

Trabajo final de máster

Máster en Razonamiento Probatorio

Título: LA DECISIÓN SOBRE LA *QUAESTIO FACTI* EN LOS ACUERDOS DE
CULPABILIDAD

Alumno: Diana VELEDA

Tutor: Dr. Jordi FERRER BELTRÁN

Convocatoria: abril 2020

LA DECISIÓN SOBRE LA *QUAESTIO FACTI* EN LOS ACUERDOS DE CULPABILIDAD

Diana VELEDA

Universidad de Buenos Aires

diana_veleda@hotmail.com

I. Introducción

De un tiempo a esta parte, existe un consenso más o menos generalizado en el ámbito del derecho probatorio acerca de que la decisión sobre los hechos de un caso penal debe estar guiada por criterios de racionalidad epistemológica¹. Es cierto que los juicios podrían terminar sin haber alcanzado la *verdad*², pero siempre es deseable que sus resoluciones definitivas reflejen lo sucedido en el mundo real —esto es, principalmente, que condenemos a los culpables y absolvamos a los inocentes—³. Más aun, en el caso de las condenas, su legitimidad y la de sus consecuencias dependen de ello⁴. De allí que, dado que el criterio que utilizamos para justificar la veracidad o falsedad de enunciados los fácticos en un proceso penal es la prueba⁵, el sentido de las

¹ Muchas obras son representativas de esta corriente epistemológica en el derecho probatorio. Solo por mencionar algunas, véase TARUFFO, 1992, FERRER BELTRÁN, 2007 y 2005; GASCÓN ABELLÁN, 2010; ALLEN, 2010; AMAYA, 2010 y LAUDAN, 2006.

² En razón de la vigencia del principio de inocencia y la intermediación de un estándar de prueba exigente para la comprobación de la culpabilidad, el proceso penal puede culminar normalmente aunque la hipótesis triunfante no sea la que goza de mayor apoyo empírico. Si la hipótesis de culpabilidad no alcanza el estándar necesario para la emisión de una condena, “se presumirá la verdad de la hipótesis menos confirmada (*i.e.*, la de la inocencia)” (FERRER BELTRÁN, 2010:98).

³ Para FERRER BELTRÁN, la investigación judicial pretende decir algo sobre el mundo y, por ello, intenta determinar el valor de verdad de determinadas premisas fácticas (2010:81-84). En el mismo sentido, TARUFFO afirma que “en cierto modo, la ciencia y el proceso tienen un fin común: la búsqueda de la verdad” (2010:45).

⁴ “En un sistema donde el Estado asume la función del control social por medio de la imposición de penas se encuentra, entre otras condiciones de legitimidad, la necesidad de que los elementos que permiten afirmar la existencia de un hecho punible estén verificados con certeza o probados más allá de la duda razonable. Como sucedáneo de esta regla, existe el deber del Estado y de sus representantes en el foro penal de investigar y determinar la *verdad* objetiva, y también, de pronunciarse a favor del acusado si no es alcanzada esta *verdad* más allá de la duda razonable. En otras palabras, existe la imposibilidad, desde un punto de vista normativo, de aplicar una pena sin tener acreditados con un determinado grado de precisión los hechos que habilitan tal potestad estatal” (DÍAZ, 2015:103).

⁵ Por ejemplo, para FERRER BELTRÁN, la actividad probatoria tiene “la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes. Y el éxito de la institución probatoria se produce cuando las proposiciones sobre los hechos que se declaran probadas son verdaderas” (2010: 82-83 y, en el mismo sentido, 2005: 29-38).

decisiones que lo componen y concluyen debería estar guiado por el grado de corroboración que la hipótesis acusatoria haya obtenido a partir de las evidencias recolectadas⁶.

Sin embargo, la gran mayoría de las legislaciones procesales penales del mundo permite emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal de una persona con prescindencia de la producción de la prueba en el debate y a partir de alguna clase de acuerdo entre la fiscalía y el acusado y su defensa⁷. Estos mecanismos se encuentran generalmente orientados hacia fines utilitarios —tales como la simplificación o abreviación de los procesos—⁸ y, al margen de su mayor o menor éxito en la consecución de esos objetivos⁹, suelen ser criticados por razones relacionadas con la justicia de las decisiones que de ellos resultan. En particular, se los critica porque facilitarían la punición de inocentes (FERRAJOLI, 1989:748)¹⁰ e incitarían a la disminución de la pena justa de los autores culpables (SANCINETTI, 2010).

Con respecto a lo primero, los acuerdos facilitarían el castigo de inocentes, por un lado, porque serían procedimientos *coercitivos*¹¹ que provocarían que los imputados

⁶ En este sentido, “la fijación judicial de los hechos debe recurrir necesariamente a los esquemas propios de la epistemología general” (GASCÓN ABELLÁN, 2010:46) y “una hipótesis se considera verdadera (correspondiente con la realidad) cuando ha sido probada, y ha sido probada cuando, tras la valoración de la inferencia probatoria, alcanza un alto grado de credibilidad” y “los criterios de valoración de la prueba son paralelos a los criterios de confirmación de hipótesis propuestos por algunos filósofos de la ciencia” (GONZÁLEZ LAGIER, 2003:49).

⁷ En un reciente trabajo empírico, LANGER muestra que desde 1970 el *plea bargaining* y otros mecanismos de omisión del juicio penal fueron implementados, al menos, en sesenta jurisdicciones a lo largo del mundo (2019:3-10).

⁸ Se ha argumentado también que esta clase de procedimientos pueden hallar sustento en razones no-utilitarias o de *justicia*, tales como la necesidad de mitigar el castigo a quien admite su culpabilidad (DUFF, FARMER, MARSHALL y TADROS, 2007:174).

⁹ No contamos con mucha información que permita juzgar concluyentemente si los procedimientos abreviados han colaborado con los fines que justificaron su implementación, pero los datos disponibles respecto del caso de la justicia nacional en la República Argentina no son alentadores. Un relevamiento estadístico determinó que “[e]n términos de la duración del proceso, el 20% de los procedimientos abreviados se resuelve en menos de dos meses y otro 20% entre 2 y 4 meses desde que el caso llega ante el tribunal oral. La mayoría de los casos (60%) toman más de 4 meses y algunos hasta 1 o 2 años desde que el caso llega ante el tribunal oral. El promedio de los casos que se resuelven por esta vía toman 301 días y la mediana es de 165 días desde que el caso llega ante el tribunal oral” (BERGMAN, FONDEVILA y LANGER, 2017:62).

