

EL ETHOS DE LAS DECISIONES PENALES: VERDAD REAL Y CONSENSO

Gabriela Rodríguez Fernández

Introducción

La literatura crítica más difundida sobre los sistemas judiciales, particularmente en materia penal, se ha explayado ya muchas veces con mejor o peor suerte, sobre el carácter altamente cuestionable de los valores representados tanto en la ley penal como en su última expresión individual, el juicio de condena que se emite respecto de una determinada conducta sometida a escrutinio. Sin embargo, normalmente estas críticas han dejado intacto el primer ladrillo de la construcción penal: la idea de que se puede cosificar una conducta, objetivarla para el escrutinio mediante una “reconstrucción histórica” que pueda considerarse “correcta”.

La base sobre la que se asienta el edificio de todo el sistema jurídico de atribución de roles (el sistema judicial), es la certeza de que el juez predica el derecho respecto de un hecho cuyos contornos y alcances ha logrado definir previamente con palmaria exactitud. Dicho de otra forma, la actuación práctica del poder de decir el derecho (*iuris-dictio*, jurisdicción) descansa sobre el ideal racionalista de la correspondencia absoluta entre predicado y objeto del predicado, entre conocimiento y objeto. Este postulado, conocido dentro de la filosofía del ciencia como verdad-correspondencia, tiene su equivalente en el lenguaje del ámbito forense: el principio de verdad real.

Conforme a tal principio, el juez únicamente puede decir el derecho una vez que, fuera de toda duda, ha encontrado su material fáctico, el hecho, en un grado de correspondencia entre lo “encontrado” y lo “ocurrido” que pueda considerar lógicamente perfecto [1]. Tan rígidos resultan los pilares constitutivos de la subcultura jurídica, que el grueso de los juristas críticos que llenan sus páginas de citas de Foucault no han visto en sus textos más que críticas a los valores que subyacen al derecho penal, pero nunca una crítica central a su base ontológica: la definición del hecho [2].

¿Se resquebraja el paradigma?

Más allá de la tendencia de los miembros de la comunidad jurídica a ignorar lo que sucede en el resto del mundo científico, la irrupción de algunas “innovaciones” en los sistemas de enjuiciamiento de los países que pertenecen a la órbita del llamado derecho continental [3] ha generado toda una discusión sobre si puede o no negociarse “el hecho penal”. De forma paralela a la consagración legislativa de institutos como el juicio abreviado y a la discusión sobre la posibilidad de implementación del juicio por jurados, en algunos países de América se discute desde diferentes perspectivas criminológicas y político criminales, la posibilidad de introducir otros elementos más radicalmente extraños a la cultura jurídica continental, como la resolución alternativa de conflictos en el ámbito del derecho penal.

Estos dos tipos de iniciativas (las procesales y las “político-criminales”) comparten el hecho de descansar, de manera más o menos evidente, en una idea consensualista de las respuestas frente a las ofensas que el derecho ha clasificado como penales. Cuando se trata del sistema de juicio por jurados, el carácter consensualista de la respuesta es menos obvio. En cambio, en el campo de la Resolución Alternativa de Conflictos, el consensualismo es casi definicional, y es allí cuando surge el primero de los escollos con el que cualquier iniciativa de este tipo se topa: el atribuido carácter absoluto (en términos de *bien/mal*) de los juicios de valor que subyacen a la consideración de un determinado hecho como “penal”. Esta oposición esconde sin embargo el hecho de que, tanto los sistemas de enjuiciamiento formal (ya sea en el ámbito continental como en el anglosajón) como los de procesamiento informal de conflictos operan, como materia prima, con relatos de lo ocurrido, y que estos relatos son también construcciones culturales derivadas de una matriz de comprensión subjetiva de la realidad que, como

tal, es también de origen cultural, por lo tanto interaccionista, y en esa medida, consensual.

Así las cosas, el objeto acotado del presente opúsculo es doble. Por un lado, se trata de introducir al lector en la discusión sobre la caracterización de la verdad y sobre su función en el marco del proceso penal. Y por otro, mostrar que el consenso —que ya es implícitamente el fundamento mínimo de la imposición de la pena— puede ser de manera más explícita la base para una solución del conflicto distinta a la pena, aunque este haya sido catalogado como penal.

La verdad y su función

Una definición coloquial nos indica que *verdad* es la coincidencia entre una cosa y lo que se dice de ella. Así podemos comprender el tipo de verdad a la que se aspira en la producción de un caso penal: la verdad-correspondencia [4]. La sentencia debe definir (decir) un hecho pasado que considera ha ocurrido de la misma forma en que se lo define: así, la definición (el relato del hecho) y el pasado objeto de esa definición deben ser idénticos para que pueda sustentarse éticamente la aplicación de la pena a un ciudadano. He ahí la base ética mínima de la aflicción del castigo en el derecho continental [5]. Sobre ella, y su necesidad de comprobación, se ha construido el tipo inquisitivo de procedimiento [6], y desde allí ha pasado al tipo mixto que hoy gobierna la mayor parte de los procedimientos de América Latina y de la Europa continental.

Sin embargo, tanto las ciencias naturales como las ciencias sociales conocen otros conceptos de lo verdadero. Se trata de la verdad como coherencia y la verdad como aceptabilidad justificada. En el primer caso, lo que se connota es la capacidad de una proposición de adaptarse, adecuarse y funcionar lógicamente con el grupo de proposiciones que está destinada a integrar (Dewey). En el segundo caso, se designa a la proposición cuya capacidad explicativa ha sido testada positivamente y, por consiguiente, ha sido merecedora de la aceptación crítica de la comunidad científica que sustenta al paradigma en funciones (Kuhn) [7].

