

La ética de la jurisdicción penal*

(*Apuntes para una definición de la deontología de los magistrados*)¹

La separación entre derecho y moral

Los fundamentos de la deontología del juez y de la ética de la jurisdicción penal descansan, a mi parecer y aparentemente en forma paradójica, en el rasgo característico del Estado de derecho, que se expresa frecuentemente en la filosofía jurídica con la tesis de la moderna “separación entre derecho y moral”.

¿Qué quiere decir “separación entre derecho y moral”? Ciertamente no es que el derecho y la jurisdicción no tengan o no deban tener contenidos morales o que en ellos no intervengan inevitablemente juicios morales. Podemos distinguir, analíticamente, dos significados conexos al nacimiento del Estado de derecho y al proceso de laicización y secularización del derecho moderno, de los cuales deriva un conjunto de corolarios que expresan otros tantos valores ético-políticos: los valores o, si se quiere, la específica ética del Estado de derecho.

En un primer significado, de carácter asertivo, la tesis de la separación significa simplemente que una cosa es el derecho y otra la moral; que la validez de una norma jurídica no depende de su justicia intrínseca, sino únicamente de sus formas de producción, esto es, del acatamiento de otras normas del ordenamiento que regulan su formación. *Auctoritas, non veritas facit legem*, proclama Thomas Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un ciudadano*,² en contraposición a la tesis de la primacía de las

* Traducción de Rodrigo Brito Melgarejo.

¹ Informe del congreso sobre “Ética y deontología judicial” que se llevó a cabo en Roma del 14 al 16 de enero de 1999 en la *Accademia dei Lincei*.

² La formulación latina de la máxima “*doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas facit legem*” se encuentra en realidad en T. Hobbes, *Leviathan*, (1651) trad. latina (1670) en *Opera philosophica quae latine scripsit omnia*, edición de W. Molesworth,

“leyes de la razón” sostenida por sir Edward Coke y que se expresa con la máxima opuesta *veritas, non auctoritas facit legem*. Ésta puede parecer una tesis autoritaria y moralmente contra-intuitiva. Pero en lugar de esto, como escribió Herbert L. A. Hart, ésta no es más que el significado del positivismo jurídico,³ de manera opuesta a la tesis inversa que bien puede ser considerada el significado del iusnaturalismo. Y equivale a un principio meta-ético y meta-jurídico: por un lado la autonomía de la moral del derecho positivo y, por otro, la sujeción a la ley de cualquier poder, es decir el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho válido y fundamento de la legitimidad de todo poder, y antes que de ningún otro, del poder judicial. A su vez, el principio de legalidad y de la sujeción del juez a la ley, expresa los dos valores ético-políticos fundamentales de la jurisdicción en el Estado de derecho y en la democracia política. Es, antes que nada, el fundamento de la certeza del derecho, pues las normas jurídicas no son aquellas consideradas en su momento justas por la conciencia y el sentido moral del juez (lo que querría decir de su arbitraria autoridad según el modelo del juez de cadí), sino aquellas preestablecidas por las leyes y de las cuales el juez sólo debe comprobar las violaciones según la fórmula inversa a aquella que marca la legislación: *veritas, non auctoritas facit iudicium*. En segundo lugar, es el fundamento —en los ordenamientos que dejan la producción legislativa en manos de órganos políticamente representativos— de naturaleza democrática de las fuentes del derecho: el derecho no es lo que parece justo a la subjetividad de cada juez, sino lo que ha sido convenido y preestablecido por el parlamento como órgano representativo de la soberanía popular.

Existe además un segundo significado —de carácter prescriptivo y por tanto inmediatamente ético o axiológico— de la tesis de la separación entre derecho y moral, independiente del primero aunque conexo a éste por el común modelo ilustrado: el derecho, y en particular el derecho penal, no sólo no es, sino ni siquiera debe coincidir con la

[1839-1845], Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. III, cap. XXVI, p. 202. Pero es retomada por Hobbes en el *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra* (1681), en *Obra política*, edición de N. Bobbio, Turín, 1959, I, 397: “No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea la ley” (“*It is not wisdom, but authority that makes a law*”).

³ H. L. A. Hart, *El positivismo e la separazione fra diritto e morale* (1958), en *Contributi all'analisi del diritto*, edición de V. Frosini, Milán, 1964, 105-166.

moral. Ésta también puede parecer una tesis moralmente contraria a la intuición; pero en realidad es una tesis que limita y minimiza el papel y el ámbito del derecho penal. Con base en ella, el derecho penal no debe ser un instrumento de afirmación o fortalecimiento de la moral. El derecho penal tiene una finalidad más restringida, pero muy importante. No sirve para impedir pecados, sino acciones que lesionen a terceros. Por tanto, si se justifica la tipificación de un hecho como delito no basta que éste sea deplorable como pecado, sino es necesario también que produzca daños o ponga en peligro a otros. Si la tesis de la separación en sentido asertivo representa el fundamento del Estado de derecho y del positivismo jurídico, la tesis de la separación en sentido prescriptivo es el fundamento del liberalismo y, como fundamento del principio de lesividad, del utilitarismo jurídico. La valoración de un comportamiento como inmoral no justifica, con base en esta segunda acepción de la separación entre derecho y moral, la pena. Al contrario, esta segunda tesis equivale a un principio general de tolerancia, aun cuando una conducta haya sido considerada —razonablemente o en forma injusta— inmoral, no produce daños a terceros o produce daños que la intervención penal no puede prevenir: como en el caso de la herejía, los delitos de opinión, el intento de suicidio, la evasión, la homosexualidad, el aborto, el adulterio, el uso personal de droga y conductas similares. Además, las sentencias no son veredictos morales, sino asignaciones de responsabilidad. A través de ellas se juzgan los hechos, no la identidad, y se castiga por la forma en que se actúa y no por la forma como se es.

