal -salvo excepciones relevantes- opere el principio dispositivo que acerca a este segmento del procedimiento penal a una contienda entre partes propiamente dichas -que, como tales, son dueñas de sus pretensiones jurídicas-, desde un punto de vista valorativo y, también, jurídico constitucional, existe una necesidad (u obligación) de que en la última etapa del proceso definido por nuestra Constitución junto, o en paralelo, con el reconocimiento de las garantías procesales que habilitan el ejercicio de la defensa en juicio y del derecho al recurso, el Estado asuma en forma objetiva y neutral pero también obligatoria e incondicionada una función de revisión de la existencia de la *verdad* como condición para condenar.

104

En las actividades estatales de acusar y condenar, que formalmente en función de las garantías del imputado son ejercidas por órganos distintos, la búsqueda de la *verdad* es un elemento esencial inherente a ellas.¹¹⁶ No así en el ejercicio de la actividad

¹¹⁵ Véase, Guariglia, Fabricio, “Régimen de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, Julio (comp.), *Los recursos en el procedimiento penal*, Editores del Puerto, 1999, pp. 12 y ss.

¹¹⁶ Nos explica Maier que el proceso penal común se trata de un procedimiento regulado para la persecución penal estatal, en cuyo extremo está el perseguido penalmente; es la forma legítima de realización del poder penal del Estado frente a las personas que, eventualmente, deben sufrirlo, ante la noticia de que acaeció un hecho punible. Si a veces asume formas similares al proceso acusatorio, ello sucede sólo desde el punto de vista formal, para permitir el ejercicio eficaz de la defensa del perseguido penalmente. Así, por ejemplo, el Estado divide sólo formalmente sus funciones en el procedimiento, estableciendo un órgano que requiere (ministerio público) y otro que decide (tribunal), para evitar que quien decide afirme antes la hipótesis sobre la que va a juzgar y limitar exteriormente su decisión a los hechos contenidos en la imputación deducida, con lo cual torna eficaz la defensa del perseguido y evita la sorpresa en el fallo. Pero si, formalmente, la ley otorga a un órgano estatal el poder de requerir y a otro el de decidir, materialmente, en cambio, “...ambos órganos estatales tienen sólo un interés objetivo en la debida actuación de la ley penal y, para ello, en el esclarecimiento de la verdad histórica, con lo cual su función material resulta idéntica. De allí que, con diferencias meramente formales, se admita que también el tribunal está ligado al deber de averiguar la verdad”. Maier, Julio B. J., *supra* nota 2, pp. 508 y ss. Si a ello agregamos que la determinación de la verdad, de acuerdo con su función procesal, adquiere un sentido garantista en su relación con la condena y la aplicación de pena, el ejercicio de esta garantía jurisdiccional no *necesita* un concreto planteo de la defensa que lo determine.

de defensa que realiza el imputado y su defensor técnico, donde la realización de la verdad material como elemento integrante es meramente circunstancial.

Aquella búsqueda estatal de la *verdad* para aplicar con validez una condena no se encuentra condicionada por impulsos externos, salvo por aquellos que las leyes disponen al inicio del proceso inspiradas en intereses superiores a la actividad estatal y ajenos a la defensa del imputado (v.gr. delitos de instancia privada). Con ello puede decirse que, en paralelo con las derivaciones del principio de inocencia, la procuración de la *verdad* no es un deber del imputado sino del Estado en el ejercicio de sus actividades acusatorias y jurisdiccionales en el proceso penal.¹¹⁷ Toda vez que de acuerdo con la Constitución Nacional existe una obligación estatal de ejercer actividad jurisdiccional para controlar la sentencia condenatoria, ese deber se mantiene en esta última etapa del proceso penal.

De hecho, las condiciones actuales en las que en parte se desarrolla la labor jurisdiccional de revisión de la sentencia de condena en favor de la posición del imputado habilitan a pensar en la operatividad de la propuesta aquí esbozada, es decir, una amplia e integral revisión de la sentencia condenatoria a favor del acusado como obligación estatal independiente de la interposición de su recurso (v.gr., interposición de un recurso por parte del Ministerio Público Fiscal a favor del acusado,¹¹⁸ efecto extensivo,¹¹⁹ *reformatio in meius*,¹²⁰ declaración de nulidad de oficio).¹²¹ En todo caso, la obligación estatal de revisar la sentencia de condena

