

La teoría del caso, el hecho y la verdad¹.

Por Sebastián Leonetti²

*“... La verdad como afirmación de la existencia
del hecho legitima el accionar público del juez...”³*

El presente trabajo surge como una propuesta para contestar la siguiente pregunta: ¿es necesaria la verdad de la premisa fáctica para la aplicación de una norma penal? La pregunta, demás está decirlo, no es original ni pretende ser innovadora, ya que varios autores han incursionado en este desafío de tinte filosófico⁴.

No abordaré la cuestión desde el ámbito filosófico exclusivamente. Por el contrario, mis esfuerzos estarán dirigidos a brindar una respuesta desde la perspectiva del “*derecho adversarial*” y desde los postulados que se encuentran justificándolo, es decir, desde el proceso acusatorio y desde el debido proceso legal.

Luego, y asumiendo que lograré dar una respuesta aceptable al interrogante, intentaré delimitar el alcance de la respuesta.

I - VERDAD

¹ Publicado en “*EL nuevo juicio oral acusatorio adversarial*” director Roberto A. Falcone Editado por editorial AD-HOC. Buenos Aires 2019, página 137/165

² Abogado, recibido en la UNMDP. Agradezco especialmente al Dr. Jorge Rodríguez, a Andrés Murad, a Eugenio Camadro, a la Dra. Juliana Tumini, a Pablo Perot, al Dr. Tobias Schleider y a Federico Adler quienes se han tomado el tiempo de intercambiar opiniones y aportar bibliografía. Asimismo, quiero agradecer profundamente al Dr. Roberto Atilio Falcone por haber leído y creído en el presente trabajo.

³ N. Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2° edición, Hammurabi, Buenos Aires 2015, página 19.

⁴ E. Bulygin, *Cognition and Interpretation of Law*, en L. Gianformaggio; S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli Editore, 1995; J. Ferrer, *La motivación de las sentencias*, en *Isonomía*, núm. 34, abril 2011. R. Caracciolo *El problema de los hechos en la justificación de los hechos*, en *Isonomía*, núm 38, abril 2013; entre otros.

Para iniciar el trabajo, y simplificando años de discusión filosófica relativa al concepto de verdad, transcribiré un pequeño párrafo de Susan Haack que me permite aclarar lo que entenderé aquí por “verdad”:

“... La misma simple fórmula, una proposición es verdadera sólo en caso que sea la proposición que p , y p , es suficiente para decirnos que, si una proposición es verdadera o es falsa, es una cuestión objetiva; es decir, para que una proposición sea verdadera no es necesario ni tampoco suficiente que usted o yo o alguien la crea. Esto es bastante obvio cuando hablamos de afirmaciones y teorías sobre fenómenos y eventos naturales que no son producto de nuestras construcciones...”⁵.

Esta austera caracterización puede ser criticada de diversas formas, pero de ella rescato un elemento central que me permite afirmar que existe un dominio de cosas (o casos) que no se encuentran ligados a las creencias y sobre los cuales se puede predicar verdad o falsedad. Me estoy refiriendo a hechos, y en especial a una subclase específica de esos eventos: los que interesan al sistema penal, es decir, aquellas acciones humanas que resulten típicas con relación a una norma penal⁶.

Sobre esos hechos se celebran los juicios, incluso puedo afirmar que sobre un grupo muy reducidos de ellos el aparato judicial emprende las acciones tendientes para arribar a una sentencia. Este fenómeno es conocido como la selección del sistema penal, tema sobre el cual no indagaré.

Desde este presupuesto teórico, el paso que sigue es analizar cómo ese hecho es llevado a un juez o jurado. La respuesta a esta cuestión está relacionada con dos cuestiones que abordaré con cierto detalle en los párrafos siguientes: el rol de las partes y la actuación del juez.

II – TEORÍA DEL CASO

5 S. Haack, *Toda la verdad y nada más que la verdad*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, páginas 571-587.

6 De conformidad con la mayoría de la doctrina en materia penal se puede concluir que una acción será típica si y sólo si la misma se adecua a un tipo penal anteriormente prefijado en la ley. Para poder considerar típica una cierta acción es preciso que en su descripción se den la totalidad de los elementos que configuran el tipo, en este sentido, Maximiliano Rusconi explica que “... integra la definición típica todo aquel elemento, descriptivo o normativo, que sea necesario para informar la relación de la acción con la norma que define el alcance de la prohibición...” (M. Rusconi, *Derecho Penal. Parte General*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, página 232).

Con relación a la cuestión de la actividad de las partes –acusación y defensa- dentro del proceso penal, es menester señalar que desde la perspectiva del derecho adversarial, cada parte, en aras de presentar el hecho, se hará de su propia teoría del caso.

La teoría del caso es:

“... el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirá determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acreditan en un juicio oral...”⁷.

y puede ser analizada como la herramienta estratégica que

“... permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible cuáles son los hechos importantes para llevar a juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio...”⁸.

El uso de esta herramienta trae aparejado que cada parte ofrecerá y producirá la prueba que, dentro del margen de la legalidad, mejor se adecue y haga de soporte fáctico y jurídico al hecho que se encuentra detrás de su teoría del caso, el cual por cierto puede ser verdadero o falso.

Siguiendo los postulados de Leticia Lorenzo⁹, la teoría del caso está compuesta por la teoría jurídica, la teoría fáctica y la teoría probatoria.

- La teoría jurídica se relaciona con el tipo penal que se lleva a juicio, en ella la parte deberá analizar los elementos del tipo desde el punto de vista dogmático y desde la corroboración de ellos en el hecho.
- La teoría fáctica es aquella que traduce en términos comunes los elementos de la teoría jurídica, para ello se desagrega el hecho general en proposiciones fácticas (pequeñas porciones de información relevante) con el objetivo de sostener la teoría del caso.
- La teoría probatoria es la que exige evaluar los elementos de prueba. En este punto, y siempre desde los postulados de la autora mencionada, se analiza la legalidad en la obtención de

7 L. Moreno, Holman, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, página 27 y 28.

8 L. Lorenzo, *Manual de Litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, página 136 y siguientes.

9 L. Lorenzo, *Manual de Litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012, página 138 y siguientes.

la prueba, la pertinencia (qué prueba sirve para acreditar alguna proposición fáctica), y la credibilidad de la prueba.

III – PRUEBA. PERTINENCIA, ADMISIBILIDAD. REGLA DE EXCLUSIÓN.

Resulta claro que toda teoría del caso deberá estar apoyada en la posibilidad de acreditar un hecho ante un juez (o jurado), y para ello resulta ineludible producir la prueba que le asiste a cada parte. Es por eso que se sostiene que prueba es:

“... la actividad procesal llevada adelante con el fin de obtener certeza judicial según el criterio uniformemente utilizado de “verdad real” sobre la imputación dirigida al sospechoso o de cualquier otra afirmación o negación de interés realizada por medios y procedimientos previstos por la ley aceptados socialmente, que tienden a provocar la convicción del juez, en mayor o menor grado de conocimiento, acerca de la existencia o inexistencia de un hecho pasado o de una situación de hecho afirmada por las partes, a propósito de verificar si se ha vulnerado el orden jurídico y, en su caso, imponer la sanción que corresponda...”¹⁰.