Ferrajoli: la verdad real como garantía

Ferrajoli ha distinguido la definición semántica del término “verdad” según las dos acepciones que hemos descrito anteriormente. Conforme su distinción, una implica el *significado* de la palabra verdad, mientras que las otras (verdad-coherencia y verdad-aceptabilidad) son *criterios* de decisión de la verdad. Unos representan métodos de comprobación de la aproximación o el alejamiento de una determinada premisa al “núcleo duro de la realidad”, mientras que la verdad-correspondencia *es* ese núcleo duro. Para el autor, mientras que estos criterios no constituyen más que maneras de fundar en el ámbito del *decisionismo* extraño al derecho penal, la verdad-correspondencia, aún cuando de manera aproximativa, constituye el pilar básico de cualquier sistema garantista, *cognoscitivista* [8].

“(…) Lo que se exige en el plano epistemológico y político es precisamente lo que el modelo penal garantista, acogido por las Constituciones modernas, exige normativamente en el plano jurídico: que la legitimidad de las decisiones penales se condicione a la verdad empírica de sus motivaciones. (…) La función judicial es una actividad cognoscitiva, donde las elecciones y las decisiones vienen justificadas por criterios pragmáticos y subjetivos pero siempre referidos, como en cualquier forma de conocimiento, a la búsqueda de la verdad objetiva.” (2000: 69)

De esta manera, Ferrajoli eleva la verdad real al rango de presupuesto del funcionamiento correcto en un Estado de Derecho del procedimiento penal [9]. Acompaña esta afirmación, en forma correlativa, con otros dos pilares básicos de su sistema garantista: la irrenunciabilidad del conocimiento de la verdad real por el Estado (principio de legalidad procesal y de oficialidad), lo que impide tanto toda posibilidad de pactos entre acusador y acusado, como de renuncia a la acción penal del primero [10], y la necesidad de jueces profesionales para decir esa verdad [11], por oposición a los jueces legos (principio de jurisdiccionalidad). Estos elementos constituyen, a juicio del autor, el sistema acusatorio al que debería tenderse en cualquier Estado de Derecho.

Como ya mostrara Máximo Langer, resulta notable la polisemia del término “acusatorio”. Es justamente esta característica de la semántica actual lo que permite que Ferrajoli designe como acusatorio a un sistema comprometido medularmente con el

principio de verdad real, con la obligatoriedad y oficialidad de la acción penal y con la profesionalidad de los jueces, sosteniendo que los opuestos conceptuales de esas características (verdad consensual, disponibilidad y carácter privado de la acción, poder de juzgar en manos del pueblo lego) son elementos históricos no conceptuales [12]. Resulta también sorprendente que sean justamente esas las bases definitorias que da al sistema acusatorio Julio Maier, tanto a nivel conceptual como histórico.

Julio Maier: la verdad como principio político

Entre nosotros es probablemente Julio Maier quien con toda claridad ha explicitado que el principio de verdad real es uno de los presupuestos políticos del sistema mixto de enjuiciamiento. Así, explica que la máxima de persecución de la verdad más allá del concreto interés de las partes, *per inquisitionem*, fue uno de los legados más claros que la inquisición dejó en el procedimiento mixto [13]. Junto con ella vinieron la indagación oficial de la verdad, la indisponibilidad parcial o total de la acción y el juzgamiento por jueces profesionalizados, ya sea de forma exclusiva o compartiendo el poder de dictar la condena (aunque nunca el de recolección de prueba) con legos, mediante el sistema de escabinos. De esta manera quedó diseñado lo que con mayor precisión define como el “inquisitivo reformado”, que rige desde poco después de la Revolución Francesa en la Europa continental y desde los albores del siglo XX en Latinoamérica.

La adopción de esta forma de enjuiciamiento significó la persecución de un objetivo concreto: el aseguramiento del sometimiento a la ley de los ciudadanos operado por intermedio de un cuerpo burocrático investido del poder de juzgar a quienes infringían el contrato supraindividual. Consecuentes con este objetivo, se dividió la función jurisdiccional en dos ramas diferenciadas: aquella que resolvía disputas entre particulares (*iusprivatista*) y la que resolvía los conflictos entre el soberano (ahora el pueblo representado por sus instituciones) y un particular concreto (*iuspublicista*).

En este marco, el carácter político de la máxima de la persecución de la verdad como meta del procedimiento (entendida ésta como el intento procesal de reconstruir un hecho pasado del que podría predicarse el merecimiento de una pena conforme la ley) queda explicitado cuando el autor refiere lo siguiente:

“El tribunal que juzga un caso de Derecho privado, cuyo principio superior reside en la *autonomía de la voluntad particular* representa por principio, el papel de un árbitro imparcial, y carece de poderes propios de instrucción (...). En cambio el tribunal penal inquiere, para averiguar la verdad por si mismo, (...) regla cuyo fundamento político reside, precisamente, en la naturaleza pública de la pena estatal.” [14]

En tal caso la verdad real funciona como un principio político derivado de la persecución pública. Político en razón de que la verdad ha sido entronizada como principio con el fin de conseguir el objetivo más general de diferenciación tanto procedimental como filosófica entre los conflictos inter pares y los conflictos entre la parte (el individuo) y el todo (la sociedad), en el que el interés del todo desplaza al de las partes [15].

Maier entiende que si existe alguna relación entre la búsqueda de la verdad real y las garantías del imputado, ésta viene dada por los límites que las segundas ponen a la primera. En primer lugar porque la máxima del “*in dubio pro reo*” cumple una función de cierre del sistema en todos los casos en los que la prueba no resulta suficiente para fundar la certeza sobre la verdad de la hipótesis acusatoria, y esta máxima si resulta claramente una derivación de la garantía de la inocencia del inculpaado. En segundo lugar, porque las garantías que tienden a hacer efectiva la expectativa de privacidad, de respeto a la dignidad personal y la propia defensa en juicio importan una valla a la persecución penal en pos de la reconstrucción histórica del objeto del proceso.