105

¹¹⁷ Díaz Cantón nos advierte que la consagración del principio de inocencia y la legalidad procesal hacen de la acción penal pública, obligatoria e irrevocable, y de la indisponibilidad del contenido del proceso baluartes de la preservación del individuo frente a los poderes que, influyendo sobre él, lo obliguen a declararse culpable. Y tan grande es la desconfianza, que lo protegen aun cuando él aparentemente sea libre en su confesión, obligando a que el proceso continúe a pesar de ella. Véase, Díaz Cantón, Fernando, *supra* nota 44, p. 54. En el mismo sentido, sobre la indisponibilidad de los límites y de las prohibiciones de los poderes públicos previstos para la tutela de los ciudadanos, véase Córdoba, Gabriela, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación” en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 236; Magariños, Mario, “El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 9-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 77 y ss.; y Yapur, Ariel, “¿Ejercicio de la acción penal pública por particulares? El régimen de la acción penal pública como derivación necesaria del carácter público del Derecho penal”, en Magariños, Mario y Yapur, Ariel, *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 46.

¹¹⁸ Art. 433, CPPN, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>.

¹¹⁹ Art. 441, CPPN, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm>.

¹²⁰ Art. 445, CPPN.

¹²¹ Pastor explica claramente el sentido y los límites de aquellas facultades jurisdiccionales, como la declaración de nulidad de oficio de actos procesales, predisuestas a favor del acusado en la instancia de revisión. Véase, Pastor, Daniel, “Recurso de casación y anulación de oficio”, en: *Revista Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1997/B, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 669 y ss.

como ampliación del debido proceso implicaría la *constitucionalización* de estas facultades jurisdiccionales reconocidas por el sistema recursivo *infraconstitucional*. El recurso del condenado tendría una conceptualización acorde como proyección del derecho de defensa, lo que debería implicar, entiendo, la posibilidad de producir prueba sobre su inocencia, o mejor dicho, sobre su falta de culpabilidad más allá de la duda razonable.¹²²

Se ha sostenido que cuando hay margen en el procedimiento para reducir el riesgo de condenas erróneas sin alterar significativamente el gasto, o mejor dicho, la consideración social mayoritaria del riesgo de ese tipo de condenas, y no se hace, ello puede ser definido como un desprecio contra la dignidad del acusado y su derecho a obtener un reconocimiento debido del riesgo de daño moral en el procedimiento penal.¹²³

XI. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto sobre la incorporación de la *verdad* como elemento imprescindible del proceso penal, podemos afirmar que es a raíz de una decisión valorativa que la *verdad* pasa a representar uno de los objetivos de este tipo de procesos judiciales.

106 Así, pusimos de relieve la necesidad de que las proposiciones referidas a los hechos jurídicamente relevantes tengan un correlato empírico en la realidad para ser consideradas verdaderas y justas. A su vez, la *verdad* de la proposición acusatoria se define como inferencia de otras proposiciones y producto de la valoración y el análisis de los elementos probatorios. También la utilidad de la *verdad* en el proceso se explica directamente con la posibilidad, o necesidad, de aplicar una pena a una persona. Los recaudos propios de la imposición de una pena definen aspectos esenciales de la *verdad* como concepto relevante y útil en el orden jurídico procesal penal. En definitiva, la *verdad* es un complejo concepto normativo en el proceso penal.

En cuanto a la vinculación entre el estándar de prueba propio del proceso penal, la *verdad* y los elementos axiológicos en juego, vimos que una máxima valorativa se impone como sustrato: resulta más que difícil tolerar el error de condenar a un inocente que el de absolver a un culpable. Es por esta decisión moral que se afirma que el proceso penal no está particularmente interesado de forma general en la reducción de los errores, sino que tiende a distribuir los errores de forma tal que favorezcan sistemáticamente a la posición del imputado, o mejor dicho, que

¹²² Puede apreciarse una fundada y clara opinión sobre la posibilidad de producir prueba en esta instancia de casación en Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal (Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal)*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 164.

¹²³ Dworkin, Ronald, *supra* nota 75, pp. 125-126.

no perjudiquen al imputado inocente.

De acuerdo con todo ello, podemos decir que lo imprescindible en el proceso penal es una *verdad* que lleva inmersa la necesidad de evitar con el máximo de recursos disponibles en el proceso penal el castigo a un inocente.

La búsqueda de la *verdad* de la proposición acusatoria, en tanto concepto normativo -en el sentido de protección de la inocencia-, es lo único que puede, en primer lugar, brindar una calificación válida a la decisión condenatoria final en esta clase de procesos; y, después, establecer la legitimidad de la pena en un caso concreto. Como derivación de ello, todos los roles procesales de los agentes estatales (v.gr. jueces y fiscales), junto con las actividades de todas las etapas del procedimiento, deberían quedar implicados en esta evaluación.

