

Régimen general de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación

Por **Guzmán**, Nicolás

SUMARIO:

I. Los nuevos "dueños de la prueba". — II. Una cuestión de conceptos. — III. Las repercusiones de la reforma en la calidad epistémica del nuevo proceso penal. — IV. La importancia del principio de objetividad en la producción de las pruebas. — V. Remedios frente a las imposibilidades de producción de prueba. — VI. Problemas generales referidos a la prueba testimonial

I. Los nuevos "dueños de la prueba"

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 27063; en adelante, "nuevo CPPN") trae grandes novedades en materia de regulación probatoria, a tono con el radical cambio de sistema que se propone con su sanción. Esto no podía ser de otra manera, porque la forma en que se regula la producción y valoración de la prueba (en definitiva, la forma en que se regula la "búsqueda de la verdad", para decirlo con una fórmula reducida y ciertamente imprecisa (1)), es uno de los factores principales que definen a un modelo procesal penal: si es predominantemente inquisitivo, si es acusatorio, o si es mixto, como el Código todavía vigente.

Lo primero que sobresale de esta nueva ley procesal es que las pruebas ya no las practicará un juez de instrucción, sino que ahora cada sujeto procesal —salvo el juez— hará su parte: la fiscalía y la querrela producirán sus pruebas (sobre esta facultad de la querrela, ver art. 128, inc. b, que le otorga la facultad de incorporar sus pruebas como anexo al legajo del Ministerio Público) y lo mismo hará la defensa (en un legajo propio, art. 128, inc. b); esto es así al menos en la etapa preliminar y con la salvedad de que se establece la necesaria autorización judicial para la realización de ciertas medidas concretas (art. 136; p. ej., requisa y allanamiento). Luego, en el juicio, todo será bastante parecido a como es hoy, porque la prueba se producirá en presencia y con la intervención de todas las partes.

Sin embargo, en esta segunda etapa del proceso —la del juicio— sobresalen dos reglas novedosas: la *prohibición* para los jueces del tribunal de disponer pruebas de oficio e, incluso, de hacer preguntas a los testigos, cualquiera que fuera (arts. 128, inc. c, y 156 del nuevo CPPN).

Respecto de la primera limitación enunciada —aquella de impedir la producción oficiosa de prueba por parte del tribunal—, la regla es correcta, pues resguarda principios tan elementales como la imparcialidad del juez y la paridad de armas. En cuanto a la segunda limitación, que impide por completo interrogar a los testigos durante el juicio, la regla va más allá de la difundida propuesta general de la doctrina de que las facultades jurisdiccionales en los interrogatorios deberían limitarse únicamente a preguntas aclaratorias sobre algún punto de la declaración del testigo. Ahora ni siquiera esta posibilidad ha quedado en pie (2).

II. Una cuestión de conceptos

El Código no usa distintas palabras para referirse al material probatorio obtenido en la etapa preparatoria y aquél obtenido durante el juicio. A todo lo llama "prueba" (si bien en algunos artículos utiliza la imprecisa voz "informaciones" para referirse a la prueba recogida en la etapa preliminar; p. ej., arts. 64, inc. k, 197 y 200, entre otros), y no está mal que así sea, porque, en definitiva, no sólo se evita una estéril discusión conceptual destinada al fracaso, sino que, sobre todo, se reconoce —al usar la misma expresión— que siempre y en todos los casos se trata de *materia útil* para la adopción de alguna decisión de importancia: ya sea para imponer una prisión preventiva o para requerir una elevación a juicio durante la etapa preparatoria, o bien para condenar en la etapa de juicio. No hay entonces diferencias terminológicas: las diferencias, y muchas, están en cómo se obtienen (cómo se producen) unas y otras, porque, naturalmente, no es lo mismo un testimonio recogido por un abogado defensor en la etapa preparatoria que un testimonio recibido durante una audiencia de debate. Y de hecho, los dos tipos de prueba tienen consecuencias procesales distintas: sin ir más lejos, la prueba producida en la etapa preliminar ni siquiera podrá ser valorada —al menos como regla general— por los jueces al dictar sentencia al cabo del juicio.