¹⁰ Para FERRAJOLI, existe “el peligro de que la práctica del pacto —como por lo demás ha demostrado la experiencia estadounidense— pueda provocar una importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, transformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y sus riesgos. Y de que el proceso pueda quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución, pero también con una pena mucho más grave” (1989:748).

¹¹ Solo por citar algunas opiniones en este sentido, para LANGBEIN, “[l]as semejanzas entre el sistema estadounidense moderno de *plea bargaining* y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y

decidan prestar conformidad con la propuesta de la fiscalía con el único fin de evitar posibles males mayores, tales como la aplicación de una sanción mucho más grave en el juicio ordinario¹². En segundo lugar, porque al prescindir de la actividad probatoria dificultarían la posibilidad de detectar esas eventuales falsedades. De hecho, sin evidencia a la vista y si ello sirve a sus intereses, la fiscalía y el imputado podrían acordar la existencia de un evento —y, con ello, prescindir de probarlo—, cuando en rigor aquel no existe o no ha ocurrido de ese modo¹³.

Pese a todo esto, en muchas jurisdicciones, los acuerdos son la manera en la cual se procesa una gran parte de los casos que ingresan al sistema de justicia penal¹⁴. Una posible explicación de este fenómeno es que, en rigor, los acuerdos implicarían un abandono de la noción de verdad como correspondencia con la realidad y funcionarían a la luz de una noción de verdad *consensual*, según la cual la corrección de los enunciados fácticos no vendría determinada por su mayor o menor aproximación a lo ocurrido en el mundo, sino por la decisión misma de las partes de no controvertir los hechos del caso.

En este trabajo sostendremos que, por el contrario, la resolución de casos penales a través de acuerdos de culpabilidad no nos compromete, necesariamente, con la adopción de una noción distinta a la de la verdad como correspondencia con la realidad. En particular, afirmaremos que los acuerdos deben observar determinadas exigencias vinculadas con su legitimidad moral —o, si se quiere, para no violar los derechos del

escalofriantes” (1978:9) y para DÍAZ CANTÓN, “toda renuncia o conformidad [del acusado], para ser tal, precisa de la libertad total de decisión, inexistente por definición en [el] juicio abreviado”, ya que “[e]s ilusorio pensar que la coerción puede ser eliminada del proceso, ya que la misma existencia del proceso la implica necesariamente” (2005:252-253).

¹² Aquí nos interesa especialmente esta consecuencia indeseable del presunto carácter coercitivo de los acuerdos, vinculada con el incremento del riesgo de error en la decisión sobre los hechos, pero esa condición es problemática en sí misma, en razón de la garantía que prohíbe al Estado obligar al imputado a realizar declaraciones contra sí mismo. Solo por mencionar algunos ejemplos, la Constitución argentina establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (art. 18) y la Constitución española establece, en idéntico sentido, que una persona detenida no puede “ser obligada a declarar” (art. 17.3). Esto, claro está, siempre que se acepte que esta garantía no tiene un valor meramente instrumental o epistémico —es decir, orientado únicamente a prevenir declaraciones falsas— sino también un valor en sí misma.

¹³ De ahí que las implicancias del rol probatorio de las partes sea una de las peculiaridades que distingue al proceso judicial de otros contextos epistémicos (v., en este sentido, FERRER BELTRÁN, 2010:90 y ss. y TARUFFO, 2010:194-195). Por ello se considera importante que, en aquellos sistemas que priorizan el control de las partes sobre la investigación de los hechos, sean desarrollados incentivos apropiados para contrarrestar esa tendencia a incursionar en comportamientos distorsionadores de la verdad (DAMAŠKA, 2003:120).

¹⁴ LANGER analiza la relación existente entre el número de condenas obtenidas a través de mecanismos de evitación del juicio y el número total de condenas en veintiséis jurisdicciones del mundo y, en la mayoría de ellas, la tasa resultante excede el 50% de los casos (2019:27 y ss.).

acusado en ese contexto— y que la observancia de esas exigencias repercute en las condiciones en las que adoptamos la decisión sobre la *quaestio facti*. Más precisamente, afirmaremos que aquellas facilitan que la decisión sobre los hechos goce de una genuina justificación epistémica, esto es, sobre la base de prueba y de acuerdo con un concepto de verdad como correspondencia con la realidad.

Para ello, descartaremos primero una objeción relacionada con la posible falta de coherencia interna de nuestra propuesta, según la cual, dado el origen y objetivos de los acuerdos, la preocupación por la averiguación de la verdad —entendida como correspondencia con la realidad— se encontraría fuera de lugar (punto II). En segundo lugar sostendremos que, para que la propuesta de un acuerdo no sea *coercitiva* ni viole los derechos del acusado, la fiscalía no puede imponer a aquel una penalidad por elegir ir a un juicio ordinario y, además, debe contar con una sospecha suficiente en su contra, en particular, aquella que le permitiría solicitar la realización del debate público (punto III). En tercer lugar, analizaremos la manera en la cual la observancia de esas condiciones de legitimidad moral de los acuerdos puede repercutir en la decisión sobre la *quaestio facti* (punto IV). Finalmente, ensayaremos unas breves conclusiones (punto V).

II. La verdad en los acuerdos, ¿una preocupación fuera de lugar?

1. ¿Una verdad *consensuada*?

El enfoque de este trabajo y su propuesta podrían merecer una objeción preliminar, relacionada con la aparente inconsistencia entre una preocupación fuerte por la averiguación de la verdad y la naturaleza y los objetivos de los acuerdos de culpabilidad.