Nicolás Schiavo, conjuntamente con otros autores, ha puesto cierto resguardo acerca de la efectividad de la prueba producida en un juicio para la acreditación de un hecho. El autor mencionado cuestionó la “eficacia” de la prueba testimonial, de la pericial, y puso cierto énfasis en lo relativo a la valoración que los jueces hacen de la prueba y la ausencia de un estándar probatorio objetivo¹¹. Si bien éste es un tema que está íntimamente relacionado con la

10 R. Chaia, *La prueba en el proceso penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, página 37.

11 “... Si la actividad probatoria está encaminada a la averiguación de los hechos, las reglas de comprobación deben estar previa y objetivamente delimitadas bajo un sistema de inferencias inductivas que en su conjunto puedan expresarse en términos de probabilidad. Esta reformulación permite advertir que las “libres convicciones” no son la expresión de una plena subjetividad de quien es llamado a juzgar, sino que ésta queda limitada por un estándar previo que determina la probabilidad de “verdad” que acompaña a la hipótesis de imputación. Esta exigencia implica una previa adopción del grado de probabilidad de certeza que se requiere para aceptar como “verdad” la hipótesis, pero también exige formular criterios objetivos que permitan afirmar cuándo ese grado fue alcanzado. (...) La fijación de un SP – estándar probatorio – implica asumir que el mismo debe estar previamente satisfecho antes de que exista la posibilidad racional de efectuar una elección destinada a dar por verídico aquel hecho que lo contiene (...). Un SP objetivo implica tener por probada aquella información hipotética cuando la misma resulte “más probable que no”, es decir, cuando los elementos en que se funda sean superiores a todos aquellos en que se afianza la hipótesis negativa...” (N. Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2º edición Hammurabi, Buenos Aires, página 102).

acreditación en juicio del hecho histórico, no ahondaré en él porque asumo que cualquier conclusión a la que se llegue (la prueba es eficiente o ineficiente para acreditar los hechos pasados), al menos desde el punto de vista que pretendo sostener, no contesta la pregunta acerca de la necesidad o no de la verdad de la premisa fáctica para la aplicación de una norma penal¹². En otras palabras, lo único que interesa en este trabajo es la necesidad o no de la “verdad” del hecho que se lleva a juzgamiento, no la capacidad de prueba para acreditar ese hecho.

En concordancia con lo anterior, entiendo necesario manifestar que en el sistema procesal existen reglas para determinar qué se puede probar y, principalmente, qué medio probatorio puede ser utilizado para acreditar aquello que la parte pretende tener por cierto.

A esta altura de la evolución dogmática y práctica del proceso penal, parece estar fuera de discusión que determinados métodos probatorios están excluidos¹³. Más allá de esta verdad de pedregullo, lo cierto es que la prueba que ingresa al juicio debe ser pertinente y admisible¹⁴. Estas dos cualidades que debe poseer la prueba tienen una gran incidencia en la forma que se desenvuelven las partes por un lado, y el juez por otro.

Una prueba es pertinente si se verifica en ella una conexión entre su aporte y aquello que pretende acreditar¹⁵, por consiguiente, son impertinentes las pruebas que no hagan ese aporte, esto es, aquellas que no sirvan para el fin propuesto. La pertinencia o no de una prueba (o del medio empleado) será una cuestión que versará en la estrategia de cada parte y dependerá del uso que de ella se haga. Las partes deberán confrontar ante el Juez técnico (ésta es una de las principales funciones del juez en el juicio por jurado¹⁶) la pertinencia o no de la prueba y éste

12 Si se concluye que la prueba no sirve para acreditar ningún hecho pasado, lo que estaría en jaque sería todo el sistema de juzgamiento tal cual está planteado, y directamente la pregunta inicial carecería de sentido.

13 Verbigracia: no es válida la confesión obtenida mediante actos de tortura. El ingreso a una morada sin orden de allanamiento, por fuera de las excepciones previstas por la ley, sería otro supuesto de aplicación.

14 “... existen otras reglas que hacen al pertenencia y admisibilidad de determinadas pruebas a los fines de acreditar aspectos vinculados a la hipótesis de imputación, que tanto pueden provenir de la ley como de la propia naturaleza del medio probatorio utilizado...” (N. Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2° edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015, página 35)

15 Cf. N. Schiavo *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2° edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015, página 34/35.

16 En la provincia de Buenos Aires quedó de manifiesto en los artículos 338 y 342 bis del CPPBA

resolverá de conformidad con los argumentos ante él presentados. En este sentido, el juez técnico es quién permite o no que cierto medio probatorio ingrese al debate¹⁷.

Dicho esto, entiendo ahora necesario avocarme a la cuestión de la admisibilidad de la prueba. Una prueba es admisible si “... *intrínsecamente reúne los requisitos que lo son propios...*”¹⁸, lo que nos abre la puerta a la siguiente cuestión: *la regla de exclusión*.

No es el objetivo de este trabajo analizar las reglas procedimentales relacionadas con la prueba. Alcanza con mencionar que, si bien existe libertad probatoria¹⁹, también existen restricciones procedimentales que estipulan los modos en que la prueba debe ser producida (forma de las actas, notificaciones previas, declaración de menores de edad, autorizaciones judiciales, etc...).

El punto que me interesa resaltar, debido al impacto que tiene en la averiguación de la “verdad” es, como anticipo, la regla de exclusión²⁰. Esta regla establece que toda prueba que no fue obtenida legalmente (léase de conformidad con las normas que la regulan) debe ser expulsada del proceso. La regla de exclusión implica

*“... la **prohibición de valorar** todo elemento cargoso incorporado bajo parámetros de ilegalidad o en abierta violación a las formas que regulan la producción de las pruebas en cuestión. La prohibición se extiende para todos los sujetos afectados por la ilegalidad del acto, pues sus efectos no son divisibles. De tal manera que, si se ha resuelto prohibir la valoración de algún dato, esa situación debe quedar reflejada en el proceso mediante el auto que así lo disponga, instancia necesaria que más tarde será completada con la supresión mental de ese dato, llegando en consecuencia a un*

17 Esta tarea resulta vital para el normal desenvolvimiento de los Juicio por Jurados. Aquí el juez es quien permite el ingreso de los medios probatorias y como contrapartida es quien determinará el egreso de la prueba que o bien no se pertinente o bien no sea admisible.

18 N. Schiavo *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2° edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015, página 35.