Pongo un ejemplo que despeja cualquier duda que pudiera existir sobre esto de que todo es "prueba": el art. 3 del nuevo CPPN establece que "nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta tanto una sentencia firme, dictada en base a *pruebas* legítimamente obtenidas, desvirtúe el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona" (el destacado es mío). La sentencia condenatoria que se dicta en el procedimiento abreviado se basa en los elementos recogidos durante la etapa preliminar. Si éstos no fueran "pruebas", ninguna sentencia de juicio abreviado sería válida, porque atentaría contra el principio de inocencia, tal como está concebido en el art. 3 citado (3). Esto no quiere decir, por supuesto, que por el mero hecho de llamarse "pruebas" posean un estatuto epistemológico que garantiza suficientemente la buena calidad de la sentencia condenatoria. Ese estatuto se obtiene, en cambio, en función de cómo se obtiene (cómo se produce) la prueba (si es un testimonio recogido privadamente por un abogado, o por un fiscal en su despacho a solas, o bien en el contexto de un examen y contra-examen oral con intervención de todas las partes, etc.) (4). Sobre esto volveré más adelante.

III. Las repercusiones de la reforma en la calidad epistémica del nuevo proceso penal

La forma en que se regula la producción de la prueba no sólo nos indica ante qué tipo de modelo procesal penal estamos sino que tiene también una consecuencia epistemológica que es mucho más importante que cualquier discusión dogmática sobre conceptos y adecuaciones a modelos históricos de enjuiciamiento. En efecto, a partir de las características de la regulación probatoria podremos formular juicios sobre la *calidad epistémica* de las decisiones jurisdiccionales y del proceso en general, pues las reglas probatorias son las que nos indican cómo se conocerá un determinado hecho, esto es, cómo se *confirmará* o se *refutará* una determinada hipótesis fáctica. Una regla sobre libertad probatoria, como la contenida en el art. 127 del nuevo CPPN, claramente favorece a la calidad epistémica del proceso, en tanto que una regla — como la contenida en el art. 220, último párrafo— que da la posibilidad a la fiscalía de ocultar a un imputado que se está llevando a cabo una investigación que lo involucra, atenta contra aquella calidad, pues se impide el ejercicio de la contradicción o, en todo caso, se dilata este ejercicio hasta el momento de la "formalización" de la investigación, lo cual puede repercutir en un desvío de la investigación de difícil enderezamiento ulterior (5). Y esto es importante porque, como dice Schünemann,

"debe ser tan posible la persecución y esclarecimiento fructífero de delitos como, por otro lado, lo debe ser una defensa exitosa contra una sospecha infundada. El proceso debe ser un sistema interaccionista"(6). El ocultamiento no beneficia a nadie, ni siquiera a la fiscalía.

El poder público de investigar un *hecho penal* lo puede tener el fiscal o el juez, no hay otras opciones. Los modelos, según a quién se asigne este poder, entrañan, cada uno de ellos, severos riesgos: 1) si el poder lo tiene el juez, el riesgo que se produce es para la imparcialidad con que se debe juzgar y, de este modo, se pone en riesgo también la calidad de la *verdad procesal* contenida en la decisión; 2) si el poder lo tiene el fiscal, el riesgo es que la investigación se convierta en una arbitraria persecución contra el ciudadano, porque ciertamente el fiscal es una *parte* en el proceso —si bien no en sentido estricto o material (7), pues no *sufre* el proceso, sí al menos en sentido formal o instrumental (8)—, que tiene funciones y objetivos claramente determinados: el primero entre todos, desempeñar el papel de acusador público y llevar adelante todos los actos que le corresponden a éste por ley (impulsar la acción penal, formular la hipótesis de imputación, preparar la acusación y, luego, si corresponde, pedir la condena).

La cultura jurídica dictaminó, hace tiempo, que el primer riesgo es más grave, porque allí toda la arbitrariedad que se dispara a partir de la pérdida de imparcialidad del juzgador provoca desastres y no tiene remedio. En el segundo modelo, en cambio, el fiscal que investiga puede, en el camino, caer en arbitrariedad y lesionar la defensa en juicio, pero no es él quien resolverá el caso y esto constituye una diferencia notable y fundamental con el primer modelo.

Por eso la idea —plasmada en el nuevo CPPN— de que la investigación penal quede en manos de la fiscalía debe celebrarse. Está totalmente agotado el modelo que confiere el poder investigativo a un juez de instrucción, que dispone procesamientos, embargos y prisiones preventivas. El modelo de juez y parte (porque el juez de instrucción no sólo es juez del imputado sino que también es juez de su propio trabajo, esto es, de su propia investigación, a punto tal que pone en juego, entre otras cosas, su eficacia y prestigio como juez en cada causa en que le toca intervenir (9)) será correctamente sustituido por un modelo donde el juez se mantendrá al margen de la producción probatoria y tendrá un papel predominantemente decisor, tanto durante la etapa preparatoria como en la de juicio. Todo esto favorece un mejor conocimiento de los hechos.