Como ya adelantamos, estos procedimientos se apoyan en la ausencia de contradicción o en el consenso al que las partes arriban sobre ciertos aspectos del caso, con el fin de evitar la producción de prueba que estiman innecesaria, al manifestarse seguras sobre cuál sería su resultado. De hecho, la mayor parte de los sistemas que contienen la posibilidad de arribar a acuerdos fácticos en casos penales tienen su origen en el *plea bargaining* anglosajón y, allí, el reconocimiento de la culpabilidad por parte del acusado a través del *guilty plea*¹⁵ tiene una significación peculiar: constituye una

¹⁵ En el *plea bargaining* “sobreviven formas muy arcaicas derivadas del proceso acusatorio propiamente privado de los pueblos germánicos” y, una de ellas, es el *not guilty plea*, esto es, la declaración del imputado que niega la acusación y que “[hace nacer] la controversia que es requisito indispensable de la

auténtica cancelación de la controversia sobre los hechos y con ella —en principio— deviene innecesaria la comprobación del contenido fáctico de la declaración¹⁶. Esto es connatural a un proceso concebido como una *disputa* entre partes iguales que, además, son dueñas de la controversia que desarrollan (LANGER, 2005:119)¹⁷, en el que el objetivo de la resolución de un conflicto prevalece, en términos generales, a la meta de la averiguación de la verdad (DAMAŠKA, 1997:120)¹⁸. De allí que se considere que la noción de verdad, en dicho contexto, resulte “más [relativa] y consensual: si las partes llegan a un consenso sobre los hechos del caso, mediante acuerdos sobre declaraciones de culpabilidad o estipulaciones, no es tan importante determinar cómo ocurrieron los hechos realmente” (LANGER, 2018:39-40).

Estas particularidades de la decisión sobre los hechos en los acuerdos de culpabilidad podría explicarse, no tanto por la mayor o menor importancia que se confiere, en ese contexto, a la verdad como correspondencia con la realidad¹⁹, sino por la adopción, en su reemplazo, de un concepto de verdad diferente, de naturaleza consensual²⁰, según el cual la solución del caso propuesta por las partes podría

actuación jurisdiccional”, mientras que, si hay *guilty plea*, “el reconocimiento de la culpabilidad llevaba directamente a la sentencia” (SCHIFFRIN, 1998:484).

¹⁶ Así, “analizado desde el modelo de la disputa [el *guilty plea*] cobra completo sentido”, pues “si el proceso penal no es sino una contienda entre acusador y acusado, solo existe una controversia si este último se declara no culpable, mientras que si el imputado se declara culpable, ya no existe disputa alguna sobre la que el juez o el jurado puedan resolver, ya que el acusado se ha ‘allanado’ a la pretensión del acusador, y entonces solo resta determinar la pena” (LANGER, 2005:119).

¹⁷ El proceso penal estadounidense se acerca a lo que LANGER denomina como el modelo procesal *de la disputa*, en el que **(i)** el proceso penal es una lucha entre partes iguales —la fiscalía, por un lado, el imputado y su defensa, por el otro—, frente un tercero imparcial —el juez—; **(ii)** las partes son dueñas de la contienda, pues pueden disponer del contenido del litigio; **(iii)** en general, hay dos investigaciones paralelas que avanzan según el impulso que recibieren de cada parte y **(iv)** el objetivo del proceso es, al menos predominantemente, la resolución de un conflicto (LANGER, 2005:114-123).

¹⁸ En efecto, “el omnipresente fin de la resolución del conflicto constituye un argumento silencioso a favor del mayor control de las partes sobre el desarrollo del proceso. No cabe duda, por ejemplo, de que la equiparación entre decisión judicial y resolución de conflictos favorece la idea de que solo los hechos controvertidos deben constituir el objeto de la actividad probatoria. Las admisiones de culpabilidad, en los procesos penales, y la admisión de hechos, en los civiles, se convirtieron con bastante naturalidad en parientes cercanos” (DAMAŠKA, 1997:120).

También se sostiene, sin embargo, que la opción entre la resolución de un conflicto y la averiguación de la verdad puede no ser siempre posible. Véase, por ejemplo, WEIGEND, 2003:169.

¹⁹ De acuerdo con el concepto de verdad como correspondencia, un enunciado es verdadero cuando se adecua “a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere”, de manera que “presupone un cierto realismo epistemológico que se asienta en dos tesis: una ‘metafísica’ y otra ‘gnoseológica’. La tesis metafísica consiste en presuponer que existe un mundo real, independiente del sujeto cognoscente. La tesis gnoseológica consiste en presuponer que podemos conocer ese mundo real, aunque se de forma imperfecta” (GASCÓN ABELLÁN, 2010:51).

²⁰ La idea de verdad *consensual* podría incluirse dentro de las teorías *pragmatistas* de la verdad, según las cuales “la verdad de un enunciado se concibe en términos de ‘acceptabilidad justificada’. Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión ‘instrumentalista’) o

“apartarse de lo verdaderamente acontecido” (GUZMÁN, 2005:297)²¹. De acuerdo con ello, los enunciados fácticos comprendidos en el acuerdo serían verdaderos porque las partes no los controvierten y no porque se haya corroborado que esa es la manera en la que los eventos se desarrollaron en el mundo a través de la evidencia recolectada u otro criterio de justificación disponible²². En este marco, una preocupación fuerte por la objetiva determinación de los hechos, en términos de correspondencia con la realidad, quedaría fuera de lugar. Discutiremos esta posición en lo que sigue.

2. Sobre la adecuación descriptiva de la noción de verdad *consensuada* en los acuerdos

Desde un punto de vista descriptivo, no es claro que los acuerdos de culpabilidad, sea cual fuere su origen, operen completamente divorciados de la noción de verdad como correspondencia con la realidad.

Esto es más evidente en los ordenamientos procesales de tradición europea-continental. Estos sistemas han incorporado los acuerdos de origen anglosajón pero los han *traducido*²³ de acuerdo con las particularidades propias del modelo procesal subyacente²⁴. En estos contextos, la preocupación por la averiguación de la verdad conserva un lugar que no es para nada despreciable.

porque es aceptado (versión ‘consensualista’). En suma, un enunciado no está justificado porque sea verdadero, sino que es verdadero porque está justificado, o más exactamente, porque el criterio para aceptarlo como verdadero (el criterio de verificación) está justificado” (GASCÓN ABELLÁN, 2010:51).

²¹ En su análisis del caso del *plea bargaining* estadounidense, BOVINO llega a una conclusión similar. Considera que, “al concederse a la declaración del imputado el mismo valor que al veredicto del jurado, la verdad se da por establecida. El *consenso*, en este contexto, *desplaza*, a la determinación judicial de la ‘verdad real’” (2005:63).