Hassemer: el producto residual de la comunicación formalizada durante el juicio

Partiendo de elementos comunicacionales y combinando ideas del falsacionismo (Popper) y de Khun, Hassemer construye el rol de la verdad en la aplicación del derecho penal según una concepción marcada por la necesidad de reconocer al proceso penal como un producto histórico. Conforme esta concepción, el proceso penal es ante todo un fenómeno en cuyo marco el éxito estaría dado por la obtención de un producto (el hecho relatado) a partir de elementos (pruebas) cuya confiabilidad haya sido previamente reconocida por los criterios de validación dominantes al momento de su incorporación [16] a la escena comunicacional, luego de haber pasado por el tamiz de

las garantías que, en nombre del resguardo de intereses particulares jurídicamente protegidos, el derecho procesal opone a la indagación empírica de la verdad [17].

En este sentido, lo que el proceso penal tiene de “verdad” sería solo lo que queda luego de esta discusión dialéctica entre reproducción “culturizada” del pasado y vallas jurídicas a esa reproducción. Esta actividad, a la que el autor llama *obtención formalizada de la verdad*, sería el único objeto posible del proceso.

“Lo que el juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir la *verdad forense*, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal (...). La formalización de la indagación de la verdad, su obstaculización y limitación por reglas estrictas constituye el ethos propio de la fase producción del caso.” (pp. 190-191).

Valoración del rol de la “verdad” como legitimador del discurso jurídico penal

Como se ha podido ver, los tres autores cuya postura en torno a la verdad material se ha reseñado, mantienen un vínculo entre la reconstrucción empírica de lo ocurrido y aquello que es objeto de la sentencia: el vínculo de la correspondencia más o menos acabada de una cosa con la otra. Sin embargo, cada uno de ellos observa a este vínculo con distintas expectativas.

Para Ferrajoli, la presencia de este vínculo es la condición de validez jurídica de la sentencia que condena o absuelve al sometido a proceso [18], de forma tal que cualquier otra base para una decisión de esa naturaleza tornaría inconstitucional, la aplicación del derecho. Pese a la prédica antisustancialista del autor, creemos ver aquí un sustancialismo bastante claro: Ferrajoli sostiene que el Estado debe indagar sobre lo ocurrido más allá de cualquier interés (o de falta de interés, incluso propio), y esto como imperativo constitucional de su actividad.

Esta postura supone algunas premisas previas, a saber:

- La existencia de una realidad “objetiva” con independencia del observador.
- La absoluta libertad del observador de esa realidad, en el sentido de ausencia de prejuicios y de presiones deformantes de la observación.

- La existencia de un mandato válido que ordena que a cada observación objetiva y válida debe seguirse una consecuencia ineludible.

Los dos últimos presupuestos marcan una particular forma de entender el derecho y, por consiguiente, de determinar su aplicación. Sin embargo, ninguno de ellos tiene sentido si el primero resulta cuestionado —ese cuestionamiento será el núcleo del punto siguiente.

Maier, en cambio, entiende a la verdad-correspondencia en el derecho penal como un producto político contingente y en este sentido, creemos, susceptible de ser abandonado (aunque al autor pudiera no parecerle aconsejable el abandono). La verdad es en este contexto una pieza fundamental de un sistema orientado a la diferenciación de los conflictos, diferenciación en la que un subgrupo de ellos es asumido por el Estado como objeto de la propia actividad (conflictos penales) desplazando al interés privado.

Probablemente pueda entonces inferirse que el tipo de verdad procesal que surge de la consideración del autor se acerca mucho más a la verdad-coherencia que a la verdad correspondencia. Ello porque una verdad que funda la sentencia en el criterio de Maier es la verdad que busca el Estado de acuerdo al principio de averiguación oficializada y limitada de los hechos; esta doble calidad de verdad extra-partes (y en este sentido, recortada artificialmente por las prescripciones penales) y verdad limitada, condiciona la validez del enunciado de la sentencia a su adecuación a unos determinados supuestos previos. Así, la verdad procesal podrá producir efectos en tanto “funcione” adecuadamente con esos otros presupuestos del sistema verdad-coherencia.

Compartir la postura de Maier implicará:

- 1) Reconocer que la verdad-correspondencia no es normalmente el producto del proceso penal.
- 2) Entender que la verdad-correspondencia como exigencia final del procedimiento es la consecuencia de una elección política.
- 3) Admitir la posibilidad de otra fundamentación para la reacción frente al delito (aunque ella no parezca preferible).

Winfried Hassemer postula, mucho más radicalmente, el abandono de la idea de correspondencia posible entre la reconstrucción procesal de los hechos y el objeto estático que integra el pasado, y ello no solo por los límites del proceso, sino porque el hecho como objeto inerme a reconstruir no existe [19].

Partiendo de esta doble imposibilidad, sostiene que

“... la expresión *verdad* podría significar, más modestamente, que el caso producido es un caso verdadero cuando contiene los datos relevantes y se encuentran entre sí en una relación completa y correcta.” [20]

En este contexto, la inclusión de relevancia de los datos nos acercaría primero a una *verdad-aceptabilidad* —en el sentido de que un dato es relevante cuando existe consenso general preestablecido sobre su relevancia— y segundo a una *verdad-coherencia* —como necesidad de un cierto grado de relación entre ellos—. [21]

En consecuencia, la adhesión a la postura de Hassemer en el texto que comentamos nos impondrá revisar si también concordamos con los siguientes presupuestos:

- i) Los objetos (y por consiguiente los hechos) son producto de la intersubjetividad.
- ii) Como tales, son aprehendidos desde la subjetividad del intérprete, que los reinterpreta en cada discurso sobre ellos.
- iii) A cada discurso sobre los hechos corresponderá un nuevo acuerdo sobre su definición y sobre las acciones que corresponda realizar de conformidad con ella.

Consecuentemente, Ferrajoli permanece atado a la verdad-correspondencia como único fundamento posible de la reacción. Maier reconoce que es el propio derecho el que pone obstáculos a la verdad correspondencia como base de la reacción, y que la subsistencia de esa verdad como plataforma filosófica del sistema es una opción entre otras posibles. Y Hassemer descarta la posibilidad de basar decisiones racionales en la existencia de una verdad única y previa a la construcción procesal. La verdad es todo, la verdad es algo, la verdad es nada.