De todas maneras, los riesgos que presenta un modelo como el que propone el nuevo CPPN siguen vigentes. En efecto, hemos aparentemente superado una primera discusión, relativa a quién debe investigar, pero ahora viene otra: ¿cómo impedir —o al menos limitar— la arbitrariedad en la actuación del nuevo investigador, esto es, del fiscal? Dado que es él quien llevará adelante la investigación, deberemos poner la atención en aquellas reglas que determinan cómo debe hacerlo y, sobre todo, en lo que aquí interesa, cómo y cuándo debe producir las pruebas.

Creo que las preguntas relacionadas con estas cuestiones son fundamentales y van a empezar a ocupar el centro de las discusiones de la dogmática procesal (10), porque el problema sigue siendo el mismo de siempre: la investigación preparatoria es lo que determina si un caso va a juicio o no, es decir, si una persona será sometida a ese verdadero castigo que es un juicio penal, oral y público. Y además, el dato —o conclusión— que surge de la etapa preliminar es determinante para dictar la medida más gravosa durante un proceso penal: la prisión preventiva del imputado. Como

sostiene Schünemann, "los datos se tiran en la instrucción"(11) y un desarrollo equivocado de ésta sólo puede ser corregido en el juicio oral en casos excepcionales.

IV. La importancia del principio de objetividad en la producción de las pruebas

La primera respuesta a la pregunta sobre cómo limitar la eventual arbitrariedad de la fiscalía en el desarrollo de la investigación preliminar —concretamente, en la recopilación del material probatorio— viene dada por una regla deontológica que se encuentra expresada como segundo principio (el primero es el de la libertad probatoria) en las "Normas generales" del Libro "Medios de prueba": el art. 128, inc. a, del nuevo CPPN establece que "la recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal que actuará bajo los principios de objetividad y buena fe, y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece".

Son varios los Códigos Procesales provinciales que han consagrado, como ahora lo hace el nuevo CPPN, el principio de objetividad (p. ej., provincias de Buenos Aires, Catamarca, Chubut); también ha estado presente en los proyectos de reforma del Código Procesal Penal nacional que hubo hasta ahora (al menos en los elaborados por la Comisión constituida por el PEN en el año 2007 (12) y por el INECIP). Si bien es muy importante que el principio esté positivado, en caso contrario él podría ser derivado directamente tanto del art. 120 de la Constitución Nacional (y de hecho así se hace), como también de la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional). También en los modernos Códigos Procesales Penales latinoamericanos se encuentra presente esta exigencia de objetividad (Chile, Costa Rica, República Dominicana, etc.).

El nuevo CPPN dispone expresamente que el fiscal debe actuar con "objetividad y buena fe" y que podrá ser recusado "si existe algún motivo serio y razonable que afecte la objetividad en su desempeño" (art. 89), lo cual demuestra el énfasis que el legislador le ha querido dar al respeto por este principio que debe orientar la actuación de la fiscalía durante todo el proceso de investigación y de producción de prueba. En general, el deber de "objetividad" del fiscal es entendido como la obligación jurídica de proceder tanto en contra como a favor del imputado, extendiendo así su investigación a las circunstancias tanto de cargo como de descargo (13).

Los Códigos superadores de la instrucción formal propia del modelo continental se han ido perfilando, como ahora también el nuevo CPPN, hacia el sistema adversarial, con investigaciones totalmente *desformalizadas*. En el caso del nuevo CPPN, el mensaje de elevación del anteproyecto anunció: "se *desformaliza* la tramitación de los *legajos*", y afirmó que la propuesta es "migrar" hacia "un modelo de corte acusatorio y adversarial". Más aún, en el art. 2 del nuevo Código, en el cual se establecen los "Principios del proceso acusatorio", se menciona, junto con los tradicionales oralidad, publicidad y contradicción, a un llamativo y sorprendente principio de "desformalización". Conteste con esto último, el art. 197 dispone que el legajo de investigación "pertenece" al fiscal y que "no estará sujeto a formalidad alguna".

Así, con un fiscal a cargo de la investigación del hecho ilícito —y, por lo tanto, de la producción de la prueba en la etapa preparatoria— y un juez en posición de ajenidad respecto de dicha tarea, se fue instalando la (a mi entender equivocada) idea, cada vez más acentuada en la doctrina, de que la fiscalía sólo debe ocuparse de buscar las pruebas en contra del imputado para llevarlo a juicio, y de que la defensa, por su parte, debe ocuparse de demostrar que la hipótesis acusatoria es falsa o, al menos, de introducir la duda sobre su veracidad. No me parecería para nada bueno ni saludable

que esta idea se instalara entre los operadores del nuevo CPPN. Es más, creo que debería afianzarse la idea contraria, por muchas razones, pero sobre todo porque la investigación objetiva cumple una función de garantía, en tanto permite una mejor realización de la garantía de defensa en juicio y, por supuesto, pone en acto el principio de paridad de armas(14).