Pues bien, lo que intento sostener es la tesis, aparentemente paradójica, de que la ética del juicio penal y la moral profesional de los jueces y de los ministerios públicos, tienen su origen por completo en estas dos tesis —una meta-ética y la otra ética— de la separación laica entre derecho y moral, que son la base tanto del garantismo como del respeto a la persona en la forma de ejercicio del poder —que de otra forma sería “terrible” y “odiosa”, como escribió Montesquieu a Condorcet— constituida por la jurisdicción.⁴

⁴ “*La puissance de juger, si terrible parmi les hommes*” (Ch. Montesquieu, *De l'esprit des lois* [1748], en *Oeuvres complètes*, Gallimard, París 1951, vol. II, XI, 6, 389); “*Le despotisme des tribunaux est le plus odieux de tous*” (M. Condorcet, *Idées sur le despotisme* [1789], en *Oeuvres de Condorcet*, Firmin Didot, París, 1847, tomo IX, 155.

De esto derivan cuatro tipos de implicaciones éticas o deontológicas: la primera, de carácter general, concierne a la ética del juicio como juicio sobre hechos y no sobre personas, y al mismo tiempo como comprensión equitativa de sus circunstancias concretas; la segunda y la tercera atañen a la ética de la búsqueda de la verdad procesal fáctica y a los principios de honestidad intelectual que deben dirigir el razonamiento probatorio, así como cualquier forma de conocimiento empírico, y la cuarta tiene que ver con la ética de la interpretación de la ley en ordenamientos dotados de constitución. Se trata de cuatro reglas tan esenciales como frecuentemente olvidadas, o peor aún, ignoradas por la cultura común de los jueces, al punto de que no hay huella de ellas en ninguno de los códigos éticos de los magistrados aprobados en estos años y que se limitan a pocas reglas de urbanidad y buenas maneras institucionales de los magistrados en sociedad, tan banales como obvias y dadas por descontadas.⁵

***Nolite iudicare*: juicios sobre hechos y no sobre personas.**

La equidad

Comencemos por el primer orden de implicaciones, relativo a la separación en sentido asertivo y meta-ético entre derecho y moral.

Esta separación, se ha dicho, no es sino el efecto —la otra cara, por decirlo así— del principio de estricta legalidad penal y de la sujeción del juez a la ley como criterio de identificación de lo que es delito. De ésta deriva el carácter tendencialmente cognitivo de la jurisdicción. Incluso se puede afirmar que gracias a este principio las decisiones judiciales, y en particular las sentencias penales, son las únicas decisiones cuya validez jurídica y legitimación ético-política dependen de su verdad, y precisamente de la motivación como “verdaderas” de las tesis que afirman o niegan la responsabilidad de un sujeto conforme a lo que la ley califica como delito. Las otras decisiones jurídicas

⁵ Me refiero a los códigos éticos aprobados en 1994 por las diversas magistraturas: al Código Ético de los Magistrados Ordinarios, aprobado el 7 de mayo de 1994 por el Comité Directivo Central de la Asociación Nacional de Magistrados; al Código Ético de los Magistrados Administrativos aprobado el 3 de mayo de 1994 por el Comité directivo de su Asociación nacional y al Código Ético de los Magistrados del Consejo de Estado, aprobado el 28 de abril de 1994 por la asamblea general de su Asociación.

—las leyes, los reglamentos, las disposiciones administrativas y los negocios privados— son actos exclusivamente preceptivos —ni verdaderos ni falsos— cuya validez jurídica depende sólo del respeto a los procedimientos previstos por las normas para su producción y cuya legitimación política depende, en la esfera privada, de la autonomía de sus autores y, en la pública, de su oportunidad y adherencia a los intereses representados. Las sentencias, en cambio, gracias a la taxativa predeterminación por parte de la ley, de los hechos que éstas deben comprobar como sus presupuestos, son actos fundados en argumentos cognitivos de hecho y reconocitivos en derecho, cuya verdad, incluso en el sentido relativo y aproximativo que más adelante precisaré, representa la única fuente de su legitimación jurídica y ética.

De esto deriva una primera regla deontológica que el principio de estricta legalidad impone a la jurisdicción penal y que al mismo tiempo es la primera garantía del ciudadano contra el arbitrio judicial: el juez no es llamado a juzgar la moralidad de los reos, sino solamente a comprobar los hechos empíricos por ellos cometidos y previstos por la ley como delitos. Es esta particularidad (al menos tendencialmente) cognitiva la que distingue lo que Beccaria llamó el “proceso informativo”, en el que el juez es “un indiferente buscador de la verdad”, de lo que denominó el “proceso ofensivo” propio del modelo inquisitivo, en el cual “el juez se convierte en enemigo del reo”, aspira a arrancar de cualquier modo la confesión y “no busca la verdad del hecho, sino que busca el delito en el prisionero, lo insidia y cree que pierde si no lo logra y que falta al respeto a la infalibilidad que el hombre se atribuye en todas las cosas.”⁶

Precisamente porque funda el juicio penal en la comprobación como verdaderos o como falsos de los hechos juzgados, el modelo garantista excluye —o al menos tiende a excluir— cualquier valoración moral o política de la subjetividad del reo. Sobre la base de este modelo, el derecho penaliza acciones y no autores, hechos y no sujetos, comportamientos y no identidades. Y el juez no debe indagar en el alma del imputado, sino solamente pronunciarse sobre la veracidad de los hechos que se le imputan. Gracias al principio de legalidad se puede, en resumidas cuentas,

⁶ *Dei delitti e delle pene* (ed. de Livorno de 1776), edición de F. Venturi, Turín, 1981, xvii, 45-46.

juzgar y castigar por lo que se ha hecho y no por lo que se es. Al menos porque sólo los hechos, y no la moralidad o el carácter u otros aspectos sustanciales de la personalidad del reo, son susceptibles de prueba de refutación empírica y, consecuentemente, de juicio.