²² Es necesario aclarar, sin embargo, que la distinción entre criterios y conceptos de verdad es confusa en las teorías pragmatistas de la verdad (GASCÓN ABELLÁN, 2010:51) y que, de hecho, la distinción de las nociones de conceptos y criterios de verdad, en general, no es un asunto sencillo. Al respecto, puede consultarse HAACK, 1978:88-91. A los fines de este trabajo, nos bastará con afirmar que los acuerdos de culpabilidad no nos obligan a abandonar un concepto de verdad como correspondencia y reemplazarlo por un concepto *consensual* y que, en todo caso, según veremos más adelante, el consenso de las partes o la falta de contradicción de la hipótesis acusatoria podría ser uno de los factores contextuales que modifique las condiciones de justificación de la hipótesis acusatoria, a la luz de un concepto de verdad como correspondencia.

²³ Las ventajas de la metáfora de la *traducción* frente a la noción de los *trasplantes* legales puede leerse en LANGER, 2018:67-76.

²⁴ Los sistemas procesales de origen europeo-continental se hallan tradicionalmente guiados por los principios de averiguación de la verdad, oficialidad y legalidad, generalmente asociados con una noción de disputa meramente *formal* entre las partes. A diferencia del caso estadounidense, estos procesos tienen más notas comunes con el modelo que LANGER denomina como de la *investigación oficial*, en el que (i) existe una única investigación; (ii) esta investigación es impulsada por un oficial del Estado; (iii) ese oficial no tiene un interés concreto en la resolución del litigio sino que actúa con objetividad, y (iv) las partes no pueden disponer materialmente del objeto del proceso (2005:114-123).

La confesión del acusado en un acuerdo de culpabilidad no es otra cosa que una fuente de conocimiento acerca de los hechos o, mejor dicho, una prueba más de su culpabilidad que, si no es corroborada con otros elementos que respalden su veracidad, podría ser insuficiente para el dictado de una condena²⁵. De acuerdo con ello, “un acusado no puede poner fin a la etapa de la determinación de culpabilidad al admitir su responsabilidad ante el tribunal. Si bien la admisión de culpabilidad puede ser de mucha utilidad para el juez en la búsqueda de la verdad, lo cierto es que el juez todavía tiene la última palabra al respecto y en consecuencia puede decir: ‘le creo pero su confesión sola no es prueba suficiente más allá de toda duda razonable de que usted lo hizo’” (LANGER, 2018:40-41)²⁶.

Pero tampoco el *plea bargaining* anglosajón resigna toda preocupación por la objetiva determinación de los hechos. Por lo pronto, las *Federal Rules of Criminal Procedure* estadounidenses exigen que la declaración de culpabilidad cuente con una *base fáctica* suficiente y ponen en cabeza del tribunal la realización de las indagaciones necesarias para determinar su verificación en cada caso —regla 11.b.3—²⁷.

Es cierto que la noción de base fáctica suficiente parece haber sido dotada de un contenido bastante flexible en la jurisprudencia estadounidense. Una de las principales referencias a la que suele acudir para argumentar que el *plea bargaining* desconsidera

²⁵ Como sostuvimos en otra ocasión (VELEDA, 2019:280-281), la obtención de un reconocimiento de culpabilidad por parte del acusado también jugó un rol relevante en los procedimientos europeo-continentales, pero lo hizo de un modo bastante diferente al del modelo anglosajón. En las instituciones judiciales de la Edad Media, conseguir la confesión del acusado se convirtió en el objetivo central del proceso, unida a la práctica de la tortura y al sistema de pruebas legales. Efectivamente, la valoración probatoria en los sistemas históricamente inquisitivos estaba dominada por un sistema de prueba legal que “no puede funcionar sin la autorización para obtener la confesión compulsivamente, mediante la tortura, centro de gravedad de toda la investigación, y la regulación probatoria sólo cumple el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento” (MAIER, 2004:448). En similar sentido, para FOUCAULT, “el sistema de la confesión estaba vinculado a una muy curiosa organización de lo que se llama pruebas legales: la confesión debe tener su lugar dentro del sistema de las pruebas legales [...] [que] definía con mucha precisión el valor de cada elemento de prueba en relación con una cierta cantidad de pruebas, considerada como capaz de conformar una certeza perfecta” (2014: 223/226).

²⁶ Algunos ejemplos de esta clase de acuerdos, adaptados a la idiosincrasia de los procesos penales de tradición europea-continental, son el caso italiano (v., entre otros, LANGER, 2018:93-103 y MAFFEI, 2004), el alemán (v., entre otros, LANGER, 2018:82-93, DIAS, 2015 y WEIGEND, 2008) y el argentino (v., entre otros, LANGER, 2018:103-108 y CÓRDOBA, 2005:229-250).

²⁷ Regla 11.b.3.: “*Determining the Factual Basis for a Plea*. Before entering judgment on a guilty plea, the court must determine that there is a factual basis for the plea”.

La correspondiente nota del *Advisory Comitee* agrega: “The court should satisfy itself, by inquiry of the defendant or the attorney for the government, or by examining the presentence report, or otherwise, that the conduct which the defendant admits constitutes the offense charged or an offense included therein to which the defendant has pleaded guilty. Such inquiry should, e.g., protect a defendant who is in the position of pleading voluntarily with an understanding of the nature of the charge but without realizing that his conduct does not actually fall within the charge”.

la verdad como correspondencia es el precedente “North Carolina v. Alford”²⁸. Allí, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que no presenta un problema desde una perspectiva constitucional la decisión de un tribunal de aceptar un *guilty plea* acompañado de una declaración de inocencia por parte del acusado.²⁹ Aunque parece difícil conciliar esta posición con una pretensión dirigida a la objetiva determinación de los hechos, algunas reflexiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos muestran que la preocupación por la precisión fáctica de la condena no se encontraba ausente. En particular, ese tribunal se dedicó especialmente a evaluar la trascendencia de la declaración de inocencia del acusado en función de la fortaleza del caso que la fiscalía tenía contra él. Al respecto, afirmó:

“Aquí el Estado tenía un caso fuerte de homicidio en primer grado contra Alford. [...] En razón de la abrumadora evidencia en su contra, un juicio era precisamente lo que Alford ni su abogado deseaban. [...] Cuando su declaración de culpabilidad es vista a la luz de la evidencia que existía en su contra, la cual negaba, categóricamente, su proclamación de inocencia y le otorgaba al juez los medios para verificar si la declaración de culpabilidad estaba siendo efectuada de manera inteligente, su validez no puede ser cuestionada con seriedad” (mi traducción desde el original).