En este sentido, creo que será de vital importancia la observancia irrestricta del principio de objetividad, ahora que nos dirigimos a un modelo de enjuiciamiento con un pronunciado corte adversarial, con la investigación *des-formalizada* e incluso atravesada con criterios de oportunidad. Es equivocada la idea de que el fiscal debe comportarse como una "parte" en el proceso en sentido *material*, sacrificando en el altar de la *carga de la prueba* toda actuación que pudiera resultar beneficiosa para el imputado. No olvidemos que incluso la doctrina local más importante ha desestimado, hace tiempo, la importancia del principio de la carga de la prueba en el proceso penal (15) (idea que de todos modos resulta un tanto extrema, pues, al menos en un sentido, el principio de la carga acusatoria de la prueba es sumamente relevante, en cuanto divide las aguas entre la acusación y la jurisdicción, estableciendo la regla más básica de que la prueba de la acusación sólo le compete a quien acusa (16)). Quiero añadir, por otro lado, que incluso en EE.UU., donde el fiscal claramente no está legalmente obligado a orientarse por criterios "objetivos" en su actuación investigadora, la Corte Suprema de Justicia de ese país lo caracterizó, en un antiguo y conocido caso de 1935, como un "sirviente de la ley", que debe interesarse tanto en el castigo de los culpables como en el no sufrimiento de los inocentes (17), con lo cual ni siquiera en la meca del proceso acusatorio el fiscal es entendido como un mero *verificador* de acusaciones.

Por eso es muy importante que se respete a rajatabla la regla general en materia probatoria que establece que el fiscal debe "recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad". La propia ley es la que le impone entonces a la fiscalía el deber de producir las pruebas que también favorezcan al imputado y que en su actuación sea objetiva (por más que sabemos que esto sólo puede ser una idea-guía, nunca alcanzable completamente, pero que sí debe orientar la investigación). Y no debemos confundir objetividad con imparcialidad, pues son dos cosas claramente distintas (18). Por supuesto que la observancia de la regla de objetividad debe ir acompañada de un necesario *espíritu de autocrítica* y de *apertura a la crítica*. El principio de objetividad del fiscal, en esta suerte de dimensión *epistemológica*, no puede significar más que esto: una *actitud*—que debe verse reflejada en la actividad del fiscal— de permanente *autocrítica* ante sus propias hipótesis y de apertura respecto de las vías de investigación (léase hipótesis) alternativas que eventualmente proponga el imputado y de las pruebas que, en confirmación de aquéllas, aquél sugiera.

V. Remedios frente a las imposibilidades de producción de prueba

Puede ocurrir —y va a ocurrir— que muchos imputados (¿la mayoría?) carezcan de recursos para producir sus propias pruebas, esto es, para llevar su propio legajo o cuadernillo de pruebas. Para estos casos resulta sumamente importante la *obligación* general impuesta a los fiscales, analizada en el punto anterior, de realizar medidas investigativas favorables a aquél. Esta obligación no debería convertirse en letra muerta, porque si no la posibilidad de una defensa eficaz se encontrará verdaderamente limitada. No olvidemos, además, que las pruebas de la etapa preparatoria, aun cuando carecerán en general de valor para el juicio, sí pueden ser tomadas en cuenta —y de hecho deberán serlo—, por ejemplo, para la adopción —o el rechazo— de medidas de coerción (tal el caso de la prisión preventiva, arts. 187 y

198), para la solicitud de envío del caso a juicio (art. 241), para la imposición de una condena en el ámbito de un procedimiento abreviado (art. 290), o por el imputado, para instar ante el juez su sobreseimiento (art. 198), o, antes aún, para intentar convencer al fiscal (por ejemplo, acerca de la inexistencia del hecho o de su ajenidad con respecto a éste) con el objeto de que archive la investigación (art. 200).

Sin embargo, como sabemos que no será sencillo que la fiscalía se comporte de ese modo, y en todo caso, ante la duda de que eso suceda siempre y en todos los casos, el nuevo CPPN trae remedios importantes para aquellos supuestos en que un fiscal, obstinado con su hipótesis, no quiera producir ninguna prueba favorable al imputado (19).

En efecto, más allá de las facultades probatorias que se confieren a la defensa, se ha previsto un recurso rápido y eficaz ante el juez de la investigación preliminar, en aquellos supuestos en que el fiscal se negase a la producción de una medida propuesta por la defensa.

