

1. ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y PÚBLICA

1.1. El papel de la verdad en el proceso penal

1.1.1. Contra la inquisición

La clarificación de las bases republicanas de la justicia penal no ha sido un proceso lineal ni sencillo. No porque no existiera una tradición de luchas alrededor de los modos de enjuiciamiento – no debe olvidarse que ya en la Carta Magna se encuentran definiciones acerca de cómo debe ser un juicio que respete libertades esenciales –, sino porque el impacto de la “revolución inquisitorial” ha sido tan grande que caló, de manera profunda, en las prácticas institucionales de la Europa continental, que hasta en el presente, cuesta liberarse de su influjo.

FOUCAULT señala esta fuerza de un modo muy plástico:

La acumulación de la riqueza y el poder de las armas, y la constitución del Poder Judicial en manos de unos pocos, es un único proceso que se fortaleció en la Alta

ALBERTO BINDER

Edad Media, y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII. En este momento, aparecen una serie de fenómenos totalmente nuevos en relación con la sociedad feudal, el imperio Carolingio, y las antiguas reglas del Derecho Romano. (...) 1. Una justicia que no es más pleito entre individuos (...), 2. Aparece una figura totalmente nueva, que no tiene precedentes en el Derecho Romano: el procurador (...), 3. Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción (...), 4. Aparece el gran mecanismo de las confiscaciones (...). Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitía la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación¹.

Se trató no solo de un cambio en los “procedimientos”, sino de la creación de todo un modelo de administración de justicia, fundado en una concepción distinta y moderna del ejercicio del poder. La justicia es, desde entonces, “justicia del rey” y aparato consolidado, al servicio de intereses muy concretos de cada una de las casas reales. Se considera una maquinaria aceptada, al permitir al poder real, dotarlo de un alcance, legitimidad y beneficios económicos

¹ FOUCAULT, M. *La verdad y...*, pgs. 76 y 77.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

muy amplios, con una forma de arbitrariedad encubierta, extremadamente eficiente.

Todo el esfuerzo del debate de los pensadores ilustrados del siglo XVIII y todos los movimientos políticos que giraron alrededor de la Revolución francesa, tienen como blanco directo esa precisa forma de administrar justicia. El modelo inquisitorial no es algo inventado para perseguir brujas, sino un complejo mecanismo político – legal –, organizacional y cultural, al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquías absolutas. Precisamente este modelo de justicia es el que – en los últimos veinte años – se está tratando de dejar.

En América Latina, hace poco más de una década, muchos países (Guatemala, Honduras, Venezuela, Argentina – parcialmente –, Chile, Paraguay, etc.) mantenían una legislación que, formalmente, obligaba a realizar procesos penales escritos y secretos, con poca variación, respecto de las viejísimas leyes coloniales.

Otros países (estados argentinos, Perú, Costa Rica, El Salvador, México, Brasil, Bolivia, etc.) habían realizado procesos de reforma, estableciendo variantes, modelos mixtos; es decir, conjugaban la forma escrita en la etapa preparatoria (instrucción) con los juicios orales – modelo del Código de Instrucción Criminal francés, en gran medida tamizado por la experiencia italiana –. Sin embargo, en un caso u otro, la práctica generalizada era

la de un escriturismo, sostenido por la cultura forense formalista, la enseñanza rutinaria – meramente exegética –, y modelos de organización centrados en la tramitación de expedientes y el trasiego de papeles. Recordar esta situación – cuyos efectos aún perviven en muchos países – es un buen punto de partida para destacar la tarea, a la vez simple y ciclópea, que tuvo que llevar adelante el llamado proceso de reforma de la justicia penal en América Latina.

Pese a que, lo anteriormente expresado, es la forma más directa y clara de identificar el fenómeno, no podemos quedarnos en una visión superficial del mismo, que lo muestra como simple “pervivencia del pasado” o, peor aún, como uno de los modelos posibles de justicia penal, afincado en las tradiciones de cada uno de los países.

Tras la supuesta apertura y relativismo de quienes así lo señalan, se esconde una mirada superficial sobre las funciones de la justicia penal en el pasado, presente y en las expectativas que tenemos de esta en el futuro. América Latina ha mantenido – y todavía le cuesta dejar atrás – el modelo inquisitorial de justicia penal, no por una cuestión de idiosincrasia o de tradición, sino porque le ha costado – y todavía le cuesta – construir un sistema político basado en las ideas republicanas y el imperio de la ley.

En primer lugar, ello significa la pervivencia del derecho penal de tipo infraccional – aquella visión que lo percibe, antes que nada, como desobediencia de mandatos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

desde el poder –. No se trata de un instrumento social para resolver conflictos entre derechos, intereses, personas o colectividades, sino entre el ciudadano, visto más bien como súbdito, y el poder como poder central, como vértice, como monarquía. En la tradición inquisitorial, el delito es siempre desobediencia al rey – al soberano, al orden, al sistema de normas –.

En segundo lugar, la forma escrituraria-inquisitorial que se busca dejar atrás, produce una forma administrativa de Poder Judicial, que se expresa en la existencia de una maquinaria burocrática (juzgados, secretarías, oficinas) que se independiza de las personas que ejercen la jurisdicción, hasta el punto que se han dado casos de “juzgados” o “tribunales” que han continuado trabajando sin tener un juez asignado – mediante el simple expediente de la delegación de funciones en empleados subalternos y alguna firma “subrogante” que legalizaba el funcionamiento maquinal –.