19 La libertad probatoria puede ser caracterizada como “... *todo los hechos y circunstancias relacionadas con el objeto del proceso penal pueden ser acreditados por cualquier medio (...) la ley no establece un sistema taxativo ni contiene formulas cerradas sobre cuál es el camino adecuado para probar un hecho, por lo tanto en materia probatoria ha de interpretarse que todo lo que no resulta prohibido se encuentra permitido...*” (R. Chaia, *La prueba en el proceso penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, páginas 99/100)

20 A. D. Carrio *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 4° edición Hammurabi, Buenos Aires, 2000, páginas 229 y siguientes // R. Chaia, *La prueba en el proceso penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, páginas 120 y siguientes.

total apartamiento de la prueba y de los actos dictados bajo su influjo como material de análisis a la hora de decidir... ”²¹.

En resumidas cuentas, por más pertinente, relevante o determinante que resulte en relación al hecho que se pretende acreditar, si la prueba fue obtenida de manera ilegal debe ser expulsada del proceso. Según la regla de exclusión, no es posible aprovechar las pruebas obtenidas ilegalmente, aun cuando presten utilidad máxima para la averiguación de la “verdad”, pues ello compromete la buena administración de justicia²². Por tanto, y más allá de las dificultades propias que puedan o no poseer los medios de prueba, el sistema procesal establece otras limitaciones relacionadas con el cómo se debe acceder a la “verdad”. En este sentido, el fin no justifica los medios.

El Estado, mediante el Ministerio Público Fiscal, debe procurar ejercer la acción penal dentro de un margen de legalidad, y justamente esa legalidad es lo que permite dirimir la tensión entre la efectividad en la persecución y las garantías de los individuos propias del estado de derecho²³.

Recapitulando lo dicho hasta aquí, mediante la producción de prueba las partes deben ingresar al juicio información de calidad (incluyéndose en este punto la calidad institucional de la prueba), y para ello el derecho adversarial desarrolla una serie de recomendaciones (destinadas a las partes) para maximar o minimizar el impacto que las pruebas tendrán en la/s persona/s que deba/n emitir veredicto. La prueba por sí sola no sirve para acreditar nada, ya que para lograr el efecto deseado debe estar acompañada de un “apoyo” estratégico y argumentativo²⁴ que verse sobre cuestiones de legalidad y pertinencia²⁵.

21 R. Chaia, *La prueba en el proceso penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 2010, página 121/122.

22 Fallos 46-36 CSJN Charles Hermanos, entre otros. Sobre este punto los libros de Carrio y Chaia resultan por demás esclarecedores.

23 Roberto Falcone y Marcelo Madina nos advierten que “... hay que encontrar el punto de equilibrio para evitar que la utilización y progreso indiscriminado del instituto de la nulidad por un respeto ciego a las formas, conduzca lisa y llanamente, a la negación de los derechos que pretenden proteger...” (R. A. Falcone y M.A. Madina, *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, página 336).

24 “... Nunca debemos olvidar que al llevar nuestro caso al tribunal lo hacemos para obtener una sentencia favorable a nuestros intereses, por lo que evidentemente la forma en que ese caso y particularmente la evidencia que lo sostiene son presentadas o rendidas al tribunal, tendrán una gran influencia en el resultado del mismo. (...) Lo que se espera de un buen litigante es que (...) haga la presentación de su relato y la evidencia que lo sostiene de la manera más eficiente para asegurar un fallo favorable a sus intereses de parte...” (L. Moreno, Holman, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, páginas 127 y 128).

25 Coloqué en ese orden las cuestiones porque considero que antes de la presentación de la prueba ante el juez (o jurado) la misma debe haber superado el tamiz de la legalidad, una vez superado ese filtro la prueba

Las partes tratarán de hacer hablar a la prueba en determinado sentido, de convencer al decisor de que la prueba demuestra aquello que pretende ser demostrado, y si no es así, al menos intentarán mostrar cierta probabilidad, que sumada a otros indicios en el mismo sentido, logren el convencimiento necesario²⁶.

Aquí no acaba la cuestión. De hecho, una de las características más relevantes del derecho adversarial en relación a la producción de las pruebas es la interacción de las partes, que implica, entre otras cosas, que la prueba aportada por cada parte será (re) examinada por la contraparte (el examen y contra examen de los testigos es el caso más típico), por lo que la parte oferente debe medir con prudencia si incorpora o no la prueba. Todo esto hace al mayor control de partes, eje central del derecho adversarial²⁷.

IV – SISTEMA ACUSATORIO. EL JUICIO

La producción de la prueba dentro del marco estratégico está encaminada a “convencer” al juez (o al jurado popular según el caso) de que cierto hecho pasado ocurrió de una manera específica, de la manera “*afirmada por las partes*”. Para que esto sea posible resulta necesario situarnos dentro del proceso **acusatorio**, el que ha sido definido por Ferrajoli como:

“... el sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción...”

El proceso acusatorio es la contracara del proceso inquisitivo, que es aquel:

podrá ser más o menos pertinente, lo que sí dependerá del modo en que la misma sea presentada o utilizada.

26 “... El tribunal debe ser persuadido de que los hechos ocurrieron de una manera y no de otra; la versión del litigante debe guardar correspondencia con la prueba producida. Para ello siempre debe tenerse una explicación también verosímil respecto de la evidencia que presenta la contraparte...” (R. A. Falcone, *Lineamientos de un proceso penal adversarial en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, página 142).

27 Siguiendo los postulados de Baytelman Aronowsky y Duce Jaime se podría afirmar que el principal objetivo del examen de los testigos es extraer de ellos información para construir una versión de los hechos. El examen directo constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal. Asimismo, se sostiene que cada pedazo de información que ingresa al debate debe ser sometido al test de credibilidad lo más riguroso posible y quien está en mejor posición para realizar esta labor es la contraparte. (cf. Andrés Baytelman Aronowsky – Mauricio Duce Jaime, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, 2004, Universidad Diego Portales).

“... sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa...”²⁸.

Asumir el segundo modelo descarta la frase *“el hecho afirmado por las partes”*. En este sistema, es el propio juez quien orienta la investigación en búsqueda de un hecho que pretende afirmar, por lo que la frase debería reconducirse al hecho afirmado por el Juez²⁹.

El hecho afirmado por las partes admite al menos dos alternativas de lo que sucede dentro del fenómeno procesal llamado juicio desde la óptica adversarial³⁰. Por una parte, se podría verificar el caso de que las partes en su teoría del caso deliberadamente prescindan del hecho histórico presentando un hecho diferente del que efectivamente aconteció, *“obligando”* al juez (o jurado) a expedirse sobre una ficción. Los jueces no pueden evadir su obligación de dictar sentencia, en otras palabras, por más descabellada que sea la cuestión que se les presente ellos deben dictar un sentencia³¹.

Esta presentación ficcionada del hecho puede ser *“consensuada”*, producto de una negociación entre partes relacionada con la calificación legal del hecho, la pena a imponer, la modalidad de

28 L. Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo *penal*, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1998, página 564.