El recorrido comienza en la fiscalía y finaliza en el juzgado. En el art. 227 se dispone que, "sin perjuicio de sus facultades de investigación autónoma", el imputado puede "proponer" al fiscal la realización de diligencias. Sin embargo, los casos en que puede hacerlo pareciera que son taxativos y por cierto bastante limitados: 1) cuando su "realización puede verse frustrada de no ser practicadas en esa oportunidad", o 2) cuando "dependiera de ellas la resolución de una medida cautelar". Es deseable entonces que esta regla no se asuma taxativamente y que el Ministerio Público Fiscal la amplíe a otros supuestos no contemplados en la norma.

El segundo párrafo del mismo art. 227 da pocas esperanzas en este sentido, cuando dispone que el fiscal "podrá rechazar la medida si no se comprobaran los extremos del primer párrafo o si se tratara de medidas evidentemente dilatorias". Para esto cuenta con 48 horas. A pesar de todo, una luz de esperanza se enciende con la regla establecida en el art. 128, inc. b, que dispone como principio general que para la "recolección" de pruebas las partes podrán recurrir al representante del Ministerio Público Fiscal "si fuese necesaria su intervención". La "necesidad" puede derivar de múltiples —infinitas— situaciones, con lo que habrá que ver de qué modo compatibilizarán los operadores del sistema esta amplia —y buena— regla con aquella otra restrictiva —y mala— del art. 227, primer párrafo. Por mi parte, no tengo dudas de que cualquier situación de necesidad debe ser contemplada por el Ministerio Público para producir una prueba sugerida por la defensa, y no sólo aquellas situaciones previstas en el art. 227, primer párrafo.

De cualquier manera, más allá de esto, en el tercer párrafo del artículo 227 se intenta dar una solución a la situación de arbitrariedad que podría generarse en este tema, a través de la consagración de la facultad de acudir ante el juez para que ordene al fiscal hacer las pruebas propuestas por el imputado y rechazadas por aquél.

Este escenario, sin embargo, no es el mejor, porque la puesta en práctica habitual de este remedio conllevará dos problemas serios: la ralentización de los procesos y, peor aún, la afectación paulatina de la imparcialidad del juez de la etapa preliminar, que se irá involucrando en las pesquisas y en sus resultados, que es justamente lo que este nuevo CPPN quiere evitar. Mejor será que el Ministerio Público Fiscal trate por todos los medios de evitar este mecanismo, por el bien de todos, dando la mayor amplitud posible a la facultad de proposición de pruebas por parte del imputado y su defensor.

Otra regla que tiene un sentido similar a la del tercer párrafo del art. 227, que concurre en apoyo del imputado, es la del art. 246, anteúltimo párrafo, que en el momento del "control de la acusación" le permite solicitar al juez el "auxilio judicial" para la producción de pruebas. La regla, según el artículo, es que la parte que quiere obtener la prueba tendrá a su cargo la producción; pero "si es necesario" podrá requerir aquel auxilio. Por último, está también la posibilidad de recurrir al mecanismo del "anticipo de prueba" regulado en el art. 229, que establece, dados ciertos presupuestos (p. ej., que se trate de un acto definitivo e irreproducible), la posibilidad de que una prueba sea producida en presencia del juez, con intervención de todas las partes.

VI. Problemas generales referidos a la prueba testimonial

Antes mencioné que las dificultades para producir una prueba por propia cuenta pueden ser muchísimas. En el caso de la declaración testimonial, la dificultad puede provenir hasta del motivo más sencillo y caprichoso: que el testigo no quiera hablar ante el abogado defensor. Por eso, insisto, es muy importante que el Ministerio Público extienda la posibilidad de producir las pruebas propuestas por el imputado a *cualquier* situación de necesidad. Teniendo en cuenta este ejemplo sencillo, probablemente hubiese sido bueno incorporar al nuevo CPPN una regla que impusiera a todas las personas un deber genérico de declarar ante los abogados del imputado, al menos en el marco de una investigación en trámite. Con esto no sólo se facilitaría el ejercicio de la defensa en juicio sino que se podría descomprimir el sistema que, tal como está diseñado, habilita a acudir ante el fiscal —y luego ante el juez— cada vez que alguien no quiera dar su testimonio. En EE.UU., en algunos Estados, existe esta obligación de declarar ante la defensa (20).

De todos modos, hay que ver si esa regla no está ya contenida en el nuevo CPPN, es decir, si podemos obtenerla del propio Código. Todo depende de cómo se interprete el art. 154 del nuevo CPPN, que dispone que "Durante la investigación preparatoria, los testigos estarán obligados a prestar declaración salvo las excepciones previstas en la ley". ¿Esta *obligación* podría hacerse extensiva a las declaraciones requeridas por abogados defensores (particulares y/u oficiales)? La pregunta queda planteada, pero lo cierto es que esta regla que impone el deber de declarar no distingue entre Ministerio Público y defensores. En Italia, por ejemplo, el defensor está obligado a hacerle saber al testigo, al momento de entrevistarse con él, que puede negarse a brindarle informaciones, pero en ese caso está previsto un remedio consistente en la posibilidad de acudir ante la fiscalía o incluso ante el juez, para que se recabe el testimonio que le interesa a la defensa (21).