En tercer lugar, esta concepción maquinal y estatista se caracterizaba no solo por la concentración de funciones (en el juez de instrucción), sino por un desplazamiento casi absoluto de todos los protagonistas reales (humanos) del proceso penal. Por un lado, el imputado convertido en una “declaración”, casi olvidado por el trámite rutinario; por otro, la víctima formalmente desplazada, y ni siquiera representada por los fiscales, quienes se mostraban mucho más preocupados – desde una posición subalterna y casi

ALBERTO BINDER

invisible – por una supuesta “defensa de la legalidad o de la sociedad”, abstracta y formal; por su parte, los jueces invisibles para la población; además de que existía una delegación de funciones, todo era secreto y faltaba publicidad; había demora y formalismo. En paralelo, dos de las realidades más hirientes: un imputado condenado sin sentencias por los mecanismos de la prisión preventiva, encerrado en cárceles de manera inhumana y sin control, una policía dueña y señora del sistema penal, autónoma y sin dirección. Quien diga que esta situación – que todavía se podría utilizar para señalar el presente de algunos países, incluso post-reforma – es el resultado de un “modelo posible” o de una de las tradiciones jurídicas, es porque desconoce la historia de estas, las de occidente, o porque cree que la barbarie y la violación de la dignidad humana pueden ser aceptadas como una forma admisible de atraso.

El movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina es un esfuerzo regional, orientado a una crítica radical al modelo inquisitorial; crítica que hunde sus raíces en el pensamiento republicano de la generación de la independencia, altamente influenciada por la del pensamiento ilustrado, que fundamentó las evoluciones francesa y norteamericana. FILANGIERI expresa en su texto de más de doscientos años, refiriéndose a la justicia criminal de entonces:

Debe, pues combinarse en la legislación criminal el temor del malvado con la seguridad

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

del inocente. Por desgracia de la Europa las leyes criminales en las naciones no llegan a conseguir ninguno de estos dos objetos. Los vicios casi universales del juicio criminal, la mezcla monstruosa de los principios de la jurisprudencia romana con los de la legislación de los bárbaros, del sistema feudal y de las leyes canónicas que en parte están abolidos y en parte se conservan; algunas máximas contrarias a la libertad del hombre, destructivas de los derechos más preciosos del ciudadano, nacidas en algunas circunstancias, en que acaso una necesidad imperiosa o la ignorancia de los tiempos podía, si no legitimarlas, a lo menos excusarlas, adoptadas depuse como otros tantos cánones de judicatura de nuestros tribunales, donde se transmiten con una estúpida veneración los antiguos errores y rancias preocupaciones, se conservan con una herencia fideicomisaria en la misma familia por muchas generaciones. En fin, la dialéctica de las escuelas (...) confundiendo todos los ingenios y sacrificando la realidad de las cosas a una pueril nomenclatura (...); todas estas causas han contribuido para llenar de tantas tinieblas aquella parte de la legislación que debería ser la más sencilla y la más clara².

² FILANGIERI, C. *Ciencia de la...*, pg. 4.

Esa visión de los juristas e intelectuales ilustrados es compartida por el pensamiento inicial de nuestras repúblicas, incluso por los sectores conservadores. No era casual que la mayoría de las constituciones de esa época, desde la inicial de la República I venezolana hasta la argentina de 1853, insistieran con la necesidad de imponer el juicio por jurados. En la terminología de la época, “jurados” no significaba solo una forma de integrar el tribunal, sino que mentaba a un sistema procesal diametralmente opuesto al modelo inquisitorial. De tal manera que, el juicio por jurados era lo mismo que lo que se ha entendido en las últimas décadas como “oralidad” – no como un simple mecanismo de esta –, todo lo contrario de un sistema inquisitorial imperante.

Por consiguiente, la reforma de la justicia penal no es, ni ha sido, una discusión sobre mecanismos procesales, sino una discusión sobre el modelo del Poder Judicial en el que subyace una discusión sobre el del sistema político, y por ende, el de legalidad. Valgan estas aclaraciones para no permitir que este tema se despolitice y transite en meros carriles técnicos, que es la mejor manera de hacerlo superficial. Desde la mirada técnica sobre las instituciones del proceso penal, no se comprende el sentido ni el alcance del movimiento de reforma de la administración de dicha justicia, que constituye una corriente – y por tanto, una tradición del pensamiento liberal – que proviene de los albores de la independencia.

1.1.2. Verdad y sistema de garantías

Desde esa perspectiva política, debe accederse al problema de la verdad en el proceso penal. No se trata de un problema conceptual, ni lógico, ni epistemológico. De hecho, la discusión sobre las distintas “teorías de la verdad”, han ocultado un poco el tema, mucho más trascendental de su función práctica y política.

El primer problema al que se enfrenta una justicia de base republicana es el de la legitimidad del juez. Se debe destacar que este es el único funcionario de un sistema republicano al que se le exige que no represente y que no “gestione” ningún interés. Por su parte, el Poder Ejecutivo es, por esencia, un gestor de los intereses colectivos; y por otro lado, el Parlamento tiene como base la representación de intereses sectoriales; en ambos casos, su legitimidad se nutre, en gran medida, en la capacidad para gestionarlos.