En este sentido el modelo garantista comparte con la ética cristiana la máxima *nolite iudicare*, al menos si por “juzgar” se entiende el juicio sobre la identidad inmoral o malvada del sujeto y no la comprobación y la calificación jurídica del hecho cometido por éste y previsto en la ley como delito. Agregando una específica connotación ética de tipo laico, la incuestionabilidad jurídica y moral de las conciencias proviene del principio de estricta legalidad: de la igual dignidad de las personas reconocida tanto a los reos como a los que no lo son, del respeto debido a su identidad por malvada que sea, así como del derecho de cada uno a ser como es. Por esto las garantías penales y procesales son al mismo tiempo garantías de verdad y garantías de libertad y dignidad de la persona. Es más, estas son garantías de libertad y de respeto de la persona en la misma medida en que son garantías de verdad; en la medida como, en otras palabras, la epistemología garantista otorga iguales valores a todos los seres humanos como personas y por tanto excluye, en el ámbito legal y en el judicial, valoraciones que tengan que ver con el carácter del reo, con su moralidad, con su arrepentimiento o actitudes similares, que pertenecen más bien a la epistemología inquisitoria.

Todo esto no excluye que valoraciones justas de las particularidades específicas y singulares de los hechos juzgados existan necesariamente en cualquier juicio; pero no es éste el lugar para un análisis de las relaciones entre legalidad y equidad en el juicio penal.⁷ Me limitaré a señalar un error epistemológico que tradicionalmente ha pesado sobre la concepción de equidad, que tiende a configurarla, de Aristóteles hasta nuestros días, como derogación de la ley, como su excepción, corrección o la mitigación de su dureza, entre otras. Por el contrario, la dimensión equitativa pertenece inevitable y fisiológicamente a cada juicio penal, consistiendo también ésta en una actividad cognitiva: en

⁷ Remito, para una reformulación teórica de la relación entre legalidad y equidad, a mi obra *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 5ª ed., Bari-Milán, 1998, 135-147.

la comprensión de las particularidades específicas e irrepetibles que, más allá del juicio verdadero/falso sobre las tesis que comprueban la responsabilidad, vuelven diferente cada hecho de cualquier otro aunque todos sean subsumibles dentro de la misma especie legal (el robo de manzanas es diferente al robo de mil millones y el robo en estado de necesidad es diverso de aquel que se comete simplemente por abuso).

El juicio verdadero/falso sobre la calificación jurídica de un hecho como delito depende de la semántica del lenguaje legal, esto es, de la exacta connotación por parte de la ley de los comportamientos contemplados por ella como delitos. Pero la comprobación de la verdad procesal no termina la actividad cognitiva del juez, que requiere también la valoración equitativa de aquellas particularidades que diferencian el hecho que juzga de todos los demás señalados por la misma norma en proposiciones igualmente “verdaderas”. Es claro que la valoración de estas particularidades, que la ley no prevé ni puede prever específicamente y a las que sólo puede aludir, como en el artículo 133 del código penal,⁸ no puede sino confiarse a la sensibilidad moral del juez y resolverse comprendiendo el contexto en el que el hecho ha ocurrido. Y es claro que esta comprensión está destinada frecuentemente a traducirse en una actitud de indulgencia en la determinación de la pena, conforme al principio *favor rei*.

La ética en la comprobación de los hechos

Pero ¿cuáles son las condiciones que hacen a un juicio penal un proceso “informativo”, es decir “cognitivo”, dirigido a comprobar antes que nada la verdad de los hechos juzgados? Sin pretender afrontar los enormes problemas conexos al significado de “verdad procesal” y a los criterios de aceptación de una tesis judicial como “verdadera”, será suficiente mostrar, para los fines de nuestro análisis, que estas condiciones dependen completamente del sistema de las garantías penales y procesales, las cuales son garantías de verdad, más que de

⁸ El artículo 133 del Código Penal italiano señala que en el ejercicio del poder discrecional que tiene el juez para aplicar la pena, éste debe tomar en cuenta la gravedad del delito teniendo en cuenta aspectos como la gravedad del daño, la intensidad del dolo, el grado de culpa, la capacidad para delinquir, etc. (N.T.)

inmunidad del ciudadano contra el arbitrio y de respeto de su identidad como “persona”.

Precisamente, podemos definir las garantías penales —y en particular el principio de estricta legalidad o taxatividad de los tipos delictivos— como las reglas que, imponiendo a la ley la exacta connotación empírica de las acciones indicadas por ella como delitos, garantizan en grado máximo, a nivel legal, la comprobación de la verdad jurídica, es decir, las condiciones de uso de los términos “verdadero” y “falso” y la verificabilidad y refutabilidad en abstracto de las hipótesis acusatorias que demuestran los hechos previstos como hipótesis con los tipos delictivos contemplados por la ley. En lugar de esto, podemos definir las garantías procesales, como aquellas que garantizan en mayor medida, a nivel jurisdiccional, la constatación de la verdad factual, es decir, la comprobación de la acusación y el intento por plantear como falsas por parte de la defensa las hipótesis acusatorias, imponiendo las condiciones de su aceptación como verdaderas: *a)* antes que nada la pluralidad de comprobaciones *per modus ponens* por las que se satisface la carga de la prueba; *b)* en segundo lugar la ausencia incluso de una contraprueba *per modus tollens* con la que se ejercita el derecho de defensa, y *c)* en tercer lugar, el desmentir las hipótesis diversas y alternativas a ellas, pero que al mismo tiempo explican el delito puesto en duda y del material probatorio reunido.⁹

Naturalmente la verdad procesal obtenida aún con el máximo respeto de las garantías no es ni objetiva ni cierta, sino solamente relativa y aproximativa por el carácter probabilístico de la inducción probatoria y por ende de la verdad factual, así como por el carácter opinable de la interpretación judicial y por lo tanto de la verdad jurídica. Es entonces esta doble conciencia —de la necesidad de las garantías como técnicas que aseguran máximamente la constatación de la verdad, y además de su propia insuficiencia para alcanzar la certeza objetiva de las hipótesis acusatorias— la fuente de otras dos reglas deontológicas de la ética profesional de los magistrados, que corresponden a tantas otras reglas deontológicas de cualquier actividad cognoscitiva.