La verdad objetiva

A nuestro juicio, la diferencia fundamental entre la postura de los dos primeros autores y la del tercero es que, mientras que para los anteriores la verdad-correspondencia juega un papel en el sistema procesal que describen —en Ferrajoli el papel jurídico legitimante, en Maier el papel de un postulado político cuya desaparición cambiaría las bases del sistema— para Hassemer, el proceso penal está dirigido a desbaratar todas las opiniones substancialistas sobre la existencia de una verdad única sobre los hechos acaecidos, y ello aparece además como el rol correcto del proceso en un sistema democrático. El grupo de los dos primeros autores sostiene aún su postura con base en la existencia de una verdad correspondencia, objetiva, a la vez que difieren a la hora de considerar su funcionalidad y las posibilidades procesales de acceder a ella. Pero la pregunta es: ¿existe la verdad objetiva?

Desde la confluencia de las ideas de Berger y Luckmann (en la sociología), Kuhn (en la filosofía de las ciencias) y Mead (en la psicología), el *socioconstruccionismo* plantea una visión del conocimiento (—y por consiguiente, de la verdad— radicalmente opuesta a la objetivista. En el esquema resultante de esta confluencia el conocimiento es a la vez el producto y el hacedor: construye los objetos que conoce cuando los nombra, partiendo como base para el acto de designar, clasificar, objetivar y legitimar la clasificación de los conocimientos en los que el autor del acto de conocer ha quedado emplazado al momento de nacer. En virtud de esta lectura, no existe conocimiento separado del hombre que conoce, como tampoco existe hombre que pueda considerarse “libre” de conocimientos previos cuando se enfrenta al objeto a conocer. La preexistencia del propio objeto es puesta en duda, al menos como objeto existente antes de algún primer acto de conocimiento.

La idea central es que al acto de conocer concurren un sujeto, su historia, un marco de referencia que provee al sujeto de herramientas para conocer y de criterios de relevancia y un objeto. Este objeto, por lo demás, puede haber sido conocido ya por otros sujetos, pero en cualquier caso la “nueva lectura” que este nuevo sujeto haga del objeto lo emplazará en un lugar diferente, destacando propiedades que habían permanecido ocultas, o proponiendo usos hasta el momento no advertidos.

El contexto sociocultural del sujeto que conoce no solamente proveerá de criterios de relevancia a la hora de conocer, sino que además ubicará al producto del acto de conocimiento dentro de una función social, le asignará utilidades que, en su interacción con otros sujetos distintos de aquel cuyo acto de conocer dio lugar al “nuevo” objeto, lo cambiarán nuevamente.

Esto arroja una primera conclusión: no se trata de que nuestro conocimiento mediado no esté a la altura de las circunstancias —como parece sugerir la postura aquí representada por Maier—, se trata de que no hay conocimiento sin mediación [22]. Esto es, no hay conocimiento objetivo, libre de la influencia tanto del entorno sociocultural como de la historia particular del sujeto que conoce. En el acto de conocer, el objeto, o más precisamente su definición, se co-constituye con elementos que provienen de la experiencia cultural del sujeto: cuando designamos a alguien como “*ese desarrapado que golpeó el cristal*”, utilizamos no solo conceptos valorativos (desarrapado), sino también descriptivo-valorativos que vienen de nuestra experiencia cultural (cristal) [23], pero a la vez estamos escondiendo otras características del designado, que no aparecen en la designación, por ejemplo, “padre de familia”, o “desempleado”, o “alto”, o “jubilado”. Esto ocurre siempre que se conceptualiza, porque la conceptualización no escapa, en el fondo, de la categorización que privilegia elementos y oculta otros [24] conforme criterios de relevancia culturales y contextuales (donde el contexto aporta las notas de temporalidad y localidad).

Estas notas distintivas son tanto aplicables al acto de conocer un elemento físico como un hecho humano, y dentro de estos, a los actos que el procedimiento pretende (re)construir. La pregunta entonces es: el relato penal de un hecho pasado ¿reconstruye o construye? Cuando el testigo opera su descripción de lo que ha visto, ¿meramente describe o interpreta? Y en la interpretación, ¿acaso no crea? Cuando el juez hace, a su vez, metalenguaje de lo dicho por los testigos, y así compone su relato, ¿meramente describe o interpreta? Y en la interpretación, ¿acaso no crea?

Foucault nos ha enseñado, interpretando a su vez a Nietzsche, que el conocimiento no es un acto de descubrimiento de lo que de original tiene la cosa conocida, si no un acto de creación dialéctico, conflictivo, entre los elementos del conflicto. Y ha acompañado esta

afirmación con otra tal vez más rotunda: “...la verdad misma tiene una historia” (1973: 14) [25]. Esta afirmación significa no solamente que hay un marco histórico que rodea al acto de conocimiento, sino que tanto el sujeto que conoce como los objetos que crea con su conocimiento están impregnados de esa historia, y tanto uno como otros se modifican a causa del conocimiento que crean. La relación es, por tanto, de espiral, donde el fin y el principio del conocimiento no son identificables, donde no se puede hablar propiamente de ingredientes, de pócima y de mago como factores independientes: todos se co-construyen.