De acuerdo con ello, aunque reconozcamos que la condena de Alford fue dictada en condiciones que están lejos de ser las ideales, no es adecuado afirmar que la decisión fue adoptada a la luz de una noción consensual de la verdad o con total despreocupación por la averiguación de lo realmente ocurrido. Las reiteradas referencias a la existencia de sólida evidencia sobre la culpabilidad del acusado muestran que la atención a lo realmente ocurrido está presente en el razonamiento de la Corte y que esto fue tenido en cuenta para restar credibilidad a la declaración de inocencia, todo ello a la luz de un concepto de verdad como correspondencia con la realidad.

También es cierto que existen otros factores, generalmente presentes en las formas robustas de *plea bargaining*, que pueden generar efectos distorsionadores de la verdad. Por ejemplo, en el caso estadounidense, la facultad que pueden tener los fiscales de imputar tipos penales adicionales a los que corresponderían al caso, la posibilidad de negociar la base fáctica de la acusación —*fact bargaining*—, las dificultades que enfrentan los jueces para corregir esas desviaciones o la circunstancia de que los fiscales valoren más la resolución eficiente de los casos que la precisión de sus decisiones, al

²⁸ “North Carolina v. Alford”, 400 U.S. 25 (1970).

²⁹ Véase, por caso, BOVINO, 2005:62.

menos en aquellos procesos que involucran delitos leves (LIPPKE, 2011:221-223). Sin embargo, esto tampoco nos obliga a abandonar nuestro punto.

Que los acuerdos celebrados en aquellos términos sean un mal camino para la determinación objetiva de lo ocurrido no es equivalente a afirmar que el sistema entienda que los hechos contenidos en ellos ocurrieron de ese modo simplemente porque las partes así lo afirman. En todo caso, las diferentes condiciones de celebración de estos procedimientos —p. ej., la mayor o menor presencia de esos factores distorsivos, la mayor o menor disponibilidad del objeto del caso en manos de la fiscalía y el acusado, la mayor o menor rigidez del control judicial sobre la satisfacción de la base fáctica— mostrarán una correlativa preocupación, mayor o menor, por el conocimiento de lo realmente ocurrido. En otras palabras, los acuerdos no implican, necesariamente, la adopción de otra noción de verdad, pero sus características pueden reconocerle una importancia mayor o menor a su averiguación, en relación con los restantes valores en juego —p. ej., aquellos asociados a la eficiencia del sistema—.

Una argumentación más o menos similar se utiliza para afirmar que la circunstancia de que un proceso sea considerado adversarial no basta para concluir que se encuentra guiado por un concepto distinto al de la verdad como correspondencia con la realidad o que no le interesa conocerla, en medida alguna. Para llegar a esas conclusiones, lo relevante es “si el ordenamiento exige efectivamente que la decisión se base en pruebas genuinas desde el punto de vista epistémico” y, en todo caso, “quedará por discutirse si la medida en que esa regulación propende a descubrir la verdad es o no satisfactoria, si se tutelan o no suficientemente otros valores, si se distribuye con justicia el riesgo de error, etc.; pero no cabrá decir que no le interesa la verdad sin más por el solo hecho de concebirse al proceso como *adversarial*” (DEI VECCHI, 2016:281). De manera similar, la sola posibilidad de resolver un caso penal a través de un acuerdo de culpabilidad no conlleva, necesariamente, la adopción de una noción de verdad consensual, sino que las particulares circunstancias en las cuales aquellos permitan adjudicar la solución del caso exhibirán el mayor o menor peso conferido al objetivo de arribar a decisiones precisas en el aspecto fáctico. Será fundamental, entonces, determinar si los acuerdos exigen que la decisión definitiva se base en “pruebas genuinas desde el punto de vista epistémico” y en qué medida.

3. Sobre la adecuación normativa de la noción de verdad *consensuada* en los acuerdos

Por último, desde una perspectiva normativa, no sería posible afirmar que los acuerdos de culpabilidad se fundan en una noción consensual de la verdad y que, con ella, pueden habilitar soluciones absolutamente ficticiales, sin cuestionar seriamente su legitimidad. La averiguación de la verdad, entendida como correspondencia con la realidad, es una condición de justicia de las decisiones resultantes de un proceso penal en un Estado de derecho³⁰.

De acuerdo con el principio de *verdad* o de la *verdad* como garantía (FERRAJOLI, 1989:545)³¹, la corrección moral de una condena penal depende de la corrección fáctica del juicio de responsabilidad contenido en ella. En otras palabras, “la *verdad*, como correspondencia aproximada de una hipótesis con el objeto que refiere, constituye uno de los requisitos fundamentales que debe contener un sistema de persecución penal adecuado a un Estado de derecho, y respetuoso de la dignidad humana” y su búsqueda “debería aparecer como un objetivo relacionado con la pretensión de aplicar el poder punitivo en contra de una persona” o, más precisamente, “ante la intención de aplicar una pena estatal, debería surgir la obligación de determinar la *verdad* como garantía política del acusado”, de manera que “el objetivo del proceso penal podría ser redefinido en términos de corroboración de la veracidad de la hipótesis acusatoria con pretensiones punitivas, en vez de búsqueda de la *verdad* en sí misma” (DÍAZ, 2017:120-121).

Más allá del proceso penal, la *verdad* también funciona como un ideal regulativo general, pues el éxito del derecho como mecanismo ordenador de las conductas de las personas depende de la posibilidad de que las consecuencias establecidas en las normas

³⁰ Es cierto que la adecuación de la decisión sobre los hechos de un caso penal a lo realmente ocurrido puede no garantizar la *justicia* del resultado si, por ejemplo, la norma cuyo antecedente fáctico hemos corroborado es una norma injusta por otras razones —p. ej., fundada en prejuicios de clase, raza o religión—. La noción de justicia es utilizada aquí únicamente en ese primer sentido, relacionado con la coincidencia entre la culpabilidad penal declarada en el juicio y los eventos ocurridos en el mundo real. Esto es, como ya dijimos, que condenemos a los culpables y absolvamos a los inocentes. Agradezco al Profesor Jordi FERRER BELTRÁN por esta observación.