La primera de estas dos reglas es la rigurosa observancia de las garantías procesales en materia probatoria como condiciones nece-

⁹ Remito nuevamente a *Diritto e ragione*, cit. pp. 94-135 y 546-718.

sarias del respeto de la persona llamada a juicio —del imputado pero también de los testigos— y al mismo tiempo, como ya se ha dicho, como condiciones y garantías de la verdad. Las garantías procesales no son más que la traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos de verificación o refutación empírica: las cargas de la prueba de una hipótesis acusatoria por parte de quien acusa no son sino la carga de producir confirmaciones empíricas idóneas para sostener la comprobación como verdadera; la respuesta al imputado en forma clara y precisa de los hechos que le son atribuidos y el derecho de la defensa al contradictorio público no son sino la puesta a prueba de la misma hipótesis de acusación a través de su exposición a las refutaciones, a las contrapruebas producidas por la defensa, y, finalmente, la imparcialidad del juez respecto a las partes en conflicto, la publicidad y la oralidad del rito procesal, así como la obligación de motivar las decisiones judiciales y la pluralidad de grados de la jurisdicción, no son sino las reglas que aseguran la honestidad intelectual del juez, pero también del ministerio público, su independencia de juicio y los controles sobre sus posibles errores y abusos.

La segunda regla deontológica de la ética profesional de los magistrados penales proviene de la conciencia que debe asistirles no solo de la necesidad, sino también de la insuficiencia de las garantías que aseguran la comprobación objetiva de la verdad procesal. Ésta consiste en la negación de toda certeza y presunción de aceptación como verdadera de una hipótesis acusatoria. En cuanto necesarias para conseguir la libre convicción del juez, es decir, la incertidumbre subrogada por la certeza objetiva constituida por la certeza subjetiva, las pruebas no son nunca suficientes para “demostrar” la verdad de una hipótesis acusatoria, la cual sigue siendo una verdad hipotética y probable. Y esta conciencia es necesaria para considerar a la deontología de los jueces —pero también de los ministerios públicos— como contraria a la ilusión de poder obtener o de haber obtenido alguna vez, la verdad absoluta, debido a que la certeza objetiva y la verdad absoluta, como nos enseñó David Hume, son imposibles en materia de conocimiento empírico o factual. De manera diversa a lo que sucede con la verdad lógica, la verdad empírica —de las tesis judiciales, así como de las historiográficas y de las leyes científicas— siempre es solamente una verdad (más o menos) probable.

Insisto en esta segunda tesis, obvia y sin embargo esencial para fundar el hábito deontológico —ético e intelectual— que es la prudencia de los jueces, esto es, su *juris-prudencia*, la cual debe dejar siempre espacio a un margen de duda sobre la verdad de una hipótesis acusatoria. Si es verdad que ni siquiera en las ciencias naturales podemos hablar de certeza absoluta, la incertidumbre y la duda deben caracterizar la costumbre intelectual y moral de toda actividad de investigación empírica, incluso en mayor grado si es decisiva, como la judicial, para el destino de las personas. Recordamos siempre, para comprender la naturaleza de la verdad empírica y del razonamiento probatorio, la hipótesis escéptica formulada por Bertrand Russell que se convirtió en un *topos* clásico de la literatura epistemológica: la hipótesis, lógicamente posible y empíricamente no refutable de manera definitiva, de “que el mundo se creó hace cinco minutos y que se creó exactamente como ahora, con una población que *recuerda* un pasado del todo irreal”.¹⁰ Aun cuando sea del todo inverosímil, una tesis como ésta podría ser verdadera, pues nuestro pasado es enteramente imaginario. Sólo las tesis de la lógica y de las matemáticas son “demostrables” como verdaderas.

Intento decir que una tesis empírica no puede ser comprobada nunca con absoluta certeza. Puede ser, a lo más, confirmada *per modum ponens*; es decir, a través de un razonamiento que —contrariamente al antiguo método de las pruebas legales, con las cuales se deducían las tesis acusatorias de las pruebas obtenidas— asume la tesis acusatoria como una hipótesis, esto es, como premisa de una deducción que, asociada a máximas empíricas, se concluye con las confirmaciones ofrecidas por las pruebas, de manera que no son las tesis acusatorias las que se deducen de las pruebas obtenidas, sino son las pruebas que serán deducidas y su probable confirmación, por las hipótesis de acusación, las que permanecen siempre hipotéticas.

Pues bien, la carga de la prueba no es sino la carga de producir confirmaciones, las cuales son idóneas en la medida en que son más creíbles y concordantes para sostener la hipótesis acusatoria, pero ciertamente no para demostrarla, siendo siempre compatibles con su

¹⁰ B. Russell, *L'analisi della mente* (1921), tr. It. De J. Sanders y L. Breccia, La Spezia, 1981, p. 149.

falsedad y con reconstrucciones de hechos diferentes a las ofrecidas por ésta. Por ello el principio establecido por el párrafo 3 del artículo 192 del código de procedimientos, según el cual las declaraciones del coacusado “son valoradas junto con otros elementos de prueba que confirman su credibilidad”, enuncia en realidad un principio general de la lógica inductiva que va más allá de la valoración de las declaraciones de los arrepentidos y cubre todo el razonamiento probatorio, ya que una tesis empírica, si fuese verdadera, es siempre una verdad fecunda, ideal para producir una pluralidad de confirmaciones. Pensemos en las novelas policíacas, en las que, una vez que se descubre la verdad, ésta sirve para explicar no sólo los detalles con que se cuenta, sino también nuevos detalles ilustrados por ella o localizables con base en ella como confirmaciones ulteriores.