Respecto a los jueces, lo que se busca es que no dicten sus sentencias con base en argumentos de utilidad (ya sea del monarca, de algún grupo de poder o de las mayorías), y que claramente no sean gestores de intereses, que es la base de la imparcialidad. Si ello es así – y mucho más aún si queremos un juez que tenga capacidad para enfrentar los intereses del rey, del gobernante, de los poderes fácticos, e incluso, de las grandes mayorías –, entonces surge el problema de la legitimidad de la Judicatura. En una república democrática, de base igualitaria, ese juez no

podría alegar que su legitimidad surja de alguna capacidad o herencia aristocrática (como si fueran Patricios), o de su adhesión a una moral o religión particular (como en la inquisición), y ni siquiera en su mayor capacidad, para captar valores o darles forma concreta. Lo único que le permite al juez construir legitimidad, desde una perspectiva diferente a los valores (y los intereses que se expresan en ellos), es su compromiso con la verdad.

La relación del juez con la verdad es un problema de legitimación política. Si asumimos – lo que es una larga discusión filosófica, pero que se puede soslayar para estos propósitos – que la verdad no depende de los intereses y que, por lo tanto, estos no son lo que hacen verdadero o falso a algo, se ha hallado una base sobre la cual construir la legitimidad de la administración de justicia.

No obstante, existe una gran diferencia entre cómo ha tratado este tema el modelo inquisitorial (hasta el presente) y cómo se manifiesta en un modelo de justicia republicana – de base adversarial –. En el primero, el juez ha utilizado la idea de verdad como motor de búsqueda, lo que le ha permitido dejar atrás y saltar por encima de las condiciones del litigio, en busca de la verdad material o histórica, a través de fórmulas que finalmente signifiquen que ha impulsado el caso, convirtiéndolo en un gestor de intereses, aunque sean los mayoritarios, expresados en la fórmula “el interés de la sociedad”. Nada de ello es aplicable a los fundamentos del sistema adversarial, pues

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

en este, existe una aparente paradoja: debe ser tan fuerte el compromiso del juez con la verdad que jamás debe buscarla. No porque ello signifique que debe ser lável frente a la verdad o negligente, todo lo contrario. El mayor compromiso del juez con la verdad no se expresa con la idea de “búsqueda”. El principio básico de todo sistema republicano (adversarial) es que debe exigir la verdad a los acusadores, no a las partes, porque el sistema adversarial no se caracteriza por la igualdad de las partes en una mera bilateralidad, sino en la exigencia a aquellos, de que prueben la verdad de sus acusaciones. Una exigencia de tal naturaleza que lleva a que no serán admitidas por el juez, si los acusadores no superan el control de verdad que se expresa en los estándares probatorios y en el principio del *in dubio pro reo*.

Debe quedar claro, porque todavía existe mucha confusión en este tema: un juez del sistema adversarial no busca la verdad sino que la exige a los acusadores. Y si estos no cumplen con tal (estricta, que se expresa con el principio de carga de la prueba), entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación. La clarificación del principio de este requerimiento a los acusadores (verdad sobre los hechos y sobre el derecho aplicable) es de mucho mayor importancia que cualquier discusión sobre la teoría de la verdad, en particular porque la idea de que se utilice esta en el proceso, deberá ser aquella que mejor fortalezca este principio político y de legitimidad (por tal razón lo verdadero no podrá ser nunca

ALBERTO BINDER

el resultado de un acuerdo mayoritario, por más que se trate de grandes mayorías, por lo menos para el proceso penal).

En esta perspectiva, conceptos como “verdad histórica o material” solo tienen sentido en tanto fortalecen la idea de exigencia a los acusadores, nunca si son utilizadas para debilitarla, mediante la actividad supletoria del juez, que busca la verdad de los hechos ayudando a aquellos. Ello implicaría una renuncia a la base fundamental de la tarea jurisdiccional en el proceso penal.

Esta concepción del papel de la verdad y del compromiso del juez republicano con ella, funda, a su vez, toda la lógica del sistema de garantías. Entiéndase por ese sistema al conjunto de principios – que se expresan en herramientas técnicas – cuyo cometido es proteger a todo ciudadano de los abusos de poder. Estos principios han sido contraídos de un modo histórico, sobre la base de luchas ciudadanas puntuales, pragmáticas, como respuesta directa a una determinada modalidad de abuso de poder, más extendida o más hiriente para la sensibilidad del momento cultural.

Esta dimensión histórica jamás debe ser olvidada, porque sin ella pierden densidad y fuerza. De hecho, nuestra época tiene otras luchas que también son puntuales, precisas, asistemáticas, pero que apuntan a formas concretas e hirientes del poder penal desbocado. Sin embargo, hoy se

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

puede potenciar el valor de esas garantías si se consideran de un modo sistémico, es decir, no pueden ser analizadas de forma individual, pues son un todo indivisible – cuya fuerza es superior a la simple sumatoria de sus partes –, que interactúa de manera funcional.