Fue el mismo autor quien nos proporcionó una lectura de la función del sistema judicial como sistema de imposición de criterios de *corrección/incorrección* (Foucault, 1971) y del impacto de sus procedimientos —en especial, la creación de una obsesión por la indagación como forma de determinar lo ocurrido (Foucault, 1973). Sostuvo que “lo que llamamos *indagación* es una forma muy característica de la verdad en nuestras sociedades (...) Fue para saber quién hizo qué cosa, en qué condiciones y en qué momento que occidente elaboró las complejas técnicas indagación que casi enseguida pudieron ser empleadas en el orden científico y en la reflexión filosófica” (1973: 18). Esta lectura tal vez nos ayude a entender el porqué del poder de lo que Ibáñez (1995) llamó una “retórica de la verdad”. En el mundo del derecho, la descripción del juez sobre el hecho post-indagación, para ser considerado válida debe ser:

- i) *Única*. Si cabe una explicación alternativa con base en los mismos elementos, la explicación judicial es invalidada.
- ii) *Suprahumana*. los términos de la sentencia deben excluir toda valoración personal, toda referencia a creencias o experiencias no científicas. He ahí una de las razones del lenguaje despersonalizado, tanto semántica como gramaticalmente que se utiliza en la redacción de las sentencias (Bourdieu 2001: 173 y ss) [26].
- iii) *Ideológicamente legitimada*. Los elementos que el juez debe tomar en cuenta han pasado por el tamiz de la legitimidad procesal, y por tanto por el baño de legitimidad ideológica.
- iv) *Produce efectos de poder*. La autoridad de la que están investidos los jueces —merced no solo a sus cargos sino también a todo el juego simbólico que se ha puesto en práctica ancestralmente en torno al rol— produce en muchos

casos la sumisión a esa descripción fáctica. Para aquellos casos en los que la autoridad no resulta suficiente, las normas aseguran el predominio de esa descripción fáctica por sobre otras: el contenido fáctico de la sentencia es, por regla, incuestionable en instancias superiores [27].

Estas cuatro notas definen según Ibáñez (1985: 35) a una “retórica de la verdad” poderosa, aquélla que ha logrado imponerse en las ciencias, y que, si Foucault tiene razón, habrá sido diseñada sobre el molde de otra estructura de poder: la de decir el derecho.

¿Es posible un derecho que reconozca la subjetividad del conocimiento?

Al igual que la mayor parte de los autores de derecho continental (escrito, no anglosajón), Ferrajoli, Maier y Hassemer necesitan definir qué entienden por *verdad* en el marco del proceso penal, y cuál es el ámbito de juego concreto del concepto que definen. Todos ellos glosan procedimientos mixtos, más o menos inquisitivos, y en esa actividad han tenido que analizar dos de los institutos típicos del procedimiento acusatorio actual, como son el juicio abreviado y el enjuiciamiento por pares (jurados), que de una u otra forma se han acercado a la realidad del derecho continental.

El contacto ha sido problemático. Ambos temas procesales han despertado pasiones en las dos orillas conceptuales. Mientras que en el contexto mixto se discute tanto la constitucionalidad del pacto fiscal-imputado como la viabilidad político criminal del juicio por jurados, en Estados Unidos se discurre sobre la posibilidad de otorgar al Poder Judicial amplios poderes de averiguación de la verdad (Pizzi, 1999) [28], cuestionando a la vez el *plea bargaining* (en todas sus formas) y el sistema de jurados. En la base de estos cuestionamientos se encuentra el problema de la verdad.

En la orilla continental se ha criticado, en contra de los procedimientos de base consensual, que ellos están ligados fundamentalmente a la sustitución del procedimiento investigativo por la admisión del inculpado de la imputación formulada por el ministerio público, con la consiguiente transacción (más o menos explícita) sobre el hecho y el derecho. Desde este punto de vista, la discusión acaba siendo *verdad vs. consenso* [29]. Otra vez el ethos de la respuesta penal.

La base de estas críticas resulta ser nuevamente la no correspondencia entre lo que hubiera podido suceder si el juicio se hubiera llevado a cabo y lo que ha ocurrido merced al acuerdo entre quien sostiene la imputación y quien la soporta. Esta expectativa de obtención de una solución más “justa” a través del proceso también descansa en la primera idea de Ferrajoli de que existe una verdad objetiva a la que debe arribarse (o al menos tenderse), y que, obtenida ella, las consecuencias jurídicas aplicables a esa verdad única son también naturales (en sentido de causa-efecto). Lo que aquí sostenemos es que, si la verdad objetiva no existe (como postula Hassemer) entonces cualquier verdad producto de ese juicio que tanto se añora, también sería fruto del consenso y no de la verdad (en sentido semántico).

En un sistema de derecho continental el consenso producto del juicio será un consenso sobre la base fáctica a la que arriban los jueces luego de la tensión dialéctica entre las partes, y obtenido éste, un consenso sobre qué pena se impondrá dentro del marco legal previsto [30]. En el sistema de juicio por jurados, el consenso irá más allá: el jurado decidirá si el hecho que dialécticamente consideró probado es además consensualmente merecedor de pena.

Esta es también la razón fundamental de crítica al juicio por jurados tanto en el derecho anglosajón como en el derecho continental: el jurado puede “disponer” de la verdad y del derecho mediante el expediente de declarar no culpable al imputado, y esto no es fácilmente aceptable [31]. Se trata aquí de pensar si realmente queremos seguir sosteniendo un sistema penal basado en la implantación de las soluciones jurídicas desde fuera de la sociedad [32] o si, por el contrario, queremos ir hacia sistemas en los que los criterios de decisión de los casos se construyan desde esa sociedad, tal como se construye el conocimiento en las demás áreas de la vida social, con posibilidades de revisión, favorables al imputado [33].

Partiendo de posturas sobre la verdad como la de Ferrajoli, es imposible llegar a configurar un sistema *juradista*, con disposición de la acción por parte del fiscal ni por parte de los pares que juzgan, simplemente porque la verdad es única, irrenunciable, inexcusable e indisponible. Desde el lugar de Maier, la necesidad de respeto al principio político de verdad histórica plantea dificultades serias para establecer sistemas donde el

juez no pueda intervenir en la configuración de aquello en lo que se basará la condena. Desde el criterio de Hassemer, en cambio, la esperanza del establecimiento de un sistema de respuesta más abierto, dialogante, y en definitiva, cambiante, resta posible, pero aún de farragoso tránsito.

En ese tránsito, tal vez puedan encontrarse los sistemas de resolución alternativa de conflictos. Estos sistemas, cuya premisa básica es el trabajo con los discursos de los involucrados (Cobb, 1997), conllevan que los protagonistas del conflicto, bajo una lógica de reapropiación del mismo (Christie, 1992), pacten no solo la solución de él, sino su definición.