Luego aparece un problema con el art. 264, que rige para la etapa de juicio, pues allí se dispone que "En el contraexamen las partes podrán confrontar al testigo o perito *con sus propios dichos o con otras versiones*" (esta regla se refuerza con el art. 256, último párrafo (22)). Este es un problema, porque el testigo, "confrontado" (¿presionado?) con declaraciones o "versiones" anteriores, va seguramente a intentar acomodar su declaración en el juicio a aquella prestada en soledad, ante el fiscal (donde incluso habrá declarado bajo juramento, lo cual es un problema adicional) o ante la defensa. Así, el juicio corre el riesgo de degenerar en la ratificación de lo actuado en la fase de investigación, en la que la fiscalía hizo sus interrogatorios probablemente con un tinte *verificacionista* (23). Mejor sería que esas actuaciones que contienen "otras versiones" de los hechos no puedan ser esgrimidas para nada en el juicio. Si no, de algún modo estaremos repitiendo defectos del sistema todavía vigente.

Cita: AP/DOC/802/2015

(1) La finalidad de "averiguar la verdad" como meta del proceso sigue presente en este nuevo CPPN (p. ej., art. 196, entre otros), lo cual es una clara reminiscencia de los modelos inquisitivos y mixtos. Crítico por esto mismo, Pastor, Daniel, Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 83.

(2) He analizado estas dos cuestiones en mi libro "La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica", 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2011, ps. 197/228. Pastor considera que es correcta esta limitación absoluta para el juez de dirigir preguntas al testigo (cfr. Pastor, Daniel, Lineamientos..., cit., p. 66).

(3) En el art. 17, que dispone principios sobre las "restricciones a la libertad", se presenta una situación parecida, porque se establece que nadie puede ser encarcelado "sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito". También en la recusación se habla de prueba (art. 61) y en el art. 70, que regula la forma de la declaración del imputado, momento en el cual se le informará "el contenido de toda la prueba existente". Los ejemplos son muchos más.

(4) Ninguna prueba tiene un valor epistémico a priori. No es esto a lo que me refiero, porque nada es "prueba" ni "mero indicio" en sí y apriorísticamente, pues todo es "prueba". Su mayor relevancia epistémica dependerá de la valoración racional que efectúa el juez una vez que analiza el conjunto de los elementos probatorios de los que dispone, sobre la base de las reglas de la sana crítica. Lo que, en cambio, pretendo resaltar en este punto es que, en lo que hace a la mecánica de producción de una prueba, su valor epistémico sí puede ser, de algún modo, establecido a priori. No será lo mismo el valor de un acta que ha recogido en la soledad de un despacho de una fiscalía el testimonio de una persona, sin contradicción alguna, que el valor de un testimonio prestado en el marco de una audiencia oral y pública con pleno desarrollo de la contradicción entre las partes, del interrogatorio y el contra-interrogatorio.

(5) Así como la subjetividad impregna la investigación de cualquier científico, también ella impregna, necesariamente, la investigación que lleva adelante el fiscal, pues no le es posible desligarse de su particular contexto (subjetividad) en ninguno de los momentos o etapas en que desarrolla su actuación. Es sumamente difícil, si no imposible, advertir y reconocer errores propios en una investigación —cualquiera que sea— y volver sobre los pasos para empezar otra vez. Esto lo ha explicado Khun hace mucho tiempo (cfr. Kuhn, Thomas, "La estructura de las revoluciones científicas", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000) y no parece haber muchas buenas razones para pensar que estaba equivocado. Por eso es tan importante que la contradicción se active lo antes posible, porque sólo ese método, que copia el esquema del ensayo y error del falsacionismo de Karl Popper, está en condiciones de garantizar la mejor calidad epistémica del proceso.

(6) Cfr. Schünemann, "La reforma del proceso penal", Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 49.

(7) Esta postura es mayoritariamente sostenida. Véase, al respecto, la opinión de Maier, quien prefiere hablar del fiscal como "sujeto procesal" y se apoya, para ello, en las opiniones de Vélez Mariconde y Roxin (cfr. Maier, Julio B. J., "Derecho procesal penal", t. I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 507, y "Derecho procesal penal", t. II, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 183; Vélez Mariconde, "Derecho procesal penal", t. II, cap. IV, 4, ps. 152 y ss.; Roxin, Claus, "Derecho procesal penal", trad.

cast. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, ps. 121 y ss.).