La integración de todas las garantías es funcional en un doble sentido: por un lado, lo que es denominado macrosistema de garantías, es decir, consideradas en abstracto, como el modelo de un proceso respetuoso del Estado de Derecho; por el otro, microsistema de garantías, el modo como todas ellas confluyen – también en integración funcional –, hacia un caso concreto.

Este sistema se construye sobre tres dimensiones que giran sobre un pivote, compuesto por la idea de hecho. El concepto técnico de hecho es la expresión concreta del principio de exterioridad, según el cual, solo son punibles los actos exteriores del ser humano; no sus ideas, no su forma de ser, no su biografía, sino uno concreto, constatable en el decurso del proceso social.

Es evidente que la función de la verdad en el proceso penal es inescindible de la idea de “hecho”, ya que verdad, es como tal, sobre un acontecimiento que luego se transforma en proposiciones fácticas, y por lo tanto, susceptibles de verificación. Por consiguiente, la verdad en el proceso no es una entidad metafísica, sino de verificación. El vínculo entre esta función y los principios

ALBERTO BINDER

políticos es evidente. La defensa de un derecho penal de acto, frente a las pretensiones autoritarias de uno de autor, se manifiesta de un modo concreto, alrededor de la vigencia del concepto de hecho (y por lo tanto de la verdad) en un juicio determinado. Esta es la razón por la cual, si bien, en nuestros sistemas penales se sostiene la idea del primero, en la práctica de los tribunales funciona el de autor, implícito o francamente oculto, resultado (además de las concepciones políticas de los operadores judiciales) de la debilidad de garantía del “hecho” en el proceso penal.

Una dogmática penal que ha desplazado el eje hacia el concepto de “acción”, desatendiendo su integración en lo fáctico, y que ha acentuado el subjetivismo, con descuido de las implicancias en el litigio, y aunado a ello, la desidia burocrática por el juicio, ha fortalecido de un modo indirecto la pervivencia del derecho penal de autor.

Sobre esta piedra angular que constituye la garantía del “hecho”, todas las demás garantías se ordenan en tres dimensiones integradas funcionalmente. Por una parte, el concepto de este es precisado y concretado de un modo analítico al que se enlazan calificaciones jurídicas de relevancia. Esto es lo que se conoce como requisitos de verificabilidad – todo aquello sobre lo cual es necesario atribuir valor de verdad –. En segundo lugar, la construcción de la verdad está sometida a reglas de actuación que buscan evitar la arbitrariedad, la sorpresa y

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

la manipulación. A esta dimensión de agrupamiento de las garantías se le llama condiciones de verificación. Se trata de establecer una serie de requisitos, formas y normas de actuación que regulan el modo como se construye esta verdad, según la específica obligación de cada una de las partes (se debe recordar que es propio de un sistema adversarial o acusatorio que el juez no “construya” aquella, sino que la exija). Finalmente, la tercera dimensión lidia con el hecho de que la verdad sobre este, se construye desde y hacia un relato; es decir, se trata de hallar información básica en datos que aportan los órganos de prueba, para después crear el relato final que se encuentra en la sentencia, y al cual, los jueces le atribuyen valor de verdad. A esta tercera dimensión se le denomina reglas de comprobación, y su función es construir, por una parte, un conjunto de filtros, para evitar que la información llegue distorsionada o manipulada y, por otra, un conjunto de reglas que le dan guía y certeza a la construcción del relato final.

Estas tres dimensiones, como ya se ha dicho, no pueden ser analizadas como algo aislado, tampoco pueden ser desarrollados los principios y garantías como temas solitarios, o unidos por una vaga referencia al “debido proceso”, o al Estado de Derecho. Todas conforman un sistema que se estructura de diversos modos.

La primera dimensión la constituyen los requisitos de verificabilidad. Lo cual requiere de algunas explicaciones

ALBERTO BINDER

más amplias. Y como ya se ha escrito, en la base se encuentra el principio de exterioridad y su garantía que es el concepto de hecho. Para evitar vaguedades e indeterminaciones, aquel se concreta en proposiciones puntuales (sobre el autor, circunstancias, daño, medios, etc.), así se consigue precisión. Además, la lucha política por la protección del ciudadano frente al poder penal ha logrado conquistas vinculadas a la mayor determinación de la idea de hecho.

En cuanto a los principios, tenemos que, tratándose del de legalidad (no se trata de cualquier hecho sino el seleccionado por la ley), este fortalece la función del Parlamento; por su parte, el principio de culpabilidad previene frente a la simple ocurrencia del resultado, es decir, la responsabilidad objetiva; en lo que se refiere al principio de lesividad, este preserva de la reintroducción del derecho penal infraccional (fundado en la idea de desobediencia, no de daño), cercano al derecho penal de autor; y el principio de proporcionalidad, obliga a volver operativa la concepción del derecho penal como *ultima ratio*, además del vínculo indisoluble entre la reacción y la gravedad del daño concreto.