Si con Foucault (1973: 31) entendemos que “solo hay conocimiento en la medida en que se establece entre el hombre y aquello que conoce algo así como una lucha singular, un *tete-a-tete*, un duelo...”, y advertimos que entonces el sistema formal judicial, con sus posibilidades de conocimiento, es un combate reglado que genera un producto consensual impuesto a los protagonistas del combate, ¿por qué no pensar en otro tipo de combate reglado, donde el producto consensual no sea impuesto a los contendientes, sino generado y acordado por ellos? [34]. Obviamente, la consecuencia de este producto no debería ser una pena, entendida esta como una respuesta punitiva de carácter retributivo. El Estado podría aquí jugar el papel de garante del contenido no punitivo de la solución, pero excluyendo su intervención en la definición del conflicto y en la sustancia de su solución [35].

Conclusión

Para que cualquier solución consensual de los conflictos catalogados como criminales pudiera prosperar tendríamos que aceptar primero que la verdad en la que hoy basamos la respuesta que nos parece normal —la pena— no existe, y desnudo el emperador, advertir que el sistema penal es también un producto consensual, contingente y simbólico, y por tanto, reemplazable.

El desafío que supone un sistema de respuesta a la infracción que reconozca y valide su base consensual no está tampoco exento de problemas. Las diferencias entre los actores del pacto, la legitimidad de un pacto con el poder de penar, y las salvaguardas

necesarias para que ese pacto sea realmente expresión de un consenso relativamente libre, son cuestiones aquí no abordadas, y que merecen discutirse [36]. Pero antes que nada, debemos apartar el lastre de una verdad incognoscible para los humanos, inconcebible dentro del proceso, y probablemente, inexistente como tal en un mundo determinado por la subjetividad cultural.

NOTAS

[1]: Según el nivel más o menos etnocentrista del autor al que sigamos, o sea, según haya advertido o no la necesidad de investigar fuera de la propia disciplina del derecho qué significa “verdad”, encontraremos aquí versiones más o menos objetivistas, o sea, versiones de positivismo más “duros” o más “blandos”.

[2]: Este cuestionamiento está bastante claro en textos como los reunidos en *La verdad y las formas jurídicas*, y subyace a su postura en *Sobre la justicia popular*.

[3]: Derecho escrito, codificado, cuya expresión a nivel procesal resulta ser el sistema mixto de enjuiciamiento, actuado por jueces profesionales. Es la consecuencia a nivel jurisdiccional de la racionalidad cartesiano-jacobina, fundada en la lógica de la razón deductiva: la verdad y la justicia se encuentran “pensando correctamente”, no se construyen a partir del diálogo.

[4]: Por ejemplo, así definen la verdad-correspondencia Lakoff y Johnson (1980: 222): “La verdad consiste en un ajuste directo o correspondencia entre una aserción y un estado de cosas del mundo.”

[5]: Lo que se afirma en el texto no implica sostener que esta sea una base ética suficiente para la imposición de una pena, ni tampoco que exista necesariamente alguna justificación suficiente para castigar (en el sentido de que puedan encontrarse razones para imponer penas). Antes bien, implica describir cuál ha sido el piso mínimo en el que se asienta nuestra racionalidad kantiana. El infractor será punido solo si se ha determinado con certeza que es verdad que ha infringido la ley.

[6]: Utilizo aquí la dicotomía *acusatorio/inquisitivo* en el sentido de “tipos ideales” que describe Langer (2000).

[7]: Ferrajoli (2000: 66).

[8]: El autor que seguimos aquí distingue al *decisionismo* —actividad gubernativa por la cual el Estado expresa su voluntad siguiendo criterios de racionalidad y efectividad— del *cognoscitivismo* —capacidad de fijar qué corresponde a cada hecho previamente determinado de conformidad con los principios de la verdad-correspondencia o verdad semántica—, característico de la actividad jurisdiccional en sentido estricto. Esta afirmación de la verdad semántica como propia de la jurisdicción se encuentra matizada por la correlativa aseveración de que su función de garantía se cumple con tal de que el sistema “tienda” a la verdad real (Op. cit., p. 69 y ss.). Si el éxito o el fracaso de una proposición de salvaguarda ha de medirse por su capacidad de poner a resguardo al garantizado, a nuestro juicio con este matiz Ferrajoli priva de contenido efectivo y de funcionalidad a la (meta)garantía que instituye.

[9]: Esta idea estaba ya en un artículo del autor anterior a la primera edición de *Derecho y razón* en español (1995). Ver Ferrajoli (1992: 445).

[10]: Ferrajoli (1995: 567 y ss.) sobre la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal; p. 746 y ss. sobre la posibilidad de pactos acusador-acusado.

[11]: Ferrajoli (1995: 574 y ss.) sobre la no necesidad del jurado de pares como titular de la decisión de condena. Más allá de eso, todo el alegato del autor sobre la necesidad de fundamentación de la sentencia, el arraigo lógico de esa fundamentación y la necesidad de una idoneidad particular para explicitarla, hacen que de su análisis resulte lógica la exclusión del juicio por jurados como forma de culminación del proceso. En ese sentido ver p. 540 y ss.; también ahí queda expuesta la vinculación entre la “garantía” de verdad real, el principio de legalidad y el carácter profesional de los jurados.

[12]: Ferrajoli (1995: 563).

[13]: Maier (1996: 449 y ss).

[14]: Maier (1996: 840)

[15]: La relación entre verdad histórica, persecución penal pública y necesidad del Estado del sostenimiento de su propia autoridad, entre otros conceptos, puede verse en Maier (1992: 28).