29 Las pretensiones probatorias del juez pueden distar de lo que verdaderamente aconteció en la misma medida y entidad que en el caso del sistema acusatorio, con el agravante de que no hay un control real de la defensa, quien se verá obligada a defenderse ante una persona que ya tomó una decisión y enderezó la investigación en aras de esa decisión. Roberto Falcone en aras de mostrar las virtudes del sistema acusatorio adversarial nos enseña que *“... la verdad a la que se arriba al final de recorrido, habrá sido construida por las partes y no será menos verdad que aquella fundada en la intervención del juez y en una superioridad que no tiene...”* (R. A. Falcone, *Lineamientos de un proceso penal adversarial en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc Buenos Aires, 2016, página 136).

30 N. Schiavo, sostiene con cierto halo de crítica que *“... cada día parecieran ser más quienes – desde ciertas posiciones filosóficas pos modernas- sugieren que la “verdad” no está en el centro del proceso, propiciando su reemplazo por una orientación destinada a la “resolución de las controversias...”* (N. Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2ª edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015, página 19).

31 *“... Ante la dificultad de comprobar unos hechos, un historiador, como un científico, puede decir «no sé»; no dar una respuesta judicial constituye por el contrario una denegación de justicia (BATTIFOL, 1981: 304). El juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial (...) si en la historia —o en la ciencia— la cuestión sobre la verdad de un enunciado es una cuestión siempre abierta, en el ámbito judicial la cuestión debe ser cerrada autorizadamente. Y de ahí deriva una exigencia para el procedimiento de fijación de los hechos que han originado el conflicto: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir expedientes procesales que permitan fijar la verdad cuando no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última...”* (M. Gascón Abellan, *Los hechos en el derecho* Marcial Pons, Madrid, 2010, página 108).

ejecución de la misma, etc.; o bien sin acuerdo previo (en este último caso, cada parte presentará un hecho y actuará probatoriamente en consecuencia a éste). Lo importante de destacar es que en ambos supuestos el juez está desde el comienzo del juicio apartado de lo que aconteció. Llamaré a esta posibilidad como la versión de la “ficción”.

Como alternativa de lo anterior, las partes pueden, en especial el acusador, presentar ante el juez (o jurado) una versión del hecho que tenga cierto correlato con el hecho que efectivamente aconteció. Aquí las partes tratan de producir la prueba tendiente a acreditar lo que efectivamente pasó³² -si bien cada parte lo hará con los matices estratégicos propios de su función, la defensa quizás niegue el hecho incriminatorio, o aproxime una versión distinta de lo acontecido-.

En este supuesto la resolución (con cierto grado de yerro seguramente) se expedirá sobre un hecho que aconteció y que además sucedió de determinada manera. La resolución del juez (o jurado) en este caso estará apoyada sobre lo que se probó en el juicio en relación a un hecho que aconteció. Llamaré a esta posibilidad como la versión de lo “auténtico”.

V – LA JUSTIFICACIÓN, EL HECHO Y LA DUDA

En ambos supuestos -ficción y auténtico- el juez al dictar sentencia deberá justificar o motivar su decisión³³. Sobre la exigencia de la justificación de las resoluciones se ha sostenido que:

“... No existe legislación moderna que deje de explicitar el principio que obliga a fundar las sentencias judiciales. Este deber no es otro que el de justificar lo resuelto. Esto es, construir un razonamiento que, partiendo de al menos una norma general, deriva válidamente, desde el punto de vista de la lógica, en una conclusión que contenga la decisión que resuelve el caso. Según Bulygin, entre la norma general fundamento de la decisión y la propia decisión no hay relación causal sino, justamente, una lógica: la decisión se deduce lógicamente de una norma general (o

32 En palabras de Nozick la actividad de las partes estaría encaminada en “... seguir el rastro de la verdad...”. (R. Nozick, *Philosophical Explanations*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1981, capítulos 3 y 4).

33 La Sala V del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires se pronunció sobre este punto de la siguiente manera “... La motivación es el elemento eminentemente intelectual de la sentencia, de contenido crítico, valorativo y lógico. Comprende el conjunto de razonamientos, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico, en los cuales el Tribunal apoya las conclusiones de su decisión...” (Causa nº 65556 caratulada “Olivera Jesús María s/ Recurso de Casación”, su agregada nº 65923 caratulada “Heit Alicia Estefanía s/ Recurso de Casación” de fecha 30 de diciembre de 2014).

de varias), sumadas a las **proposiciones fácticas** y aun analíticas que correspondan. (...). El principio de fundamentación de las decisiones judiciales no sólo exige que ellas sean justificadas, sino también que esa justificación se apoye, como se insinuó más arriba, en las **circunstancias del caso** como premisas empíricas y en normas generales como premisas normativas...³⁴ (el resaltado me pertenece).

La justificación cumple dos funciones básicas: por un lado busca evitar la arbitrariedad, y por otro permitir el control de los órganos judiciales de mayor rango (Cámaras de revisión).

Puede decirse que en realidad la decisión precede a la fundamentación. El juez una vez convencido de la culpabilidad o inocencia del imputado buscará dentro de las razones invocadas por las partes aquellas que apoyen su decisión y no al revés. El juez presentará la sentencia como lógica y coherente en relación a la decisión que tomó, todo ello sin apartarse ni un ápice de lo que presencié en el juicio.

La cuestión adquiere ribetes más complicados en lo que respecta al veredicto dictado en los juicios por jurados, en donde la decisión no debe ser justificada ya que basta con la expresión de culpable o inocente (*guilty or not guilty*) tomada por unanimidad. Este permiso ha sido puesto en crisis, pero también ha sido debidamente defendido³⁵.

Aquí, me apoyaré en parte en una ponencia de Fernando Diaz Canton³⁶ que relaciona dos autores: Gustavo A. Herbel y Andrés Harfuch³⁷, para luego abordar el tema desde la concepción defendida por este último.

Diaz Canton dice que Harfuch concluye:

34 R. S Favarotto y A. L. Simaz, *El juicio penal bonaerense*, Ediar 2013. Buenos Aires, páginas 248/249.

35 En ese sentido, se ha considerado que: "... el problema que tenemos con el juicio por jurados es que el jurado no da fundamentos de sus decisiones, siendo éstas soberanas y de acuerdo al sistema de íntimas convicciones de cada uno de los miembros del jurado. Hoy es un grave problema porque el acusado que es condenado en base a un veredicto no motivado ni fundado por el jurado tiene el derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior, de acuerdo al Art. 8vo del Pacto de San José de Costa Rica. ¿Y cómo va a impugnar un veredicto que no tiene fundamentos? Por lo tanto, a eso ya lo entiendo prácticamente un problema insoluble, no lo era décadas atrás, hoy es una dificultad insalvable para admitir la validez constitucional..." (Sobre el juicio por jurado. Entrevista a Néstor Pedro Sagüés, <http://grupojuvenfl.wordpress.com/2014/06/09/sobre-el-juicio-por-jurado-entrevista-a-nestor-pedro-sagues>). Extracto de un trabajo publicado en www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/02/doctrina42882.pdf.

36 <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%209/la-motivacion-de-la-sentencia-condenatoria-y-del-veredicto-del-jurado-y-sus-posibilidades--de-revision.html>.