Estos cuatro principios constituyen garantías de primer orden, que delimitan, precisan, y concretan la idea de hecho, mediante calificaciones jurídicas. Ya no se trata de cualquier hecho, sino de aquel previsto en la ley como delito; no se trata de cualquier actividad del autor, sino solo de

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

aquella evitable, y por lo tanto, reprochable; no se trata de una pura acción, sino de aquella que produce un daño (una interacción dañosa), y no se trata de cualquier daño, sino de uno relevante y relacionado con el tipo de respuesta. Como se puede observar, el juego de estos principios aumenta el nivel de protección y precisa aquello sobre lo cual se debe decir verdad. Pero el desarrollo del sistema de garantías no se ha detenido a lo largo de la historia: se trata de una tarea permanente frente a nuevas amenazas o formas de los viejos abusos. Por ello, la dogmática penal, en especial a través de la teoría del delito, ha construido todo un análisis del hecho, con base al desarrollo y precisión de las exigencias que surgen de esos cuatro principios. La doctrina del tipo penal (con todos sus detalles), la de la culpabilidad, la teoría del error, las circunstancias de determinación de la pena, etc., constituyen el desarrollo de garantías de segundo orden, dado que en todo caso, su función es fortalecer las garantías de primer orden (legalidad, culpabilidad, lesividad, proporcionalidad). De este modo, los requisitos de verificabilidad se vuelven un listado muy puntual, donde cada segmento del hecho está precisado por las exigencias de principios, hoy por hoy, todos ellos, con fundamento legal. Por lo que esta dimensión constituye, respecto de la idea de verdad, una técnica muy detallada de proposiciones fácticas, seleccionadas desde los principios de protección.

Ahora bien, es importante indicar que para definir con certeza aquello acerca de lo cual se debe decir verdad no

ALBERTO BINDER

alcanza, porque la historia está repleta de ejemplos de relatos preciosistas, fundados en el rumor, el prejuicio o la falsedad más directa. Tal es el caso del relato detallado al extremo de las confesiones de brujas, era toda una técnica para dar apariencia de verdad a las fantasías más descabelladas. Por tal motivo, se debilita todo el sistema de protección si no existieran precauciones, también muy puntuales, acerca de cómo construir esa verdad.

Las condiciones de verificación cumplen esa función, pues establecen exigencias acerca del modo de verificación. En primer lugar, efectúa esa función el principio de imparcialidad, el cual – que no constituye ninguna regla moral, como suele creerse – establece que el juez, bajo ninguna circunstancia debe convertirse en gestor de un interés. Para eso están las partes que, por definición, se encargan de ello. El juez es imparcial, no porque no tenga ideas, prejuicios, ideología, etc., sino porque no gestiona esos intereses, ni siquiera los colectivos. De allí surgen muchas normas prácticas (no indagar, responder a las partes, etc.) que a los jueces de tradición inquisitorial les cuesta asumir. Esta imparcialidad (como garantía de primer orden) es tan importante que se encuentra apuntalada por otras garantías de segundo orden. Por ejemplo, para tener jueces imparciales, se requiere que sean independientes, para ello, su organización (el Poder Judicial) debe estar dotada de autonomía, para que esta no se vuelva en contra de la independencia de los jueces – existe una preocupación de la democratización interna

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

del gobierno judicial –. Lo mismo ocurre con el principio de juez natural y todas sus derivaciones, con la estabilidad o con la idoneidad de los jueces. Todos esos principios se convierten en garantías de la imparcialidad, que es el principio básico en la construcción de la verdad.

La historia ha mostrado que los intereses del imputado suelen ser dejados de lado o simplemente avasallados. El principio de contradicción o, mejor dicho aún, el derecho a contradecir la acusación, se convierte en otra condición de verificación primaria que, a su vez, se encuentra apuntalada por otras garantías de segundo orden, tales como el derecho a una acusación única, cierta y completa, el derecho de defensa o el derecho a ser tratado como inocente. Todas estas garantías robustecen la contradicción, entendida como fortalecimiento de la gestión del interés del imputado. La triada de condiciones de verificación básica se completa con la publicidad que nos preserva frente a la tendencia permanente al secreto y la oscuridad propia del poder penal, y que ha adquirido nuevas dimensiones de protección ante las distorsiones y las presiones de los medios de comunicación.

Estas tres garantías básicas – apuntaladas por las de segundo orden –, se estructuran en la forma del juicio previo. Cuando se habla de “oralidad”, en realidad lo que se quiere transmitir es que todo ciudadano tiene derecho a que no se le imponga una pena sin un juicio previo, y juicio no es cualquier trámite, sino la estructura

ALBERTO BINDER

(conjunto de formas vinculadas a los actos, sujetos, tiempo, espacio, coerción y caso) que sostiene la imparcialidad, la contradicción y la publicidad. También la experiencia histórica ha mostrado (y el lector tendrá que disculpar esta continua referencia a la historia, pero es muy nociva una visión meramente técnica de las garantías, que no tome en cuenta su desarrollo histórico-político) que solo la oralidad, la inmediación, la concentración, la continuidad, es decir, las formas de la oralidad en sentido amplio, son los únicos modos hasta el presente, que garantizan las condiciones de verificación. El principio de juicio previo (o simplemente de juicio) es lo que todavía le cuesta asimilar a la cultura jurídica latinoamericana. En gran medida, todo el movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina ha sido un enorme esfuerzo, por instalar con una nueva fuerza y claridad, la idea de juicio. Ni la doctrina tenía la certeza (no hay que olvidar que para muchos se podía satisfacer la exigencia del juicio previo con un simple expediente de papeles) – y menos aún la jurisprudencia o la práctica de la abogacía – sobre el carácter basal de este principio. Mucho más modernamente, incluso, se ha pretendido desplazar la idea central de juicio por el concepto mucho más indeterminado de debido proceso que en realidad, es posterior – y pensado para otras áreas –.