[16]: En un contexto histórico, con un avance de las ciencias empíricas, la determinación de la causa de una muerte se obtiene de un informe clínico, mientras que en otros estadios culturales se obtiene de un informe psiquiátrico que da cuenta del stress sufrido por el sujeto en una determinada situación de presión. El contexto cultural provee de criterios que sirven de base para incluir o excluir como medio de prueba válido un determinado medio de prueba, y para juzgar el “peso” relativo de cada uno de ellos. En este sentido, ver no solo lo que obra en la p. 182 “in fine”, sino también la contextualización de los criterios de racionalidad inmediatamente antes, p. 179 y siguientes, bajo el rótulo ‘La racionalidad del derecho a la prueba’.

[17]: El derecho a la intimidad tanto del imputado como de la víctima y los testigos, como así también los objetos de prueba prohibidos por la ley (p. e. secretos de estado), los medios de prueba prohibidos (p. e. la obtención de una declaración perjudicial de la esposa del imputado), la prohibición de valoración de la prueba obtenida ilícitamente, etc., son barreras que el propio derecho procesal pone a la averiguación de la verdad.

[18]: Nótese que la absolución también necesita de este baño de legitimidad. Así puede deducirse de la postura del autor respecto al ejercicio de facultades discrecionales de no persecución de hechos punibles, en las que ve una garantía de la “tutela de las partes ofendidas más débiles” (p. 569); ya antes, con cita de Hobbes, sostiene que no puede haber delito para el que no haya sentencia (p. 550). Por tanto, la verdad aparece como una curiosa garantía, que obliga a la indagación de la verdad correspondencia aún para *desincriminar* al protegido.

[19]: Ello, porque como sujetos diferenciados del objeto, lo co-constituimos cada vez que lo mencionamos, y esto es aún así en la primera mención. Según el autor, “sólo existe la intersubjetividad, y no la objetividad de la concepción iusnaturalista” (p. 184).

[20]: Hassemer (1984: 184).

[21]: Podríamos arriesgar que el elemento “relevancia” evoca la teoría de los paradigmas (Kuhn), en el sentido de que resulta relevante aquello que tiene fuerza explicativa, dentro de un contexto histórico y social determinado que provee de significado a cada elemento de la explicación. La necesidad de relación entre esos elementos, en cambio, parece provenir de alguna explicación falsacionista, en tanto el elemento que no “guarda relación” con el relato produce su falsación.

[22]: Para Berger y Luckmann (1999: 113), “la relación entre el conocimiento y su base social es dialéctica, vale decir, que el conocimiento es un producto social y un factor de cambio social”.

[23]: Cuando decimos “cristal” nos encontramos imaginando un vidrio de aquellos que se ponen en los escaparates, pero además le otorgamos a ese vidrio unas condiciones de transparencia y fragilidad que no son “ontológicas”, sino culturales —porque también podría haberse tratado de un cristal opaco, por ejemplo.

[24]: Lakoff y Johnson (p. 205). Los autores insisten en que la elección de categorías desde las que conocemos se da por alguna razón externa a la categoría y al objeto, generalmente relacionada con el contexto al que se va a aplicar el conocimiento generado.

[25]: Refiriéndose a la invención de la “indagación” o “encuesta” (Maier, 1996), Foucault (1973: 72) sostiene que desde el punto de vista de su evolución histórica, la búsqueda de la verdad “*per inquisitionem*” es el producto de un sistema que nació en Grecia, pervivió en manos de la iglesia y renació en la sociedad civil sobre fines de la edad media. Este sistema, sin embargo, no comenzó siendo un puro objeto de poder centralizado, como solemos creer. En su inicio se trataba de una encuesta que el delegado del poder (eclesiástico) realizaba entre los notables de un burgo para saber qué

había sucedido durante el período inmediatamente anterior, qué había que resolver y cómo se resolvía. En otras palabras: en este estadio, la indagación aún es una forma donde decide el pueblo (sus notables), y no el Soberano, tanto sobre el qué como sobre el cómo.

[26]: “El efecto de neutralización se obtiene mediante un conjunto de rasgos sintácticos tales como el predominio de las construcciones pasiva y de los giros impersonales apropiados para subrayar la impersonalidad de la enunciación normativa y para hacer del emisor un sujeto universal, a la vez imparcial y objetivo. El efecto de universalización se obtiene a través de diferentes procedimientos convergentes, (...) el uso de indefinidos y del presente intemporal, (...) la referencia a valores transubjetivos que presuponen la existencia del consenso ético o el recurso a fórmulas lapidarias y a formas fijas que dejan poco espacio a las variaciones individuales.”

[27]: En España, la LEJ prevé una revisión fáctica mínima, limitada a los documentos escritos que pudieran existir en el legajo (Art. 849). Por esta “permisividad” se la conoce en la doctrina como la casación “bastarda”. En Argentina, en cambio, el sistema de casación impone una casación “clásica”, limitada al derecho (y ello más allá del fugaz reinado de fallos algo más ampliatorios, como pudo ser en su momento, y *obiter dictum*, *Giroldi*), y por lo demás de muy difícil tránsito.

[28]: El autor defiende la necesidad de conceder amplios poderes a la policía y la introducción de un rol judicial fuerte tanto durante la etapa de recolección de prueba como en la del juicio, reservando para los casos de menor cuantía el sistema de jurados. Otro ejemplo puede verse en John Langbein ‘Money Talks, Clients Walk’, *Newsweek*, 17 de abril de 1995, p. 32 y ss.

[29]: Y es en este espacio en el que tanto los teóricos del debido proceso (*due process of law*) como los sostenedores de la necesidad de condenas duras (*law & order*) se encuentran discursando de forma parecida, aunque con argumentos distintos. Mientras los primeros sostienen que un sistema de derecho democrático no puede servirse de las admisiones como único elemento para imponer una pena, entregando a cambio tan solo una disminución hipotética de su monto, los conservadores sostienen que toda

disminución de la pena no justificada en una circunstancia probada es ilegítima. Reseña de estas posturas pueden verse en Linch (1998: 299).

[30]: Foucault (1971: 23) ha entendido que las decisiones de la forma “tribunal” se ajustan a un procedimiento dialéctico. A su vez, Bourdieu (2001: 185) ha sostenido que el contenido de las sentencias es el resultado de la pugna de los “poderes” discursivos de las partes, en una relación que también tiene ese carácter dialéctico.