37 Harfuch fue docente del postgrado de Derecho Adversarial, su magnífica clase me forzó a rever algunas ideas que yo había aceptado como inalterables. Agradezco profundamente haberme cruzado con su saber.

*“... Ningún sistema acusatorio es posible sino se comprende que la llave de la fundamentación reside en el acusador. La clave pasa por dimensionar el rol de la acusación en la fundamentación de las decisiones judiciales (...) La tesis demuestra el estilo de fundamentación que empleó siempre el método acusatorio para buscar la verdad: lejos de reducirlo a una justificación escrita que deba realizar posteriormente el juez, **la exigencia de fundamentación racional de la verdad de los hechos recae sobre la acusación.** (...) Debe hacerlo confrontando a la defensa, ante un juez director del debate sin compromiso con la decisión y frente a un jurado de doce pares del acusado que se expresa por unanimidad. **Para triunfar, el acusador debe establecer la verdad de los hechos más allá de toda duda razonable.** (...) Este ejercicio conclusivo y razonado **lo realiza el fiscal en el alegato de clausura ante el jurado, íntegramente registrado en audio, video o taquigrafía como eventual aporte para el posterior litigio de revisión”.***

Esta posición parecería asumir que la justificación de la decisión estaría satisfecha por la actuación del acusador y su contraparte; pero va más allá, Andrés Harfuch la explica con notable claridad:

“... Las instrucciones son el momento en el que el Estado, a través del juez profesional que dirige el debate, reasume el rol central del juicio público que hasta ese momento estuvo en manos íntegras de las partes. Son el canal directo de comunicación entre el juez y el jurado en el instante previo a la deliberación (...) las instrucciones son debatidas previamente entre las partes en el despacho del juez, pero él decide allí el contenido final que ellas tendrán. Las partes deberán, en ese momento, efectuar las protestas y objeciones que correspondan para posteriormente recurrir (...) Las instrucciones son confeccionadas por escrito y transcritas en la sentencia definitiva, de modo de permitir el más amplio control (...) Las instrucciones del juez son la motivación del veredicto del jurado...”³⁸.

Si se acepta esta posición, la exigencia de la justificación estaría satisfecha con el esfuerzo argumentativo hecho por las partes, y por la actividad del juez profesional al momento de dar las instrucciones al jurado popular. Sería como una suerte de argumentación refleja en la que el jurado luego de deliberar adopta como propia la argumentación de parte y en base a ella, y de

38 A. Harfuch, El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: Ley provincial 14.543 comentada y anotada: El modelo de jurado clásico, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, páginas 52/54.

conformidad con las reglas impartidas mediante las instrucciones, dicta un veredicto. Esta conclusión, a fin de cuentas, suma a la respuesta que pretendo defender.

Otro axioma del sistema acusatorio es el que exige que el juez (o el jurado) se expida **exclusivamente** sobre los hechos que le fueron presentados, impidiéndole ir más allá de ese hecho, e incluso indagar en ese hecho más allá de la incursión que realizaron las partes³⁹. En palabras más sencillas, el juez (o jurado) no puede suplir las deficiencias de las partes, en especial de aquella parte sobre la cual el Estado depositó la obligación de acreditar el hecho, es decir, el Ministerio Público Fiscal. Esta limitación está orientada a jerarquizar el derecho de defensa en juicio y está íntimamente relacionada con el beneficio de la duda que le asiste a todo inculpado sometido a proceso -no interesa qué tipo de solución al conflicto penal se esté haciendo referencia (abreviado por caso), ya que el beneficio de la duda se irradia a todo el proceso penal-⁴⁰. Si la parte acusatoria no vence el beneficio de la duda, y estando el juez (o jurado) impedido de indagar más allá de lo que las partes pretenden demostrar, el juez (o jurado) deberá resolver de conformidad con ese principio, es decir, no dar crédito a la imputación.

“... El razonamiento es básicamente el siguiente. Las generalizaciones que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial (por lo común máximas de experiencia) son leyes causales del tipo «si sucede A normalmente sucede B». Ese «normalmente» es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente. Pero estas generalizaciones no son exactas: habitualmente se cumplen, pero son refutadas cuando no se dan en el caso particular las circunstancias que presupone su aplicación correcta. (...) no basta con que las pruebas disponibles proporcionen un alto grado de apoyo a la hipótesis;

39 La Sala V del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en la causa 65.556 (remitiendo a causas anteriores 54.789, 56.294 entre otros) ha explicado que “... la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de las cuales él ha tenido oportunidad de ser oído; ello implica vedar que el fallo se extienda a hechos o circunstancias no contenidos en el proceso...” (TCPBA, Sala V, “Olivera, Jesús María s/ Recurso de Casación”, sentencia del 30/12/2014).

40 La regla del in dubio pro reo está consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos sobre Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -ambos con jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 75.22 de la Constitución Nacional-, e impone concluir que “... el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya construida de antemano por la presunción que lo ampara, sino que, antes bien, quien lo condena debe destruir completamente esa posición, arribando a la certeza sobre la comisión del hecho punible...” (J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2ª edición, 2002, CSJN, Fallos, t. 275, p. 9; t. 292, p. 561; t. 295, p. 782; A. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª edición, 2000, página 437 y ss.).

es necesario, además, que permitan excluir hipótesis alternativas. Muy simplemente, cada razón para dudar de la aplicabilidad de la regla general al caso concreto tiene que ser excluida...⁴¹.

En el modelo de la ficción -incluso en el caso de no dar crédito a la versión presentada por las partes, es decir descartando de plano los hechos-, la resolución del juez (o jurado) nunca podría expedirse sobre el hecho real, limitándose en todo caso a mencionar que el hecho como fuera presentado no existió⁴².

También puede verificarse el caso en que el juez (o jurado) tenga acreditado el hecho presentado por las partes y dicte una resolución en consecuencia. Aquí, según mi parecer, la sentencia si bien carece de apoyo fáctico, no podría ser tildada como arbitraria⁴³. Sobre este punto Alchourrón y Bulygin explican que de conformidad con el principio de justificación

“... las resoluciones de los jueces deben ser fundadas. La resolución de los casos sometidos a su juzgamiento no debe ser realizada por el juez en forma arbitraria, sin exponer las razones que justifican la resolución adoptada. De tal modo se busca eliminar una posible fuente de injusticias en la que podrían incurrir los fallos judiciales si estuviese permitido a los jueces inclinarse por una u otra solución sin una razón

41 M. Gascón Abellan, “Los hechos en el derecho” Marcial Pons, Madrid, 2010, página 156.

42 Esta limitación posee consecuencias relacionadas con otro principio que irradia todo el sistema penal. El principio al que estoy referencia es el *ne bis in idem* que fue caracterizado maravillosamente Alberto M. Binder, “... El principio correcto indica que el estado puede reaccionar mediante una sanción solamente una vez por el mismo hecho...” (A. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, página 174).