Finalmente, el sistema de garantías se completa con la tercera dimensión denominada: “Reglas de comprobación”. Las proposiciones fácticas deben ser verificadas siguiendo ciertas directrices, pero lo que verifica a estas son los datos

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

de la vida social, huellas del pasado que se introducen en el juego del proceso, siempre y en todo caso bajo relatos y narraciones.

El juicio es un juego de narraciones, de las cuales hay que extraer información que será más o menos útil. Las partes debaten y litigan para imponer su versión final de los hechos, siendo los jueces quienes asuman uno u otro. Todo este proceso de “descomposición y reconstrucción de los relatos” se encuentra reglamentado para evitar abusos, prejuicios, superficialidades, etc. Lo que usualmente se conoce como reglas de prueba y que marcan esos límites.

Se inicia por la formalización de los medios de prueba (que conforman estatutos normativos precisos sobre el tratamiento de distinto “tipos” de relatos) hasta las reglas de “valoración de la prueba”, y las exigencias de fundamentación de la sentencia. Existen un sinnúmero de reglas legales, estándares probatorios y técnicas de argumentación o razonamiento que hoy constituyen buena parte del entrenamiento judicial y de los litigantes. De hecho, en gran medida, los sistemas de justicia penal se ajustan y evolucionan alrededor de las reglas de exclusión probatoria. Como se puede observar, alrededor de la idea de verdad y de juicio se organiza todo el sistema de garantías, de tal manera que “oralidad” podrá ser el nombre sintético que se utiliza para economizar explicaciones, aunque en realidad se está hablando de todo un modelo de sistema judicial.

1.2. La audiencia oral como centro del proceso

Lo expuesto hasta el momento busca mostrar cómo la audiencia oral, la que es propia del juicio oral y público, constituye el centro del proceso. Para que se entienda mejor es importante hacer algunas aclaraciones. En primer término, es evidente que no adquiere un carácter como tal, por una razón cuantitativa, pues solo un porcentaje menor de casos, llegan a una sala de audiencia para la realización de un juicio pleno, sin embargo, esta no es la cuestión. Lo que se llama centralidad del juicio se refiere a una que es política y técnica. Independientemente de que arriben a esa instancia un diez o un quince por ciento de los casos – o aun menos –, ello no modifica un ápice de aquella. Además de lo anterior, se podría agregar una centralidad cultural, dadas las implicancias que la idea del juicio tiene en la comprensión del sistema y el entrenamiento de las aptitudes de los operadores de la justicia penal.

En un sentido político, el juicio oral adquiere centralidad porque en todo momento el imputado mantiene el derecho de llegar a esa instancia. Los sistemas de justicia penal modernos buscan establecer muchas medidas de respuesta directa o simplificada, e incluso, fórmulas para la declaración de culpabilidad (procedimientos abreviados, directos, negociaciones, etc.), las cuales, pueden cumplir, bajo ciertas condiciones, funciones útiles para agilizar la persecución penal, pero todas ellas siempre ponen en tensión los principios de protección. De tal manera que,

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

mantener siempre vivo el derecho al juicio pleno, junto con el requisito de un consentimiento muy bien informado, y cuando se renuncia a ese derecho, se es parte del equilibrio político básico dentro del proceso penal. Tanto la extensión de las garantías hacia las etapas preparatorias – en especial respecto de la prisión preventiva –, como los resguardos con relación al control de la sentencia, se realizan sobre el modelo del juicio pleno, incluso, dentro del sistema de garantías, denominado “garantías de tercer orden”, aquellas que buscan apuntalar o fortalecer, no ya a otra garantía en particular, sino a toda la estructura del juicio como tal. El *non bis in idem*, el derecho a la revisión integral del fallo de condena o el derecho a una sentencia en plazo razonable, son garantías de ese nivel, buscan que la centralidad del juicio no sea debilitada por la demora, por la falta de control o por el simple expediente de quitarle fuerza mediante la posibilidad de su repetición.

La centralidad del juicio también cumple funciones técnicas vinculadas al fundamento y al régimen de control de todas las instituciones procesales. Todas ellas – sin excepción – adquieren su fundamento y sentido en relación al juicio. O son institutos que existen para preparar el juicio, o bien, para desarrollarlo o para asegurar su control. Nada escapa a estas funciones, desde los grandes “actos” como las audiencias de control, o las acusaciones, incluso, hasta los trámites rutinarios – como las notificaciones o vistas –. Toda la actividad del proceso está orientada hacia el juicio o es iluminada desde él, en el sentido

político – como se vio en el párrafo anterior –, o en el sentido técnico. Por otra parte, el nivel real de garantías de la justicia penal depende del régimen de nulidades, de respuesta a los incumplimientos formales. Los principios están garantizados en tanto provocan decisiones judiciales de invalidez o de saneamiento de los mismos, afectados por la actividad ilícita.