[31]: En el texto de Pizzi mencionado en la cita 28, existe una larga argumentación basada en el “desastre” que significó para el sistema estadounidense de administración de justicia penal el caso O. J. Simpson, en el que un jurado de pares absolvió a alguien a quien luego se encontró responsable civilmente de la muerte de su esposa y de otro hombre. Esta es, sin embargo, la función típica del jurado: decidir el merecimiento de pena, otorgar la autorización al Estado para punir.

[32]: Desde fuera de la sociedad, porque como ya hemos sostenido en un artículo anterior (Rodríguez Fernández; 2000: 24), las agencias de decisión tanto legislativas como judiciales se han abroquelado lejos de la sociedad, con intereses y razones propias y distintas de ella, formando un cuarto factor de poder en la relación penal. En un sentido similar, mostrando el “extrañamiento” perseguido de los discursos de los operadores jurídicos a la hora de decir el derecho frente a un conflicto concreto, que los distancia del sentido de la equidad del profano. Bourdieu (2001: 173-174 y 186), mostrando los recursos de técnica lingüística que sirven a tales fines.

[33]: Véase la crítica de Christopher Bracey (2000: 696) a Pizzi.

[34]: No es ahora el momento de abordar esta cuestión, pero cabe decir que este tipo de procedimientos supone también, una mayor flexibilidad en los valores. En un procedimiento alternativo que funcione bajo la lógica de reapropiación no debe esperarse que los protagonistas resuelvan siempre de conformidad con los valores sociales que puedan considerarse, en un momento y en un lugar dados, dominantes. Por el contrario, el pluralismo valorativo tendrá que ser tolerado, y además, fomentado. Esta parecía ser la opinión de Kelsen al citar el caso de Poncio Pilatos, y concluir (conf. Melossi 1990: 112) que puede ser que “a uno no le satisfaga el resultado del proceso

democrático, sin embargo sólo la fe puede pretender que posee la verdad. Para quienes no tienen fe, o para quienes poseen una fe distinta, la única opción pacífica es el procedimiento de la democracia.”

[35]: Sobre el contenido, alcance y formas de los sistemas alternativos, puede consultarse entre otros, el primer texto citado en la nota 32.

[36]: Discusiones sobre los problemas que genera el juicio abreviado (con alguna referencia a su relación con el juicio por jurados) pueden consultarse los trabajos de Maier, D’Albora, Shiffrin, Vivas, Bovino, Anitua, Bruzzone y otros en ‘Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal’, Año IV, Número 8 A, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, octubre de 1998, y los textos de Gustavo Bruzzone y Alberto Bovino en *Juicio por Jurados*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.

BIBLIOGRAFÍA

Berger, Peter y Luckmann, Thomas (1968): *La construcción social de la realidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, edición de 1999.

Bourdieu, Pierre (2001): *Poder, derecho y clases sociales*, Ed. Desclée de Brouner, París.

Bracey, Christopher (2000): ‘Truth and legitimacy in the american criminal process’, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 90 No. 2, USA.

Cobb, Sara (1997): ‘Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora del narrador de historias’, en *Nuevas direcciones en mediación; investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós Mediación No. 7, Ed. Paidós, Buenos Aires.

Christie, Nils (1992): ‘Los conflictos como pertenencia’, en *De los delitos y las víctimas*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi (2000): *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, 4ª edición. Madrid.

— (1992): ‘Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia’, publicado originalmente en *Democrazia e diritto*, No. 1, enero-marzo del 1992, Italia, traducción en Nueva Doctrina Penal 1996 B, Editores Del Puerto, Buenos Aires 1996.

- Foucault, Michel (1973): *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, edición de 2000.
- (1971): ‘Sobre la justicia popular; debate con los maos’ en *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Altaya, Barcelona, 1994, traducción de Miguel Morey.
- Hassemer, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona.
- Ibáñez, Tomás (1995): ‘Ciencia, retórica de la verdad y relativismo’, Archipiélago 20, Barcelona.
- Lakoff, George y Johnson, Mark (1980): *Metáforas de la vida cotidiana*, Ed. Cátedra, 4ª edición, Madrid.
- Langer, Máximo (2000): *La dicotomía acusatorio inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. Texto Inédito.
- Lynch, Gerard (1998): ‘Plea Bargaining: el sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos’, publicado en *Nueva Doctrina Penal*, 1998 A, traducción de Natalia Sergi.
- Maier, Julio (1996): *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- (1992) ‘Entre la inquisición y la composición’, publicado en *No hay derecho*, año II, No. 6, junio de 1992, Buenos Aires.
- Melossi, Dario (1990): *El estado del control social*, Siglo veintiuno editores, 1992, Ciudad de México.
- Pizzi, Wiliam (1999): *Trials without truth*, New York University Press, Nueva York.
- Rodríguez Fernández, Gabriela (2000): ‘Sociedad, Estado, Víctima y ofensor’, en *Resolución alternativa de conflictos penales*, VVAA, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 17 y ss.

Resumen

El presente artículo es una reflexión profunda sobre los principales fundamentos del Derecho penal. En concreto, se ocupa de esclarecer los criterios de *verdad* sobre los que se apoyan las decisiones de los jueces. Ello supone cuestionar las bases filosóficas y científicas más rígidas del mundo jurídico, que postulan su carácter objetivo, y exponerlas a la crítica sociológica y política.

Palabras clave

Derecho penal, justicia, verdad, consenso, poder, conocimiento.

Abstract

The present article is a deep reflection on the principal foundations of the Criminal law. Specially, it is busy with clarifying the criteria of truth on those who rest the decisions of the judges. It supposes questioning the most rigid philosophical and scientific bases of the juridical world, which postulate his objective character, and exposing them to the sociological and political critique.

Key words

Criminal law, justice, truth, consensus, power, knowledge.