Un discurso opuesto vale también para la refutación. La falsedad de una tesis empírica —aunque la verdad es decir demostrable al ser siempre su negación compatible con la verdad de las pruebas obtenidas— puede ser demostrada, sobre la base de una contraprueba, *per modus tollens*: una contraprueba —por ejemplo una coartada— es incompatible con la hipótesis acusatoria o cuando menos con su confirmación, y puede por tanto, si se toma como verdadera, desmentirla directamente o debilitarla de cualquier forma rebatiendo las pruebas que la confirman. De aquí la centralidad del contradictorio en la formación de las pruebas, que no es un elemento accesorio, sino un requisito epistemológico de la prueba que refleja un principio válido en cualquier investigación empírica según el cual una tesis acusatoria, de la misma forma que cualquier otra tesis empírica, se acepta como verdadera sólo si es refutable, es decir, si las pruebas, cuya obtención es una carga para la parte acusadora, resisten las refutaciones de la defensa a las que son expuestas públicamente frente a un juez imparcial.

Es más, este principio popperiano de la refutación, si vale de la inducción científica y en la historiográfica, asume en la judicial un valor ético y epistemológico incluso más decisivo a causa de la relación de poder —asimétrico y desigual— que se establece en ella entre interrogantes e interrogados. También por esto los interrogatorios de los imputados y los testimonios obtenidos por el ministerio público en la fase de las investigaciones no pueden ser considerados pruebas, sino sólo actividades de investigación. Tan es verdad que éstos son sustraídos de las garan-

tías requeridas por el artículo 499 del Código de Procedimientos Penales para la valoración testimonial de las actuaciones con la prohibición de “preguntas que pueden afectar la sinceridad”, “que tienden a sugerir las respuestas”, que no sean pertinentes, o que puedan comprometer “la autenticidad de las respuestas, la lealtad del examen y la honestidad de las contestaciones”.¹¹ Todas estas reglas, tendientes a garantizar la credibilidad de las pruebas, no valen para los actos de investigación porque éstos tienen una finalidad diversa a la de las pruebas que no tiene que ver con la comprobación de la hipótesis acusatoria, sino con obtener información y descubrir nuevas fuentes de prueba.

Es precisamente en la separación entre pruebas y actos de investigación y en el contradictorio —requerido en las primeras, pero no en los segundos— en los que reside la separación epistemológica y ética entre el proceso acusatorio —fundado en la separación del juez de la parte acusatoria y en la relación triangular entre el primero *super partes* y las dos partes en el procedimiento— y el proceso inquisitorio, basado en el papel activo del juez investigador que al mismo tiempo obtiene, forma y valora unilateralmente las pruebas.

En resumen, el esquema de la inducción probatoria tiene, dentro de las actuaciones públicas, su transposición procesal y, por decirlo así, escenifica los diversos momentos para los diversos actores y los diversos papeles que le son conferidos: la acusación, cuyo papel es producir confirmaciones idóneas para sostener —pero no para demostrar— la hipótesis acusatoria; la defensa, cuyo papel es confutar la hipótesis y producir contrapruebas idóneas, si son creíbles, para refutarla, y el juez, en posición de tercero, que obtiene del contradictorio entre las partes su libre convencimiento subjetivo como subrogado necesario de una imposible certeza objetiva. Cada uno de estos tres momentos requiere otras tantas garantías procesales: la carga de la prueba para la parte acusadora, el derecho de la defensa al contradictorio, así como a la motivación por parte del juez de la congruencia de las pruebas, de la ausencia de contrapruebas y de la no plausibilidad de hipótesis alternativas a la acusatoria y que explican lo que se prueba durante el proceso. Pero estas garantías, antes que normas jurídicas, son reglas

¹¹ La observación es de G. Giostra, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, en esta revista, 1999, pp. 197 y ss.

epistémicas, que tienen el valor de reglas éticas o deontológicas en cualquier actividad de investigación empírica. Desgraciadamente, por la mentalidad legalista de jueces y juristas, las reglas valen solo si están expresamente dictadas por la ley; por ello la oportunidad de su codificación, como sucedió en el ya recordado artículo 192. Pero esta codificación explícita, no añade nada a su carácter vinculante, y al contrario, puede generar el efecto perverso de acreditar la idea de que las otras reglas o garantías epistémicas no sean vinculantes porque no se encuentran previstas expresamente.

Por ello estar conscientes de la necesidad de estos tres momentos sirve para fundar la ética profesional de los jueces y de los ministerios públicos. Antes que nada porque sugieren el esquema del razonamiento probatorio y de la motivación, la cual es una garantía, por decirlo así, de segundo grado que expresa y al mismo tiempo asegura la naturaleza cognitiva en lugar de la potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y en los hechos a la prueba de la hipótesis acusatoria. La motivación de una condena debe documentar todos los argumentos inductivos sugeridos por el esquema nomológico de la inducción: la pluralidad de las confirmaciones *per modus ponens*, la ausencia de contrapruebas *per modus tollens* y la ausencia de plausibles hipótesis alternativas a la acusación y de la misma forma explicativas del material probatorio.

En segundo lugar, la articulación en estos tres momentos de la inducción probatoria y su exposición al control por el trámite de la motivación tienen el valor de una eximente entre métodos procesales opuestos y, como resultado de esto, entre deontologías profesionales opuestas: entre la que Carrara llamó “convicción autocrática”, porque se basaba en la “mera inspiración del sentimiento”, y la que llamó “convicción razonada” habiendo conseguido y expuesto las “razones” jurídicas y factuales; y por esto entre la concepción y la práctica del poder judicial como un “poder inhumano” —para seguir usando las palabras de Carrara—¹² es decir, como el poder puramente arbitrario (y por ende contrario a la ética del Estado de derecho), de la justicia

¹² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, 10a. Ed., Fratelli Cammelli (1859), Florencia, 1907, Parte general, vol. II, *Introducción a la III sección*, pp. 208 y 241.

de cadí, y su fundación como “saber” también bajo el control tanto del imputado y de su defensa, como de la opinión pública.