El régimen de nulidades debe ser pensado desde la totalidad del sistema de garantías que gira alrededor del juicio, como plenitud de las condiciones de verificación, tanto para discernir la nulidad como para establecer las políticas de saneamiento. De un modo u otro, el juicio oral adquiere centralidad y constituye el pivote de todo el sistema de garantías, desde un punto de vista práctico, técnico o político.

1.3. La audiencia oral como ritual de pacificación

Ahora bien, no solo debe verse a la audiencia oral desde sus funciones prácticas, vinculadas al sistema de garantías. La administración de justicia cumple una función eminente en la pacificación de la sociedad. Toda sociedad debe lidiar, para bien o para mal, con su conflictividad. En particular, las sociedades deben establecer un sistema completo de gestión de la conflictividad de manera tal que, independientemente de las soluciones “de fondo”, no queden los conflictos librados al azar, ya que ello significaría que en cada uno se impondría siempre el más

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

fuerte. Evitar una sociedad donde prevalezca ello, es uno de los cometidos del imperio de la ley. De todos los mecanismos de este tipo de gestión, el uso de las formas judiciales es uno de los principales. El proceso en general y el proceso penal en particular, constituyen básicamente, un sistema de formas, de reglas de actuación que regulan el poder penal y protegen al individuo. Garantías y formas son inescindibles, tal como sostuvo con lucidez IHERING.

Además de lo anterior, también hay que tener en cuenta otra consideración que es indispensable, aquella que nos indica que existen dos formas básicas y antagónicas de comprender al derecho penal. Según una, que se llamará “derecho penal del conflicto”, trata de intervenir en la conflictividad social, mediante la selección de algunos conflictos respecto de los cuales “no queda otro remedio” que intervenir con el poder penal. Las razones de esa elección son complejas y están reguladas por los distintos principios que conforman el universo del derecho penal como *ultima ratio*. Para la otra visión—de raíces inquisitoriales—, el derecho penal es, ante todo, una infracción, una desobediencia. Allí no predomina el conflicto (primario) sino el conflicto secundario. El caso no es que Juan le pegó a Pedro y lo dañó (conflicto base) sino que Juan, en tanto le pegó a Pedro, desobedeció a la ley, a la orden de no dañar (conflicto secundario). Subyacen aquí dos cosmovisiones sobre el poder penal que compiten desde hace más de cien años. Dice Sebastián SOLER:

ALBERTO BINDER

Lo notable del cambio propuesto por el moderno autoritarismo consiste en que se desaloja del centro del sistema la idea de derecho subjetivo, de interés jurídico, de bien jurídico, y se coloca en ese lugar al Estado, al Estado mismo. El núcleo del derecho penal no estará constituido por la idea de la tutela de bienes o derechos, sea quien sea el titular de ellos. El Estado ocupará esa sede no como titular de derechos, sino como sujeto, en el cual toda relación jurídica se origina y concluye³.

De este modo, si se opta, como es propio de un sistema democrático, por un derecho penal del conflicto, resulta más clara la necesidad de gestionar esa conflictividad en términos de evitar (o en el caso de los conflictos penalizados de disminuir) el abuso de poder y la violencia, que se expresan cuando gana el fuerte por ser más vigoroso.

Para intervenir en aquellos, la administración de justicia utiliza la técnica de la formalización, al aplicar formas sobre un conflicto, lo convierte en un litigio. Por tal razón, todo litigio es un conflicto formalizado. Ahora bien, se trata de una técnica y, desde esta perspectiva, es de pacificación. Para que se pueda cumplir con esta finalidad primaria, es indispensable que la formalización sea acertada en lo que admite o excluye del conflicto base, pero en todo caso, no puede perder una mínima referencia e identificación con ese que es primario. Cuando a un conflicto se le formaliza

³ SOLER, S. *Bases ideológicas de...*, pg. 39.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

bajo la lógica del expediente escrito, no se identifica nada del originario: no se encuentra al agresor, ni a la víctima, ni la comunidad participa; todos quedan convertidos en hojas de papel, en actas redactadas con un lenguaje uniforme y artificial (nadie habla ya en el español forense y antiguo de nuestras actas). En la audiencia todo es distinto. Juan, el agresor, que ahora será acusado, se encuentra allí, en presencia física, de carne y hueso; la víctima también con su lenguaje y perspectiva. Los funcionarios estatales no son una “firma” sino una presencia real, y la comunidad (afectada también por el conflicto) tiene la posibilidad de hacerse presente en la sala. Las formas cumplen en esta audiencia una función de pacificación porque no ocultan a los protagonistas, no desplazan los conflictos, solo logran que la violencia se traduzca en palabras, argumentaciones, debates, presencia controlada y admitida. De esa manera, a través de la generación de un ámbito de comunicación se logra un lugar de pacificación y tolerancia.

El cumplimiento adecuado de las formas procesales se ha considerado siempre como una de las tareas importantes de la judicatura, así como parte de lo que se conoce como “principio de objetividad” del ministerio público. No obstante, esa gran finalidad queda desvirtuada cuando aquellas se convierten en un puro formalismo, en rituales sin sentido, o que ponen barreras infranqueables entre la gente y los funcionarios. Por tal razón, las formas procesales como reglas de juego deben ser pocas, claras y respetadas en todos los casos. Cuando así ocurre, el cumplimiento de

ALBERTO BINDER

estas se convierte en una condición de confianza y no de rechazo, esto es parte del giro copernicano que se debe realizar en nuestra administración de justicia.