(8) Cfr. Carnelutti, Francesco, "Cómo se hace un proceso", trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, 1999, p. 74, quien explica que con el fiscal "se restablece el contradictorio" en el proceso penal; "su función original, ciertamente, es la de integrar el contradictorio, oponiéndose al imputado, o más bien a su defensor".

(9) Esto del "prestigio" ha sido muy trabajado en los Estados Unidos con referencia a los fiscales, que son quienes allí llevan adelante las investigaciones. Las consideraciones al respecto son perfectamente aplicables a la figura de nuestro juez instructor, en tanto es éste quien lleva adelante, desde el principio y hasta la remisión del caso a juicio, la investigación penal. En Estados Unidos se sostiene que, generalmente, "la 'tasa de condenas' constituirá la unidad de medida de la eficacia de una oficina fiscal, y aquellos que contribuyan al incremento de esa tasa son quienes progresarán" (cfr. Bandes, Susan, "Loyalty to One's Convictions: The Prosecutor and Tunnel Vision", *Howard Law Journal*, vol. 49, nro. 2, 2006, p. 484; también Medwed, Daniel, "The Zeal Deal: Prosecutorial Resistance to Post-Conviction Claims of Innocence", *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, p. 138).

(10) En sentido similar, Pastor señala que el tema de la "adquisición probatoria" por parte de la fiscalía es "el terreno más conflictivo del modelo de instrucción a cargo del fiscal" y "el tema más interesante y el más importante del Código" (cfr. Pastor, Daniel, *Lineamientos...*, cit., p. 58).

(11) Cfr. Schünemann, "La reforma...", cit., p. 37.

(12) Anteproyecto de CPPN elaborado por la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal, constituida por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 115, del 13/2/2007 (BO del 16/2/2007).

(13) Cfr. Maier, Julio B. J., "Derecho procesal penal", cit., t. II, p. 301. Podría decirse que el principio aquí estudiado es recogido sólo implícitamente por el CPPN vigente, en su artículo 193. En el caso alemán, la situación es similar. Sostiene Roxin que "El fiscal del proceso penal alemán no es 'parte'. Por ello no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que 'debe investigar también las circunstancias que sirvan de descargo' (§ 160, II); todo lo contrario sería irreconciliable con su obligación hacia la verdad y la justicia... (Él) debe proceder de esta manera, pues sólo de este modo contribuirá a lograr una decisión correcta" (cfr. Roxin, "Derecho procesal penal", cit., p. 53).

(14) He desarrollado estos temas en mi libro "La verdad en el proceso penal", cit., ps. 262/276.

(15) Cfr. Maier (en "Derecho procesal penal", cit., t. I, ps. 505/510) y Binder. Para este último, la idea de la carga de la prueba "no es aplicable al proceso penal" y "no juega un papel muy importante y prácticamente puede ser desechada" (cfr. Binder, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", 2ª ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 128).

(16) Ferrajoli defiende el principio de la "carga acusatoria de la prueba" en el proceso penal, pues designa un axioma garantista en virtud del cual no hay acusación sin prueba. En palabras del maestro italiano: "En el conflicto, por otra parte, el primer

movimiento incumbe a la acusación. Al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esta prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación. De aquí el corolario de la carga acusatoria de la prueba expresado por (el) axioma... *nulla accusatio sine probatione*" (cfr. Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 610/611).

(17) Cfr. "Berger v. United States", 295 U.S. 78, 88 (1935).

(18) El hecho de que el fiscal tenga entre sus funciones la prueba de la ocurrencia de los hechos así como de la responsabilidad del acusado impide inevitablemente su neutralidad, situación que, en cambio, define el lugar —sobre todo funcional— en que se halla el juez frente al caso concreto. La "neutralidad" ante el caso concreto (imposible en quien tiene el deber de probar algo, como es el caso de la fiscalía con respecto a la hipótesis acusatoria) es el rasgo distintivo, precisamente, de la imparcialidad. Ahora bien, difícilmente alguien pueda ser "objetivo" frente a algo, pues ya el mero contacto con ese "algo" está mediado por nuestros sentidos de percepción e interpretado según nuestros marcos teóricos; con ello podríamos decir que nunca ni el fiscal (ni tampoco un juez instructor) son completamente objetivos en sus tareas. Sin embargo, la "neutralidad" sí es posible, al menos para el juez, y allí radica fundamentalmente su imparcialidad, pues la neutralidad hace referencia a una situación funcional durante el conocimiento de ese "algo" y, a diferencia del fiscal, el juez permanecerá, en este aspecto, siempre ajeno. Un claro ejemplo de la falta de neutralidad o imparcialidad del fiscal se produce al momento en que produce la acusación: empujado normativamente a realizarla, el fiscal, utilizando palabras de Roxin, manifiesta su convicción en torno a la "existencia de una 'sospecha suficiente' que, según la opinión dominante, se presenta cuando es probable una condena en el juicio oral, en virtud de las investigaciones realizadas hasta el momento" (cfr. Roxin, "Derecho procesal penal", cit., p. 329).