Pero sobre todo, el valor ético-político de este esquema consiste en fundar una costumbre judicial basada en la conciencia de los límites de la comprobación factual, y por tanto sobre valor de la duda y la disponibilidad a renunciar a las propias hipótesis de frente a las contrapruebas, que además significa la disponibilidad para escuchar las razones del otro. Y en esta disponibilidad de la parte acusadora para exponerse a la refutación por parte de quien debe soportar las penosas consecuencias de la acusación que radican en el valor ético, además de epistemológico, del contradictorio público en la formación de la prueba, cuya aceptación expresa una postura de honestidad intelectual y de responsabilidad moral, alimentada por la conciencia epistemológica de la naturaleza solamente probabilística de la verdad factual, y requerida no sólo a los jueces, sino también a los ministerios públicos.

Cultura y prácticas inquisitorias. Las vicisitudes del artículo 513 del Código de Procedimientos Penales

Desgraciadamente esta conciencia no es del todo difundida en la cultura de nuestros jueces, ni en el plano de los principios, ni mucho menos en la práctica judicial. Son prueba de esto las viejas y tormentosas vicisitudes del famoso artículo 513 del Código de Procedimientos Penales, a través de las cuales se cumplió completamente la parábola de la tentativa de reforma de nuestro proceso penal en sentido acusatorio: de la inicial afirmación, en la formulación originaria del artículo, de la regla del contradictorio en el interrogatorio del debate del coacusado, a la anulación del principio por la sentencia 254 de 18 de mayo de 1992, después de su reintroducción con la ley 267 del 7 de agosto de 1997, hasta su nueva cancelación con la sentencia 361 de la Corte del 2 de noviembre pasado, que ha restituido el valor de “prueba”, por medio de su lectura en el debate, de las declaraciones de los coacusados obtenidas por el ministerio y por la policía en la fase de las investigaciones o bien admitidas en otro procedimiento conexo. El resultado fue la restauración del viejo método inquisitorio del código Rocco, sin ni siquiera el “garantismo inquisitorio” del que había sido templado con las mini reformas procesales de los años setenta.

Para lograr un resultado tal —el disminuir las garantías procesales por debajo de la legislación ordinaria en vez de elevarlas, como se desearía en una jurisdicción de constitucionalidad, al nivel de los valores constitucionales— la Corte ha regresado a principios de los cuales no existe huella en la Constitución y que son en gran medida atribuibles a la epistemología inquisitoria: la “no dispersión de la prueba”, como si pudiéramos llamar “pruebas” a los actos obtenidos en secreto por una de las partes del proceso; la “función del proceso penal” como “instrumento, no disponible para las partes, destinado a la comprobación de los hechos del delito”, como si tal comprobación no debiera ser sometida a reglas y pudiéramos identificar la disponibilidad del proceso por las partes con su disponibilidad para rendir pruebas de acusación; finalmente el frecuente y abusadísimo criterio de “racionalidad” en la aplicación del principio de igualdad, esta vez referido al diverso tratamiento de las declaraciones del testigo y del coacusado, resueltas en la censura como “irracionalidades” de las decisiones políticas del legislador y en la constitucionalización de la idea que tiene la Corte del modelo inquisitorio como único modelo “racional”.

Por lo demás, esta misma idea es compartida por una gran parte de la opinión pública y de la mayoría de los magistrados, los cuales han aceptado con un coro de críticas, la propuesta planteada por un largo despliegue parlamentario para insertar en la Constitución que la Corte, justa o injustamente, ha sostenido en contraste con su texto actual: “nadie puede ser condenado con base en declaraciones obtenidas de quien se ha sustraído siempre de manera voluntaria al examen de parte del imputado o de su defensor”, que además es la sustancia del principio del contradictorio en la formación de la prueba que todos, incluida la Corte, de palabra declaran compartir, salvo cuando lo juzgan satisfecho por el derecho del acusado de hacer preguntas a su acusador, pero no a obtener respuestas.

Se ha dicho, ante todo, que la reforma propuesta soslayaría los pronunciamientos de la Corte constitucional y se ha hablado de una “bofetada a la Consulta”,¹³ como si el Parlamento no estuviera legitimado no sólo jurídicamente, sino también políticamente para reformar la

¹³ El *Palazzo della Consulta* es el inmueble que funge como sede de la Corte Constitucional italiana (N.T.)

Constitución precisamente después de las constantes interpretaciones —cuando éstas se consideran infundadas, pero aún más si se retienen fundadas— que la Corte ofrece de la Constitución. Se ha objetado que normas de carácter procesal, y en mayor medida si son demasiado detalladas, deberían figurar en el código de procedimientos en lugar de en la Constitución: como si no si hubiese visto recientemente el fin que han tenido las normas sobre el contradictorio introducidas en el código y como si, por otro lado, las garantías penales y procesales no fueran siempre —de la Constitución de los Estados Unidos y de la Declaración Francesa de 1789 a la Convención Europea de Derechos del Hombre y a todas las constituciones modernas— la materia privilegiada de las cartas constitucionales.¹⁴ Se ha puesto en evidencia, con la frecuente petición de principio, que la nueva norma incidiría indebidamente sobre los criterios, competentes al juez, de valoración de las pruebas; mientras que ésta tiene que ver con su método de formación, dado que excluye que sean “pruebas”, como objetos de valoración, las declaraciones obtenidas en el contradictorio. Finalmente, se teme que, en su actual formulación, la norma propuesta podría, sobre todo en procesos de mafia o de estupro, volver irrecuperables las declaraciones obtenidas de una persona amenazada o comprada.