Uno de los obstáculos principales con el que se cuenta para el desarrollo de esta función de pacificación es la fuerte tendencia de los funcionarios judiciales a convertir toda institución procesal en un conjunto de trámite. Atrás de esta concepción no solo se encuentra la rutina, la desidia o el simple hábito mental, sino que el trámite es la formalización propia del sistema inquisitorial. Bajo la apariencia de formas neutras, en realidad el expediente es la expresión corpórea de la relación de desobediencia, propia del derecho penal infraccional. Quien tiene un expediente abierto, sabe que posee “cuentas pendientes” con la autoridad. Las formas del sistema inquisitorial (y la reconversión inquisitorial de estructuras adversariales, a través de su escriturización) son muy eficientes a la hora de materializar y volver concreta y expresiva la noción de infracción. Es por esa razón que la recuperación de las que son adversariales no puede ser vista simplemente como un cambio de trámite. Cuando los actuales códigos procesales penales de tal cuño son interpretados como nuevos trámites, sin comprender el cambio profundo del sentido de las formas procesales, entonces todo el proceso de reforma se degrada y reaparece la cultura inquisitorial en ese fenómeno que se conoce como “reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales”.

ELOGIO DE LA AUDIENCIA ORAL Y OTROS ENSAYOS

La audiencia oral, e incluso, el espacio físico de la sala de esta, cumplen un papel simbólico directamente vinculado con las funciones de gobierno de la administración de justicia. No se trata solo de pacificación, tal como se ha insistido en el párrafo anterior, sino también de tolerancia y de cultura de la legalidad. Se suele quejar de la debilidad de ambos valores. La intolerancia ha campeado en nuestra historia y sigue siendo una realidad hiriente. La historia de la legalidad en nuestras repúblicas es también la de su debilidad. Sin embargo, poco nos hemos ocupado por preguntarnos qué se ha hecho a favor de las instituciones de las cuales surge la tolerancia y el respeto a la ley. Una de esas instituciones es la administración de justicia, y respecto a ella, se debe decir que se ha mantenido a lo largo de siglos sumida en la oscuridad, en el laberinto del formalismo y en la cultura leguleya del secreto, la demora y la trampa legal. Además, nuestras dirigencias no han tenido mayor empacho en manipularla de los modos más ostensibles y brutales. ¿De dónde debería surgir, entonces, la cultura de la legalidad? Si se ha dejado que los conflictos transiten carriles propios, alejados de las salas de audiencia, no debería sorprender que cueste construir una cultura de tolerancia. Una cultura ratifica sus valores o los cambia de la mano de los modos de resolver sus conflictos.

La audiencia oral como herramienta principal de la administración de justicia es la gran fábrica social de la cultura de la tolerancia y de la legalidad. No es casual que el núcleo central de los derechos fundamentales, aquellos

que han servido para delinear con mayor precisión el concepto mismo de la dignidad humana, tengan relación con las maneras como los ciudadanos han sido tratados por los tribunales.

1.4. Audiencia oral y contracultura

Existe otra función primordial de la audiencia oral, la cual es uno de los instrumentos centrales de la conformación de la cultura judicial – se suele utilizar con mucha frecuencia la idea de cultura jurídica o judicial –. Las reformas no pueden afincarse por problemas “culturales”. De hecho, durante mucho tiempo se sostuvo que las diferencias entre los modelos inquisitoriales y adversariales dependían de cuestiones culturales, como si ambos no se originaran en la base románico-germánica que constituye la europea. Desde luego que la historia moldea todos los procesos, y también el propio, del desarrollo de los sistemas judiciales, pero no es cierto que exista algo así como una “idiosincrasia nacional” que impida que se respeten los derechos humanos y las garantías judiciales.

Cuando se hace referencia a la cultura jurídica, en realidad se trata de las costumbres de los abogados, a esa especial persistencia en sus rituales y formas de trabajo. Es ese apego al formalismo, al escriturismo y a formularios lo que constituye un obstáculo. Pero, justamente, realizar acciones para superar esa situación de sometimiento del conjunto de la sociedad a formas de trabajo de los

abogados, es también uno de los objetivos del proceso de reforma.

Lo que todavía no se ha hallado con claridad es el conjunto de instrumentos que permitan hacer esa superación. En particular, porque las escuelas de leyes siguen apegadas a formas tan antiguas de ejercicio profesional que inyectan atraso en los procesos de reforma. Sin embargo, ya se sabe que existen algunos instrumentos con mayor eficacia para cambiar esa cultura o, por lo menos, para ponerla en cuestión. Entre todos ellos, la audiencia oral – realizada de un modo masivo, como el lugar permanente de trabajo del abogado – que constituye, sin duda, uno de los más eficaces.

1.5. Fuentes

FILANGIERI, C. *Ciencia de la legislación*. Madrid: Imprenta de Núñez, 1822. 3.^a e. Trad. Jaime Rubio. T. IV.

FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1983.

SOLER, S. *Bases ideológicas de la reforma penal*. Buenos Aires: Eudeba, 1966.