Al incorporarse la función de revisión de la condena al concepto del debido proceso en el ámbito penal, concluimos, finalmente, en que existen razones para extender los efectos axiológicos, jurídicos y epistemológicos del juicio a la etapa de revisión, con todo lo que ello implica para la situación del sujeto imputado (indisponibilidad de la pena estatal, ilegitimidad de la carga de probar su inocencia y obligación estatal de evitar condenas erróneas e injustas).

XII. Bibliografía

107

Andrés Ibañez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

Ashworth, Andrew, “Four threats to the presumption of innocence”, en: *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 10, No. 4, London, Blackstone Press Ltd, 2006.

Bovino, Alberto, *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

Bovino, Alberto, “Juicio y verdad en el procedimiento penal”, en: Baigún, David (comp.), *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Cafferata Nores, José Ignacio, *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a ed. -actualizada por Martínez, Santiago-, 2007.

Córdoba, Gabriela, “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Na-

ción”, en: Maier, Julio B. J., y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Damaska, Mirjan, “Truth in Adjudication”, en: *Hastings Law Journal*, Vol. 49, San Francisco, University of California, *Hastings College of the Law*, 1998.

Dei Vecchi, Diego, “Tres discusiones acerca de la relación entre prueba y verdad”, en: *Revista Discusiones*, Nro. 13, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2014, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/tres-discusiones-acerca-de-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>.

Díaz, E. Matías, “Por un modelo teórico-normativo del procedimiento penal basado en la protección de la inocencia”, inédito.

Díaz Cantón, Fernando, *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Duff, Anthony y otros, *The Trial on Trial (Volume 3): Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*, Oxford, Ed. Hart Publ., 2007.

Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 8a. ed., 2006 (versión en español, traducción a cargo de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero).

Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2a. ed., 2005.

García Falconí, Ramiro, *Temas Fundamentales del Derecho Procesal Penal*, Quito, Cevallos, 2011.

Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, EUDEBA, 10a. ed., 1993.

Guibourg, Ricardo, *La Construcción del Pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a. ed., 2011.

Jaén Vallejo, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Ho Hock, Lai, “Liberalism and the Criminal Trial”, en: *Sydney Law Review*, Vol. 32, Sidney, University of Sidney, 2010.

Laudan, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2011.

Laudan, Larry, *Verdad, error y proceso penal*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

Magariños, Mario, “El juicio previo de la Constitución Nacional y el juicio abreviado”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Vol. 9-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2a. ed., 1996.

Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. Actos Procesales*, Tomo III, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005.

Packer, Herbert, *The limits of the criminal sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968.

109

Pastor, Daniel, “Recurso de casación y anulación de oficio”, en: *Revista Nueva Doctrina Penal*, Tomo 1997/B, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Pastor, Daniel, *La nueva imagen de la casación penal (Evolución histórica y futuro de la dogmática de la impugnación en el derecho procesal penal)*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001.

Pastor, Daniel y Maculan, Elena, *El derecho a la verdad y su realización por medio del proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

Pérez Barberá, Gabriel, “La prueba de indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal”, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, nro. 4 y 5, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

Sancinetti, Marcelo, “Testimonio único y principio de la duda”, en: *Indret: Revis-*

ta para el Análisis del Derecho, Vol. 3, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/988.pdf>

Sanchez Yllera, Ignacio, “Razones para dudar: La presunción de inocencia como criterio de verdad”, en Martínez, Stella Maris (comp.), *Las garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2009.

Stacy, Tom, “The search for the truth in Constitutional Criminal Procedure”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 91, Nueva York, Columbia University, 1991.

Tapper, Colin, *Cross and Tapper on Evidence*, 12a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2010.

Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Taruffo, Michele, “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en: *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 52, Madrid, Jueces para la Democracia, marzo 2005, disponible en http://www.juecesdemocracia.es/revista/jpd_num_52.pdf.

110 Taruffo, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en Taruffo, Michele, Andrés Ibáñez, Perfecto y Pérez Candau, Alfonso, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Ed. Trotta, 4a ed., 2011.

Taruffo, Michelle, “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’”, en: *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, Alicante, Universidad de Alicante, 2005.

Varela, Agustín, “Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba *hearsay* en el derecho anglosajón”, inédito.

Viale De Gil, Paula, “¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal”, en: *Revista Pensar en Derecho*, Nro. 4, Año 3, Buenos Aires, Eudeba-Universidad de Buenos Aires, 2014, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>

Volokh, Alexander, “n Guilty Men”, en: *University of Pennsylvania Law Review*,

Vol. 146, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1997.

Yapur, Ariel, “¿Ejercicio de la acción penal pública por particulares? El régimen de la acción penal pública como derivación necesaria del carácter público del Derecho penal”, en Magariños, Mario y Yapur, Ariel, *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013.