(19) La posibilidad de que esto suceda no es un mero ejercicio intelectual que planteo en este artículo. Al contrario, existe un montón de condicionamientos que afectan el modo de acceso a los hechos por parte del fiscal y que pueden terminar por distorsionar su tratamiento del caso concreto. En este sentido, el fiscal está indudablemente influenciado por la gente con la cual desarrolla su trabajo: como se ha escrito, "las víctimas y sus familias que dependen de él, los oficiales de policía de los que depende, los colegas con los que trabaja cercanamente, y los supervisores cuya buena opinión busca", todos ellos están dispuestos a persuadirlo de que el imputado merece castigo. En cambio, "la persona a la cual el fiscal no llega a conocer nunca es al imputado". Todo esto contribuye a la conformación de una visión distorsionada de los hechos por parte de la fiscalía, que la literatura norteamericana ha denominado "Tunnel Vision" (algo así como "visión túnel"; cfr. Bandes, Susan, "Loyalty to One's...", cit., p. 486; Fisher, Stanley, "In Search of the Virtuous Prosecutor: A Conceptual Framework", *American Journal of Criminal Law*, vol. 15, 1987, p. 208). En Estados Unidos, a estos factores se suman también las presiones, de índole política, que reciben los fiscales, "generadas por la necesidad de reelección" (cfr. Bandes, Susan, "Loyalty to One's...", cit., p. 484); estos fiscales también suelen verse influenciados por el deseo de satisfacer las demandas de los electores (Zacharias, Fred y Green, Bruce, "Prosecutorial Neutrality", *Research Paper* publicado en la *Social Science Research Network*, 2004, p. 22). Si bien esto último no aplicará a nuestro sistema, lo cito para que se vea que los factores que pueden influir (distorsionar) la visión del fiscal son muchos y variados.

(20) Cfr. Schünemann, "La reforma...", cit., p. 72.

(21) CPP Italia, art. 391 bis, incs. 3.d, 3.e. y 4. El inc. 10 de este mismo artículo dispone que cuando el testigo hizo uso de su facultad de no responder al defensor, éste puede solicitarle al fiscal que le reciba declaración, lo cual deberá ser cumplido por el órgano acusador en el plazo de siete días; más aún, el inc. 11 establece que el defensor incluso podrá pedir, en el supuesto aquí indicado (negativa del testigo a contestar a sus preguntas), que la declaración testimonial sea recibida ante el juez, en el contexto del denominado "incidente probatorio". En cuanto a las declaraciones recibidas por la fiscalía durante la investigación preliminar, pesa sobre el testigo la obligación de declarar y de hacerlo bajo juramento (CPP Italia, art. 362 en función del art. 198).

(22) Esta norma deja a salvo la posibilidad de presentar, durante el juicio, "documentos al testigo, perito o al imputado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización de los jueces. En todo caso, se valorarán los dichos vertidos en la audiencia". Evidentemente, entre estos documentos se está pensando también en las actas de la investigación preliminar, si no, no se comprende el sentido de la aclaración final de que "en todo caso, se valorarán los dichos vertidos en la audiencia".

(23) En igual sentido, Schünemann, "La reforma...", cit., ps. 67/68, quien señala que "nunca existirá una instrucción completamente contradictoria" y que si sobre la base de declaraciones o actas de la instrucción se preguntara a los testigos: "¿Declaró Ud. esto ante la policía, tal como lo ha firmado, o el funcionario de policía escribió algo falso en el acta? Y ¿dijo Ud. en aquel entonces la verdad ante los funcionarios de policía o mintió?", resultaría "muy difícil encontrar un testigo que, después de esta actitud de reproche de la justicia, no ratifique en el juicio oral la corrección de su declaración prestada en sede policial. Entonces, formalmente existe la ratificación en el juicio oral, pero en realidad la antigua declaración prestada ante la policía queda en un primer plano como base idónea para la sentencia. Aquí está el talón de Aquiles de todo reforzamiento de los derechos de la defensa en la instrucción... Una concepción reformista que no vea este talón de Aquiles y no prepare ningún remedio en su contra, debe ser considerada, sin rodeos, en gran parte sin valor".