³¹ El principio de verdad se funda “en la necesidad de preservar de la opresión de la mayoría no desviada precisamente a aquel al que se supone desviado, de tal manera que un juez pueda absolverlo incluso contra la voluntad de todos. Por razones diversas pero convergentes, la verdad del juicio y la libertad del inocente, que constituyen las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción penal, requieren órganos terceros e independientes de cualquier interés o poder: la *verdad*, por el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero; las *libertades* [...], porque equivalen a otros tantos derechos de los particulares frente el poder y los intereses de la mayoría” (FERRAJOLI, 1989:545).

jurídicas se apliquen, efectivamente, cuando ocurran los hechos a los cuales el derecho las condiciona. Así, “solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios” (FERRER BELTRÁN, 2007:30) y, en conexión con ello, el principio también funciona como una condición necesaria de la legitimidad pública del sistema de justicia, pues si este fuera “frecuentemente percibido como uno que condena al inocente y que absuelve al culpable no conseguiría ganarse el respeto, ni la obediencia, de los gobernados” (LAUDAN, 2006:23).

En definitiva, la verdad es un valor con múltiples repercusiones y la mayor o menor aptitud de un proceso penal para alcanzarla es un parámetro válido para analizar la justicia de las soluciones que produce, sea cual fuera la tradición jurídica de la que provenga³². Esto no significa desconocer la existencia de otros valores que también deben ser considerados y cuya mayor o menor incidencia se relacionará con las características de cada modelo procesal³³. En todo caso, lo central es reflexionar sobre cuáles son las condiciones de celebración de los acuerdos que podrían reflejar una ponderación aceptable de todos los valores en juego.

III. Sobre las condiciones de legitimidad moral de los acuerdos de culpabilidad: la medida de la pena y la suficiencia de la prueba

1. ¿Propuestas o amenazas? Sobre la legitimidad de la propuesta de un acuerdo de culpabilidad por parte de la fiscalía.

En este apartado sostendremos que, para que la propuesta de un acuerdo de culpabilidad por parte de la fiscalía —o del órgano encargado de ello, según la legislación aplicable— no viole los derechos del acusado —o, según veremos, para que resulte moralmente aceptable—, deben verificarse, necesariamente³⁴, dos condiciones: **(i)** que el acusado no sea amenazado con una pena exagerada si decidiera optar por la realización del debate ordinario y **(ii)** que la hipótesis acusatoria haya sido corroborada

³² Esta posición implica, desde una perspectiva moral, considerar a la verdad como un valor universal. Sobre la dicotomía universalismo-relativismo moral puede consultarse TIMMONS, 2002:38-41. Desde una perspectiva más cercana al relativismo, se considera que existen distintos tipos o nociones de verdad y justicia, dependiendo de la cultura procesal subyacente. Por ejemplo, véase GRANDE, 2008:155-156.

³³ V., por todos, DAMAŠKA, 1997:115-127.

³⁴ Es decir, se trata de condiciones *necesarias*, no *suficientes*. Existen otras razones por las cuales la propuesta de un acuerdo de culpabilidad por parte de la fiscalía podría violar los derechos del acusado, pero no todas ellas serán analizadas en este trabajo. La conclusión que se pretende alcanzar es que, ausentes las dos exigencias que sí se analizarán en este apartado, entonces la propuesta será ilegítima.

de conformidad con un estándar probatorio bien determinado, equivalente a aquel que resultaría exigible para llevar el caso a juicio. Veamos.

Una de las maneras más usuales de exhibir el carácter *inmoral* o *coercitivo* de los acuerdos es a través de su comparación con una escena compatible con lo que, normalmente, consideraríamos una amenaza. Tomemos, por ejemplo, el caso de una persona que es asaltada, a quien el ladrón exige que entregue sus pertenencias pues, si no lo hace, será asesinada o agredida de alguna manera. La posición del acusado frente a la propuesta de un acuerdo de culpabilidad sería asimilable a la del destinatario del asalto, porque también sería perjudicado si no procede como le piden. Es decir, si no renuncia a la realización del juicio, se enfrenta a la posibilidad de recibir una pena mayor. En ambos casos, el acusado y la víctima serían colocados frente a una opción injusta o meramente ficta, pues, en rigor, solo hay una respuesta racionalmente aceptable ante la alternativa propuesta, ya que, de otro modo, se verían colocados frente a una situación desventajosa —*i.e.*, una pena más alta o algún riesgo para su vida o su salud, según el caso—. Como explica KIPNIS:

“Tanto el asaltante como el fiscal piden a las personas que realicen una elección difícil entre un perjuicio cierto y menor y un perjuicio incierto mayor. En la situación del asaltante, debo elegir entre la segura pérdida de dinero y la probabilidad difícilmente calculable de que el asaltante esté dispuesto y sea capaz de matarme si me resisto. Como imputado, me veo forzado a elegir entre un castigo cierto y menor y un castigo sustancialmente mayor con una probabilidad difícilmente calculable. Mientras la medida del perjuicio cierto disminuye y la magnitud de la probabilidad del perjuicio mayor aumenta, deviene más y más razonable elegir el primero” (1976:93-106, mi traducción desde el original).

La analogía, así formulada, ha sido criticada con buenas razones.