Esta última es, ciertamente, una preocupación seria. Por principio, el peligro mencionado debería ser excluido del hecho de que la norma limita la inutilización como pruebas de las declaraciones de quien “voluntariamente”, y por tanto sin coacción, se ha sustraído

¹⁴ A las garantías penales y procesales están dedicadas cuatro de los dieciséis artículos de la Declaración francesa de 1789 y también cinco de las primeras diez enmiendas de la Constitución de Estados Unidos (el *Bill of Rights* de 1791), la sexta de las cuales afirma el derecho del acusado “a que se le caree con los testigos que declaren en su contra”. La misma garantía está establecida por el artículo 6, tercer párrafo, letra *d*) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que atribuye al acusado “el derecho de interrogar y hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra. En lo que se refiere al pretendido carácter no “rígido” ni “detallado” de los principios constitucionales, los ejemplos contrarios podrían ser innumerables: baste recordar la *iv* enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual “no se expedirán mandamientos de ninguna clase a menos que hubiere causa probable, fundada en juramento o declaración formal que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas o cosas que hayan de ser aprehendidas”; o el artículo 13 de nuestra Constitución, que precisa finalmente el número de horas (cuarenta y ocho) previsto para la comunicación a la autoridad judicial y para la convalidación del arresto de policía.

“siempre” a los contrainterrogatorios. Pero si el “voluntariamente” no bastara, toda preocupación podría disiparse por una formulación más precisa de la norma, por ejemplo, previendo expresamente las hipótesis de la amenaza y de la corrupción con una fórmula del tipo “nadie puede ser condenado con base en declaraciones obtenidas de quien, sin haber sido obligado o sobornado, se ha sustraído siempre del examen de parte del imputado o de su defensor”. Por lo demás, nada podrá impedir al testigo o al coacusado amenazado o sobornado de retractarse en la audiencia de las declaraciones dadas al ministerio público en el secreto de las investigaciones. Al contrario, si existieran razones para temer la contaminación de futuras pruebas, podría promoverse la suposición, en el mismo curso de las investigaciones, con el incidente probatorio. Sin contar la posibilidad de limitar el arco de los imputados que, aún sin riesgos de deponer contra sí mismos, tienen hoy derecho a no responder, y además, desalentar el silencio subordinando a la concesión de los beneficios a los arrepentidos y a su leal colaboración también en debate. Y, de cualquier modo, ¿es moralmente aceptable que la condena de un ciudadano se base únicamente en las acusaciones repentinas ofrecidas en secreto por un coacusado? Si estas acusaciones son verdaderas, porque la verdad es siempre fecunda, será posible, en la fase de las investigaciones, encontrarles confirmación y pruebas idóneas para sostener y suplir adecuadamente el silencio eventual.

Detrás de esta resistencia para aceptar los principios del método acusatorio, existe evidentemente una concesión de la prueba y del juicio de tipo inquisitorio que de hecho confuta el valor epistemológico y ético del contradictorio como medida a la prueba de la acusación a través de su exposición a las refutaciones de la defensa. De esto resultan favorecidas y fortalecidas prácticas y métodos inquisitorios que se basan precisamente en este más o menos inconsciente rechazo. Existe de hecho una tentación permanente que anima más o menos conscientemente los estilos argumentativos de muchos jueces y ministerios públicos y que se expresa siempre en lo que es el trato inconfundible y falaz de la lógica inquisitoria: la petición de principio, en virtud de la cual la tesis por probar —que es sólo una hipótesis acompañada en principio de presunción de falsedad (la presunción de no culpabilidad) y que por tanto requiere ser favorecida por pruebas y expuesta a la

refutación mediante contrapruebas— es asumida de manera apodíctica como verdadera, casi como una premisa en lugar de como conclusión de la inducción probatoria. Gracias a este sofisma, que confiere al razonamiento probatorio una evolución tautológica y circular, la tesis acusatoria resulta de hecho irrefutable, funcionando como criterio de orientación de las investigaciones, como filtro selectivo de la credibilidad de las pruebas y de las contrapruebas y como llave interpretativa de toda la materia procesal.

Es de esta lógica y de esta tentación —el temor “de faltarle al respeto a la infalibilidad que el hombre se atribuye en todas las cosas” de la que habló Beccaria— que jueces y ministerios públicos deberían, antes que nada, cuidarse: de esta clase de resistencia apriorística de las hipótesis acusatorias, que no pueden ser refutadas. Se trata de un vicio que está, desgraciadamente, alimentado por la espectacularidad de los procesos y de la extraordinaria visibilidad sobre todo de los ministerios públicos. Uno de los efectos más nefastos de esta espectacularidad es que la defensa de parte de ellos de los propios compromisos acusatorios se convierte más o menos conscientemente —una vez que éstos se han vuelto de dominio público a través de avisos de garantía y de prisión preventiva— en la defensa encarnizada del propio trabajo y, con él, de su reputación. Casi como si admitir el propio error equivaliera a una descalificación profesional. Aquí nos encontramos en la forma quizá más grave de deshonestidad profesional, poco importa si no siempre conciente. Al contrario, la máxima prueba de profesionalidad, de moralidad y, digamos también, de independencia de juicio, es precisamente la capacidad de reconocer el error, de admitir que las hipótesis de acusación son siempre hipótesis, inevitablemente aproximativas, probabilísticas y en todo momento, hasta la conclusión del juicio, refutables.

La ética de la interpretación judicial. Garantismo, moralidad subjetiva del juez y arbitrio

Obviamente, el paradigma cognoscitivo del juicio penal es un modelo límite, regulativo, nunca realizado plenamente y nunca plenamente realizable, a causa del carácter irreductiblemente opinable de la verdad jurídica, es decir, de la interpretación de la ley, y probabilística de la

verdad factual, esto es, de la valoración de las pruebas. Y sin embargo, como he tratado de mostrar, el grado de su realización depende del grado en el cual se satisfagan el principio de estricta legalidad penal por lo que hace a la verdad jurídica y las garantías procesales por lo que hace a la verdad factual.