43 La Sala II de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mar Plata ha sostenido que los jueces deben “... desplegar en sus resoluciones una fundamentación suficiente, que contenga las razones expuestas en forma clara y coherente, que concurran en un razonamiento inteligible y que dé soporte a la aceptabilidad de la decisión...” y que la “... motivación hace a la legitimidad y validez intrínseca del acto jurisdiccional como tal y conlleva la necesaria exteriorización -ordenada y coherente en términos lógicos- de los argumentos que permitan persuadir a las partes y a la ciudadanía toda de la corrección y justicia de la decisión adoptada. Importa destacar que la Corte creada por el Pacto de San José de Costa Rica ha señalado que la motivación de la sentencia es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. **La motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas** y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores...” (causas 158.808 – 158.809 “IEZZI, JORGE ANGEL Y OT. C/ AUTO CLUB BALCARCE Y OT. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” e “IBARRA, PABLO ARIEL Y OT C/ AUTO CLUB BALCARCE Y OT S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, sentencia del 14/03/2016). (el resaltado me pertenece)

suficiente. Esta obligación también es generalmente consagrada en las leyes procesales, al menos respecto de los jueces de primera instancia...⁴⁴.

Es decir, por más ficcionado que esté el hecho, si las partes mediante la teoría del caso y la prueba llevada al juicio lograron persuadir al juez (o jurado) de que el hecho existió⁴⁵, y sobre esa creencia el juez (o jurado) construye un razonamiento válido (*razón suficiente*) apoyado en las premisas fácticas ante él presentadas⁴⁶, la resolución no será arbitraria, por el contrario estará justificada, ya que la validez de un razonamiento no depende de la verdad de las premisas. En este sentido los Dres. Rodríguez y Navarro expresan que:

"... La validez lógica, aunque conectada con la verdad, no depende realmente ni de la verdad de las premisas, ni de la verdad de la conclusión. La conexión entre validez y verdad no es tan directa, decir que un argumento es válido es decir que, siendo las premisas verdaderas, la conclusión no podría ser falsa. Por lo tanto, como la relación entre validez y verdad es meramente condicional, un argumento válido podría tener premisas verdaderas y una conclusión verdadera, premisas falsas y una conclusión falsa, o premisas falsas y una conclusión verdadera. La única combinación que la validez excluye es el caso en el cual el argumento tiene premisas verdaderas y una conclusión falsa. Cuando un argumento no solamente es válido, sino que sus premisas (y, por lo tanto, su conclusión) son de hecho verdaderas, decimos que es un argumento sólido...⁴⁷ (La traducción me pertenece).

44 J. L. Rodríguez, *Lógica de los Sistemas Jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, página 262.

45 "... la línea que separa la libre convicción de la arbitrariedad es sumamente delgada, de ahí que muchas veces se confunda la posibilidad de decidir conforme a criterios de libre convicción con decidir antojadizamente en relación al plexo probatorio rendido ... la apreciación de las pruebas bajo parámetros de libertad de conciencia no implica que el magistrado pueda expedirse prescindiendo de las constancias comprobadas en la causa de manera arbitraria o puramente subjetiva, tal como lo ha dejado claramente expresado la Corte Suprema en "Varando" (CSJN, 2/12/04; Fallos, 327:5456)" y "De los Santos" (CSJN, 16/5/08, DJ, 2008-II-69...)" (R. Chaia, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, página 155).

46 Para el caso de jurados, y de acuerdo a la posición asumida por Harfuch, la convicción estaría dada por una remisión aceptada **por unanimidad** de la argumentación del acusador.

47 "Logical validity, though connected with truth, does not really depend upon either the premises or the conclusion to be true. The connection between validity and truth is not so straightforward; to say that an argument is valid is to say that, were the premises true, the conclusion could not be false. Therefore, as the link between validity and truth is merely conditional, a valid argument may have true premises and a true conclusion, false premises and a false conclusion, or false premises and a true conclusion. The only combination validity excludes is the case in which an argument has true premises and a false conclusion.

En el modelo de lo auténtico, el juez (o jurado) estará apoyado en las pruebas de un hecho que aconteció en el pasado, siendo absolutamente indiferente qué tipo de resolución dicte, es decir, condenatoria o absolutoria. Aquí el hecho sobre el que se pronuncie será un hecho que efectivamente aconteció en el pasado, por consiguiente, el razonamiento podrá ser tildado de sólido.

VI- POSIBLE RESPUESTA

Retomando la pregunta que motivó estas líneas, (¿es necesaria la verdad de la premisa fáctica para la aplicación de una norma penal?) y de conformidad con lo hasta aquí expuesto, entiendo que desde el proceso adversarial se puede ofrecer una respuesta plausible.

La teoría del caso -la cual posee un claro corte pragmático y procedimental- quizás sin intentarlo, parece adoptar una versión relativizada del peso de la premisa fáctica como soporte para la aplicación de una norma penal. El traspaso del hecho a secas al hecho *afirmado por las partes*, conlleva una asunción de verdad contingente a lo acreditado en el juicio en relación al hecho juzgado, y parece acercarse bastante a lo Kelsen sostuvo en cuanto a que:

“... En el mundo del derecho, no hay hechos ‘en sí mismos, o absolutos; sólo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente, dentro de un procedimiento previsto por la ley (...) La formulación correcta de la regla de derecho no es ‘si un sujeto ha cometido un delito, un órgano del Estado deberá aplicar la sanción al delincuente’ sino esta otra ‘Si un órgano competente ha establecido en debida forma que un sujeto ha cometido un delito, entonces determinado órgano deberá aplicarle una sanción...’”⁴⁸.

Como fue mencionado, el principio acusatorio (en general) y el derecho adversarial (en particular) requieren que el juez (o jurado) esté alejado del hecho⁴⁹ y que acceda al mismo mediante la

When an argument is not only valid but its premises (and, thus, its conclusion) are in fact true, we say that it is a sound argument...” (P.E. Navarro y J.L. Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Sistem*, New York Cambridge University Press, 2014, páginas 3-8).

48 H. Kelsen, *General Theory of law and State*, Cambridge. Harvard University Press, citado por la versión en español de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del estado*, UNAM, México D.F, 1989, página 161.

49 “... La imparcialidad no se logra (...) rodeando al juez de ciertas garantías que impidan abstractamente, interferencias de los poderes políticos, incluso del propio poder judicial a la hora de decidir, sino (...) excluyendo del caso al juez que no garantiza suficientemente la objetividad de su criterio frente a él. Por lo

presentación que del hecho haga intencionadamente cada parte⁵⁰. Es decir, el juez (o jurado) accede al hecho exclusivamente a través de la actividad probatoria y argumentativa de las partes, por tanto, la “verdad” de ese hecho está ligada a la actuación de las partes. Ferrajoli nos enseña que:

“... La “verdad” de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la ‘verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos...”⁵¹.

En esta forma de acceder al hecho está, al menos desde mi óptica, la respuesta.