En primer lugar, existen diferentes clases de situaciones en las que nos enfrentamos a propuestas “que no podemos rechazar” o casos en los que, frente a una alternativa presentada por un tercero, existe una única opción racionalmente aceptable o debemos elegir “entre dos males” y, pese a ello, no consideramos que esa decisión haya sido el producto de alguna clase de coerción o de una situación de injusticia. LANGER ilustra esta situación con un ejemplo:

“[S]i B tiene una enfermedad mortal y el médico A le propone someterlo a un tratamiento que, si B colabora, le salvará la vida pero lo dejará sometido a intensos dolores por el resto de su vida, entonces B debe elegir entre dos males: morir o colaborar con un tratamiento que lo llevará a sufrir intensos dolores por el resto de su vida. Si B optara por realizar el tratamiento, B podría decir que la propuesta de A era una ‘propuesta que no podía rechazar’, o que no tenía otra opción que la de aceptar la

propuesta de A. Pero si B aceptara esa propuesta, normalmente no consideraríamos su aceptación como involuntaria. De este modo, si A le realiza el tratamiento a B, B no podría luego demandarlo por sus intensos dolores. En otras palabras, hay muchas situaciones en las que optar entre dos alternativas malas no constituye una decisión involuntaria. La diferencia entre la pena del juicio y la pena por declaración de culpabilidad tampoco convierte, por sí misma, la decisión de los acusados en involuntaria” (LANGER, 2006:232)³⁵.

¿Qué distingue el caso de la víctima del asalto respecto del paciente médico? En ambos casos nos encontramos ante propuestas en las que un sujeto A propone a un sujeto B hacer la acción X y, además, anuncia que hará Y —perjudicial para B— si B no hace X (WERTHEIMER, 1979:277). En nuestros ejemplos, esas propuestas serían “dame tu dinero y, si no lo haces, morirás”, o “sometete a este tratamiento y, si no lo haces, morirás”. Sin embargo, aunque asumamos que tanto la víctima del asalto como el paciente se encontraban, en alguna medida, compelidos a aceptar la propuesta del asaltante y del médico, respectivamente, nuestra intuición nos indica que, mientras la situación en la que fue colocada la víctima del asalto es injusta, la situación del paciente no lo es³⁶.

A partir del concepto de coerción proporcionado por la ley contractual estadounidense³⁷, WERTHEIMER explica que, para afirmar que B fue objeto de coerción por parte de A para hacer X, debemos poder afirmar **(i)** que B fue *psicológicamente compelido* a aceptar hacer X y **(ii)** que debe resultar *incorrecto* para A compeler

³⁵ La traducción al español, en cada cita de esta obra, corresponde a Agustín VARELA y E. Matías DÍAZ, sobre “Repensando el *Plea Bargaining*: La Práctica y la Reforma del Juzgamiento por los Fiscales en el Proceso Penal Estadounidense”, en LANGER, Máximo, *¿Para qué sirve un modelo procesal? Ensayos sobre los sistemas acusatorio e inquisitivo*, Marcial Pons, Madrid, en prensa.

³⁶ El ejemplo podría criticarse porque el médico no es responsable por el riesgo de muerte al que se encuentra sometido el paciente, mientras que el asaltante sí lo es respecto de su víctima. Sin embargo, existen otros supuestos en los que el proponente no ha colocado a la víctima en la situación de desventaja que fundamenta la coerción desde una perspectiva psicológica, pero igualmente consideramos injusto su proceder. Imagínese que A cae a un precipicio accidentalmente y logra sostenerse, pero no podrá hacerlo por mucho tiempo. Entonces, B ofrece su ayuda a cambio de que A le entregue una suma de dinero. En este caso, B no colocó a A en una situación de desventaja pero sí se aprovechó injustamente de ella. En cualquier caso, al margen de la relevancia que, para la teoría moral sobre la coerción, pueda tener la circunstancia de que haya sido el proponente quien haya colocado al sujeto receptor en la disyuntiva en la cual se encuentra, los ejemplos todavía funcionan para comunicar la diferencia que luego estableceremos entre la situación del fiscal y el asaltante, esto es, la circunstancia de que la propuesta no constituya una violación de derechos, por subyacer a ella un plan de conducta inmoral o por reducir las opciones originalmente disponibles por parte del sujeto receptor. Agradezco al Profesor Jordi FERRER BELTRÁN por esta observación.

³⁷ En particular, *The Restatement of Contracts*, que define la coerción como “(a) cualquier acto injusto de una persona que compele una manifestación de aparente consentimiento de otra persona a una transacción determinada, sin su voluntad, o (b) cualquier amenaza injusta de una persona [...] que [induce] a otro a participar de una transacción bajo la influencia de dicho temor, desde que le impide ejercer su voluntad y su juicio” (WERTHEIMER, 1979:271, mi traducción desde el original).

psicológicamente a B para que haga X. Así, con respecto a la teoría moral subyacente a esas condiciones jurídicamente establecidas, WERTHEIMER sugiere que la coerción puede ser detectada a través de la realización de dos *tests* independientes: uno psicológico y otro moral (1979:271).

Apliquemos los *tests* al caso de la víctima y del paciente. En primer lugar, tanto la víctima del asalto como el paciente se encontraron *psicológicamente compelidos* a aceptar las respectivas propuestas. Como vimos, ambos enfrentaron una oferta en la que solo una de las opciones disponibles era razonablemente aceptable, con la expectativa de evitar un mal futuro. En este específico sentido, ambas decisiones fueron el producto de una situación de coerción. Desde esta perspectiva psicológica, afirmar que la víctima y el paciente “involuntariamente aceptaron” la propuesta constituye un enunciado meramente *descriptivo* respecto del contexto de su decisión (WERTHEIMER, 1979:209-210). Sin embargo, nuestra intuición moral³⁸ nos sugiere que esas situaciones, aunque similares en el plano descriptivo, difieren sustancialmente en el plano normativo.

Según WERTHEIMER, la diferencia entre esas conductas puede advertirse si se indaga la legitimidad de lo que denomina el *plan unilateral declarado por el proponente*. Algunos planes de conducta conllevan la violación de un deber moral y, aunque la inmoralidad de un plan puede no ser una condición *necesaria* de la inmoralidad de una proposición bicondicional, sí es una condición *suficiente* (1979:277)³⁹. En el caso del médico, su plan unilateral —realizar un tratamiento doloroso para tratar la enfermedad del paciente— no constituye la violación de ningún deber moral a su cargo, pero sí lo es el plan declarado por el ladrón —apropiarse del dinero de la víctima—. Esto quiere decir que, mientras que el médico tenía el derecho

³⁸ Una de las formas de evaluar críticamente una teoría moral es su *atractivo intuitivo*, es decir, su conformidad con nuestras creencias acerca de la moralidad de nuestras acciones (TIMMONS, 2002:14).