Por esto, en la medida en que asociamos a este modelo un valor ético-político, la introducción y el respeto de las garantías equivalen a los principios ético-políticos que deben informar, en sus respectivas competencias, tanto la legislación como la jurisdicción. En tanto que, de hecho o de derecho, el modelo garantista no ha sido satisfecho, el poder judicial es un poder discrecional y tendencialmente arbitrario. Los espacios más o menos amplios de la discrecionalidad del juez no son otra cosa que los espacios de las decisiones que se dejan en manos de su conciencia y de su responsabilidad moral en la interpretación de la ley, en la valoración de las pruebas y en la connotación equitativa de los hechos juzgados.

Sin embargo, las carencias de la legislación e incluso los límites epistemológicos del modelo cognitivo de la jurisdicción no exoneran al juez del deber moral de someter sus decisiones discrecionales a los criterios dictados de lo que he llamado la específica ética del Estado de derecho. Si, como se ha visto, los criterios meta-éticos y meta-jurídicos que deben guiar la discrecionalidad judicial en la comprobación de la verdad factual son, más allá de su misma formulación en explícitas normas procesales, las reglas epistémicas de la inducción y el *favor rei*, los que deben guiarla en la comprobación de la verdad jurídica son los principios constitucionales y, antes que nada, los principios de igualdad y dignidad de la persona y los derechos fundamentales. Ésta es la cuarta y última regla de la ética de la jurisdicción en el Estado constitucional de derecho: el juez tienen la obligación no sólo jurídica sino también moral, de asociar a las leyes los significados normativos que las vuelvan compatibles con los principios constitucionales y, si retiene que ninguno de tales significados es compatible con éstos, de interponer excepciones de inconstitucionalidad. La ética del juez, en lo que respecta a la interpretación de la ley, es aquella que se encuentra positivizada en la carta constitucional.

Cuando la garantía penal de la estricta legalidad sea enteramente carente, el juicio penal se convierte inevitablemente en juicio moral,

y el juicio moral en puro arbitrio. Es claro entonces que cuando el principio de estricta legalidad se viola por el legislador con tipos delictivos totalmente indeterminados —piénsese por ejemplo en el vilipendio, en los malos tratos o en los delitos asociativos, en la figura de la peligrosidad social o en delitos similares— o, incluso con una legislación pletórica, confusa y contradictoria, la actividad interpretativa del juez termina por ser una actividad creadora, que viola la división de poderes y el principio de la sujeción del juez a la ley. En este caso, faltando con la taxatividad de los tipos delictivos su verificabilidad y refutabilidad en abstracto, el poder judicial se transforma en un poder potestativo, arbitrario, de mandato, ya que la elección de las normas resulta de hecho confiada a sus opciones morales o políticas y, de cualquier modo, extra jurídicas. Podemos decir lo mismo del defecto de las garantías procesales que en concreto imponen la verificación y consienten la refutación: cuanto más carentes son las garantías de la carga de la prueba y del derecho al contradictorio, tanto más espacio se deja a la intuición del juez en torno a la verdad sustancial de los hechos por él juzgados.

Regresamos así a la tesis inicial de la separación entre derecho y moral. El juez moral por antonomasia, aquel que juzga única o prevalentemente según su conciencia, es el juez del cadí, no vinculado a la ley: su moralidad no es sino su arbitrio. El Estado de derecho es la negación de este modelo de juez. Esto puede parecer una paradoja: entre más espacio deja la legislación a la ética del juez, a sus elecciones y a su responsabilidad moral, más se reduce la legitimación ético-política del juicio, debido a que el espacio de la moral subjetiva del juez es el espacio del arbitrio y viceversa. Y este espacio es mucho más amplio, en tanto más carente, débil o de cualquier forma violado, es el sistema de las garantías penales y procesales. Ciertamente, el modelo alternativo al del juez del cadí —el modelo de Montesquieu y de Beccaria del poder judicial como poder nulo— es un modelo limitado, utópico, y no realizable plenamente. Es verdad que existen siempre en la acción de los jueces y de los ministerios públicos espacios insuprimibles de discrecionalidad: espacios fisiológicos y legítimos, como aquellos conexos a la comprensión equitativa, espacios no legítimos pero reducibles gracias a las garantías penales y procesales como las que son inherentes a la verdad jurídica y a la verdad factual. Pero lo

que importa es estar conscientes de que sólo las garantías y la cultura garantista de los magistrados pueden minimizar estos espacios y fundar la legitimidad ético-política de la jurisdicción.

Desgraciadamente, si miramos el estado de la justicia penal en Italia, debemos decir que esta legitimidad está hoy en crisis por la inflación de la legislación penal, por la pérdida de taxatividad de los tipos delictivos, por la demolición de las garantías del contradictorio, y por la prevalencia de las prácticas y cultura inquisitorias que han conducido a la desautorización de la defensa y a la marginación del papel mismo del debate público. Se trata de una crisis que puede minar principios fundamentales de nuestra democracia, como la obligatoriedad de la acción penal, la sujeción del juez a la ley, la independencia de quien actúa con facultades de fiscal y la división de poderes. Pero ciertamente no es una crisis imparable. Depende de todos nosotros —de la política, de la legislación, de la magistratura y de la cultura jurídica— que ésta sea superada a través de una refundación garantista de la legalidad penal y de las reglas del justo proceso. Y no hay una graduación de responsabilidad. Entre legislación, jurisdicción y cultura jurídica existe siempre una relación de intención que puede dar lugar a círculos viciosos o a círculos virtuosos. La cultura antigarantista de los jueces siempre se apoya (y a su vez apoya, en especial en tiempos como los actuales) en una legislación antigarantista y en una cultura jurídica condescendiente o disminuida. Pero también es verdad lo opuesto. Si los jueces redescubrieran, con el valor de las garantías, las fuentes de su legitimación ético-política y se empeñaran primeramente en su defensa, sería mucho más fácil salir de los apuros de las miles de polémicas —entre jueces y abogados, entre magistrados y políticos, entre derecha e izquierda— que en estos años han envenenado el debate sobre la justicia y comenzar una obra de saneamiento del todo el sistema penal y procesal.