Recordemos que el juez (o jurado) emite su decisión en base a la información recibida, no puede - ni tampoco debe- ir a buscar la “verdad” de aquello que las partes le presentan ante sus ojos. De esta forma, su campo de conocimiento está constreñido a lo que sucede dentro del proceso adversarial, y no resulta extraño que de ahí extraiga una “verdad” apoyada en una argumentación y en varias pruebas (esto puede suceder tanto en el modelo de la ficción como en el modelo de lo auténtico). Si esto es así, parecería acertado sostener que ni la premisa jurídica ni la fáctica expresada en la resolución –o en las instrucciones al jurado- deben colegirse **necesariamente** con el hecho que efectivamente aconteció (cierto es que sería deseable que así suceda, es decir que cada imputación y su posterior resolución estén apoyadas en un hecho del pasado que efectivamente sucedió).

Desde la perspectiva adversarial podría sostenerse que la verdad de la premisa fáctica no sería una condición necesaria para la aplicación de una norma penal; para esto último, alcanzaría con haber

tanto, tampoco se trata aquí de criterios generales que regulan la función de juzgar o su relación con los poderes del Estado, sino por el contrario, de la relación específica de la persona física encargada de juzgar con el caso concreto sometida a juicio...” (J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2º edición, 2002, página 752).

50 *“... las facultades que son otorgadas a uno -el acusador- y otro -imputado- son paralelas o, si se quiere, las otorgadas a uno resultan ser reflejos de las concedidas al otro (...) ambos pueden probar los extremos que invocan y controlar la prueba del contrario; ambos valoran la prueba recibida para indicar al tribunal el sentido en el que debe ejercer su poder de decisión...”* (J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2º edición, 2002, página 579).

51 L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3º edición, Trotta, Madrid, 1998, página 50.

presentado, acreditado y justificado argumentativamente un hecho típico ante el juez (o jurado). La verdad de la premisa fáctica pasaría a ser una contingencia (deseable) que puede o no darse en cada caso llevado a juicio. En reemplazo de la “verdad” de la premisa fáctica, parecería que al derecho adversarial –y al sistema acusatorio también- le alcanza con una verdad que surja de la interacción de las partes⁵², y en ese sentido y con ese alcance el derecho adversarial contesta la pregunta inicial en sentido negativo.

A modo de conclusión, según la versión del derecho adversarial, y de conformidad con el principio acusatorio, será suficiente -además de necesario- que la resolución dictada esté justificada en la argumentación de las partes producida durante el juicio, y sea producto exclusivo de esa disputa argumental, y esto sería así con independencia de la “verdad” del hecho sometido a proceso⁵³.

VII- LIMITACIONES A LA RESPUESTA. EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN Y EL BENEFICIO DE LA DUDA.

En vista de la respuesta intentada, considero necesario hacer una serie de aclaraciones adicionales relacionadas con la forma en que surgiría esta “verdad argumentativa”, y con el principio de la duda en favor del imputado en la conformación de esa “verdad”.

Una de las cuestiones centrales del proceso acusatorio es la igualdad de armas entre acusación y defensa, por eso se dice que el *juicio es una contienda entre iguales*⁵⁴. Como consecuencia de esta paridad, las partes deben esforzarse para acreditar aquello que propugnan. Este esfuerzo al ser

52 “... Consciente el legislador de que la verdad como correspondencia constituye una aspiración difícilmente alcanzable, ya que al decir de Ferrajoli, la verdad siempre es aproximativa, la ha cercenado al tribunal (...) poderes autónomos de investigación, que lo hacían descender de su sitio como tercero imparcial; ahora se trata de garantizar que la verdad sea el resultado de la controversia entre las partes, y no el producto de una confianza ilimitada en las bondades del poder, nota saliente del sistema inquisitivo...” (R. A. Falcone y M.A. Madina, *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, página 389).

53 “... la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis...” (M. Gascón Abellan, “Los hechos en el derecho” Marcial Pons 3° Edición, Madrid, 2010, página 155). “... Para que la hipótesis acusatoria pueda ser considerada, no es suficiente que la acusación haya ofrecido pruebas: es necesario además, que tales pruebas haya sido (inútilmente) criticadas por la defensa, es decir, que la defensa haya intentado (en vano) refutar la hipótesis acusatoria y que ésta haya resistido a todos los intentos de refutación (principio del contradictorio)...” (R. Guastini, *Los fundamentos teóricos y filosóficos del Garantismo*, en “Para leer a Luigi Ferrajoli”, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017, página 61).

54 “... La contradicción es un requisito necesario, más no suficiente, del proceso penal según el paradigma constitucional. Si (y solo si) además de la bilateralidad, el procedimiento asegura la efectiva paridad de oportunidades de los sujetos procesales, se podrá validar el pleito por su compatibilidad con el modelo acusatorio...” (R. S Favarotto y A. L. Simaz, *El juicio penal bonaerense*, Ediar 2013. Buenos Aires, página 54).

puesto en contradicción por la contraparte (mediante la confrontación de pruebas y argumentaciones) maximiza y amplía el panorama de quien tiene que resolver.

Cómo se mencionó, todo lo que sucede en el juicio adversarial es producto exclusivo de la interacción de las partes, estando el juez (o jurado) impedido de ir en búsqueda de elementos o datos externos, incluyéndose en este punto la imposibilidad de merituar aquella prueba que, si bien resultaba pertinente para acreditar el hecho, debió ser excluida por haber sido obtenida de manera ilegal⁵⁵.

El juez (o jurado) está obligado a decidir con la información que le brindaron las partes, y en base a esa información debe dictar una resolución que a la vez esté justificada. Es probable que de esa información se obtenga una verdad argumentativa o una verdad procesal⁵⁶, también es igualmente probable que esa verdad obtenida, o bien se condiga con la “verdad” de lo que aconteció o bien no lo haga. Marina Gascón Abellán lo ha explicado de la siguiente manera:

“... nótese que el concepto de verdad (o verdad objetiva) traduce, en relación con el de prueba (o verdad procesal), un ideal, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de poner de relieve las inevitables limitaciones que el conocimiento de hechos en general y su institucionalización jurídica en particular padecen a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la prueba (o verdad procesal) resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de menor o mayor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las limitaciones o las trabas procesales. En otras palabras, podrá decirse que la decisión del tribunal «es final, en el sentido de que pone fin a la controversia y a la posibilidad de discutir la verdad del enunciado dentro del proceso. (¡Pero poner punto final a la discusión de la verdad no hace verdadero el enunciado!)...”⁵⁷.

Cuando hablé del tema de la justificación de los jurados expresé que había una *exigencia de fundamentación racional de la verdad* y que esa exigencia pesaba sobre la acusación. Esta

55 Por caso podría pensarse el hallazgo de un arma o de material estupefaciente o restos de prendas, etc., dentro de una propiedad a la cual se ingresó sin orden judicial habilitante.

56 “... cuando utilizamos la expresión “verdad” (...) estamos haciendo referencia a un concepto mucho más reducido, que debe ser traducido como “verdad procesal” (...) Es decir se conoce esa verdad a través del proceso, sólo por lo que ha sido producido en el mismo, bajo las formas legales establecidas...” (N. Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2ª edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015, página 20).

57 M. Gascón Abellán, “*Los hechos en el derecho*” Marcial Pons, Madrid, 2010, página 40 y 41.

afirmación, leída en clave del sistema acusatorio, dice mucho más de lo que surge de su simple lectura. La acreditación del hecho o de la verdad del hecho *afirmado por las partes* (con el alcance detallado anteriormente) está a cargo de quien acusa, esto dicho así, y admitiendo como posible el modelo de la *ficción*, implicaría aceptar la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal⁵⁸ (el acusador particular también) lleve adelante acusaciones sin tener apoyo fáctico o razón para hacerlo.

Con el fin de controlar esta facultad, los ordenamientos procesales obligan a la acusación a transitar por diferentes estadios previos al juicio. Algunos sistemas (como el de la Provincia de Buenos Aires⁵⁹) obligan al acusador a presentar su caso ante un Juez de Garantías, mientras que en otros sistemas la etapa previa a la acusación pasa por el Gran Jurado⁶⁰. Más allá de cual sea el que se considere como mejor sistema, lo cierto es que la presentación previa del caso ante un órgano que otorgará o no el permiso para proseguir con la acusación, constituye un control adicional en relación a la versión del caso y su correlación con lo que efectivamente aconteció, limitando el acceso a hechos totalmente ficcionados. Por supuesto, el control puede fallar.

Otro elemento de control es el beneficio de la duda en favor del imputado. Anteriormente, dediqué varios párrafos a explicar qué es y cómo funciona este principio. Sostuve que en caso de duda acerca de la hipótesis acusatoria se “debe” absolver al imputado ya que

58 Por supuesto que esto es una exageración destinada a demostrar un punto que entiendo relevante en la argumentación. Los representantes del Ministerio Público son órganos del Estado de Derecho y sobre ello pesa toda la responsabilidad funcional que la ley les asigna. Demás está decir que los Agentes Fiscales tienen un deber de objetividad (56 CPPBA).

59 Artículo 334 y 337 CPPBA.

60 “... *Un gran jurado es un grupo de personas que determinan si existen pruebas suficientes para acusar a un sospechoso. La Corte Suprema no ha dictaminado que este requisito se aplique en los estados. Por lo tanto, sólo cerca de la mitad de éstos utiliza el sistema del gran jurado. Sin embargo, el gran jurado es un requisito en los casos de delitos graves federales. Durante un procedimiento del gran jurado, el fiscal presenta pruebas contra el sospechoso. Luego, el gran jurado decide formular la acusación o "denegarla". En el primer caso, el sospechoso será acusado formalmente del delito. En el segundo caso, el sospecho no será acusado. Aunque el requisito del gran jurado protege a un sospechoso de ser detenido sin pruebas suficientes, los procedimientos son convenientes para un fiscal por tres razones: Primero, los procedimientos son secretos. Sólo el fiscal y el jurado están presentes. Al abogado defensor no se le permite participar, a menos que el fiscal decida lo contrario, lo cual es poco común. Segundo, la regla de exclusión no se aplica a los procedimientos del gran jurado. Por lo tanto, es posible presentar pruebas obtenidas ilegalmente ante el jurado, aunque en el juicio sean rechazadas. Tercero, el fiscal puede elegir qué pruebas presentar ante el jurado. Por lo tanto, si las pruebas tienden a demostrar que posiblemente el sospechoso no cometió el delito, el fiscal puede negarse a presentar dichas pruebas. Para acusar formalmente a un sospechoso, el gran jurado debe basarse en una causa probable, es decir, debe creer razonablemente que se ha cometido un delito y que el sospechoso lo cometió...*” (www.law.cornell.edu/wex/es/la_quinta_enmienda).

"... La integración del principio de duda en el marco de una disciplina constitucional del proceso articulada en torno al de presunción de inocencia... comporta una significativa transformación del primero, que pasa a ser implicación esencial del segundo, (...) la presunción de inocencia del imputado se resume en el principio in dubio pro reo. Pues sí, al valorar la prueba, resulta forzoso absolver en caso de duda es sólo porque se parte de la inocencia del imputado..."⁶¹.

Cualquier teoría del caso que sea pergeñada por la parte acusadora, debe poseer la capacidad de sortear la duda que le asiste al acusado. Pero esto no es todo: la teoría del caso de la parte acusadora debe soportar los embates de la contraparte, es decir, de la defensa del imputado, quien posee las mismas herramientas que la acusación, con el agregado de no tener que construir la inocencia de su defendido, ya que le alcanza con desvirtuar la hipótesis de la acusación.

Por tanto, si bien desde los postulados de la teoría del caso parecería que la "verdad" de la premisa fáctica no es necesaria para la aplicación de la norma penal, el mismo funcionamiento del derecho adversarial brinda las garantías necesarias para evitar condenas cuyo sustrato fáctico sea falso, y esto se debe principalmente a los diferentes mecanismos de control que el derecho adversarial presupone.

61 Perfecto Andrés Ibañez, *Prueba y convicción judicial en procesal penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, página 82.

BIBLIOGRAFIA:

- Baytelman Aronowsky, Andrés y Duce Jaime, Andrés, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, Chile, Universidad Diego Portales, 2004.
- Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- Bulygin, Eugenio, "Cognition and Interpretation of Law", en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Turín, Giappichelli Editore, 1995; y J. Ferrer, "La motivación de las sentencias", en *Isonomía*, núm. 34, abril 2011.
- Caracciolo, Ricardo, "El problema de los hechos en la justificación de los hechos", en *Isonomía*, núm 38, abril 2013.
- Carrió, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 4ª edición, 2000.
- Chaia, Rubén Alberto, *La prueba en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- Falcone, Roberto A. Madina, y Marcelo A., *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- Falcone, Roberto A, *Lineamientos de un proceso penal adversarial en la provincia de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
- Favarotto, Ricardo S, y Simaz, Alexis. L., *El juicio penal bonaerense*, Ediar, Buenos Aires. 2013.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª edición, Trotta, Madrid, 1998.
- Gascón Abellan, Marina, *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons 3ª edición, Madrid, 2010.
- Guastini Ricardo, "Los fundamentos teóricos y filosóficos del Garantismo", en *Para leer a Luigi Ferrajoli*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2017
- Haack, Susan, "Toda la verdad y nada más que la verdad" *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012) ISSN: 0214-8676.
- Harfuch, Andrés, *El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: Ley provincial 14.543 comentada y anotada: El modelo de jurado clásico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013.
- Holman, Luis Moreno, *Teoría del caso*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.
- Ibañez, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción judicial en procesal penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Lorenzo, Leticia, *Manual de Litigación*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012.
- Navarro, Pablo. E. y Rodríguez, Jorge. L, *Deontic Logic and Legal Sistem*, New York Cambridge University Press, 2014.

- Rodríguez, Jorge L., *Lógica de los Sistemas Jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal Parte General, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2007.
- Schiavo, Nicolás, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal*, 2° edición Hammurabi, Buenos Aires, 2015.