³⁹ FARREL y SPECTOR entienden que la verificación de una situación de coerción depende del análisis de determinados factores, tales como la eliminación coactiva de una opción de la cual originalmente disponía el sujeto. En la amenaza, “una opción disponible para el agente antes de la propuesta resulta eliminada una vez hecha ésta; en la propuesta, en cambio, se mantiene la opción original y se agrega por lo menos una nueva opción” (1992:20). Sin embargo, la moralidad de la propuesta no es determinante, a su juicio, para afirmar la existencia de un caso de amenaza. Podríamos encontrarnos ante una escena que no involucre una amenaza sino una oferta, pero que esta resulte inmoral. “Si uno de los términos de la disyunción que transmite una determinada oferta involucra un comportamiento moralmente reprochable del proponente, estamos en presencia de una *oferta inmoral*, pero esto no quiere decir que la oferta en cuestión sea una amenaza” (1992:23-30). La distinción no afecta nuestro argumento. La fiscalía no debe amenazar al acusado pero tampoco puede realizar una oferta inmoral, en violación a los derechos que aquel tiene en el contexto de esa decisión.

de someter al paciente a esa alternativa, el ladrón violó un deber moral al someter a la víctima de esa manera.

¿Qué sucede, entonces, con la propuesta de un acuerdo de culpabilidad formulada por la fiscalía? Según el enfoque que elegimos, es necesario analizar si la fiscalía, al proponer un acuerdo de culpabilidad, declara un plan unilateral legítimo o, por el contrario, viola los derechos del acusado⁴⁰.

Para ello, primero debemos dilucidar cuál es el plan unilateral declarado por la fiscalía. Al proponer un acuerdo, la fiscalía ofrece, en principio, la imposición de una pena reducida a cambio de la declaración de culpabilidad del acusado. Como contrapartida —es decir, para el caso en el que el imputado no acepte su ofrecimiento— la intención declarada por la fiscalía es la de promover la realización de un juicio ordinario y solicitar allí la imposición de una pena mayor. En consecuencia, el ofrecimiento de la fiscalía es una propuesta estructurada, a grandes rasgos, de la siguiente manera: “La fiscalía propone la pena X al imputado a cambio de que admita su culpabilidad y, si el imputado no acepta ese acuerdo, declara que solicitará la realización del juicio y la imposición de una pena mayor”.

La moralidad de ese plan unilateral depende, entonces, de que la fiscalía no viole ningún derecho del acusado al solicitar la realización de un juicio y la imposición, en ese contexto, de una pena mayor. Para conocer si ello es así, es necesario determinar cuáles son las condiciones en las que, legítimamente, la fiscalía podría promover esas demandas.

2. La medida de la pena: recompensas vs. penalidades

Revisemos, en primer lugar, la cuestión vinculada con la pena en expectativa. Como vimos, la circunstancia de que el acusado espere una sanción mayor en el eventual juicio significa, para algunos, que su decisión de renunciar a ese derecho nunca será libre, ya que la intención de evitar un castigo mayor funcionará como un incentivo

⁴⁰ LANGER se refiere a este asunto a través de la noción de *base moral* —*moral baseline*— de los acuerdos, es decir, a qué tiene derecho moralmente el acusado frente a la propuesta de la fiscalía. Según explica, la base moral de los acuerdos de culpabilidad está compuesta por tres elementos. Primero, el fiscal “no debería efectuar propuestas de declaración de culpabilidad en los casos en los que un jurado razonable no podría encontrar al acusado culpable más allá de una duda razonable”, segundo, “los acusados [también] tienen derecho a esperar que, si son condenados en un juicio, el sistema de justicia penal aplicará una pena justa adecuada a las características del delito y del condenado” y “[f]inalmente, como oficiales de justicia que son, los fiscales deben imputar a un individuo solo por delitos que describan adecuadamente la conducta realizada por él, [...] que no sea socialmente inocua” (2006:236-240).

para prestar conformidad con el acuerdo, incluso si ello implica emitir una confesión total o parcialmente falsa.

Es necesario distinguir dos escenarios posibles. Imaginemos el caso en el que A es acusado por el delito de robo, que tiene una pena de un mes hasta seis años de prisión. Imaginemos también que, en razón de las circunstancias del hecho —y los restantes datos que el sistema considere relevantes para evaluar este punto—, la pena estimable para A sería de cuatro años de prisión. En este supuesto, la concreción de un acuerdo por dos años de prisión contendría una reducción de dos años respecto de aquella sanción que, por razones de justicia, sería esperable para A. En otras palabras, A resultaría beneficiado o recompensado por su decisión de evitar la realización del juicio. Sin embargo, si A fuese además amenazado con que, en caso de no aceptar el acuerdo, será solicitada en el juicio una pena de seis años de prisión, entonces la propuesta de la fiscalía también contendría una especie de penalidad por la decisión de rechazar el acuerdo, esto es, un incremento de dos años en la sanción normalmente esperable en ese caso.

Recapitulando, al celebrar un acuerdo de culpabilidad, un acusado puede ser beneficiado con la reducción de la pena en expectativa, pero también puede ser amenazado con ser castigado por hacer uso de su derecho a ir a un juicio ordinario. En el primer caso, nos hallamos ante la concesión de una *recompensa por la renuncia al juicio* —*waiver reward*— y, en el segundo, ante la imposición de una *penalización por la elección del juicio* —*trial penalty*— (LIPPKE, 2011:10-23)⁴¹.

Ahora bien, a diferencia de la concesión de una *recompensa*, la imposición de una *penalización* es una conducta moralmente reprobable porque “los acusados tienen derecho a esperar que, si son condenados en un juicio, el sistema penal de justicia aplicará una pena justa adecuada a las características del delito y del condenado” (LANGER, 2006:239). Entonces, si la propuesta de la fiscalía incluye esa clase de

⁴¹ La posibilidad de practicar esta distinción depende, claro, de la existencia de un procedimiento confiable para la determinación de la sanción esperable tras la celebración ordinaria del debate. Podría tratarse, por ejemplo, de la realización de una audiencia ante el tribunal en la que se establezca la sanción justa en expectativa, de acuerdo con las circunstancias del caso, junto con la obligación de respetarla como tope máximo en el eventual debate público (LIPPKE, 2011:16-23).

penalización, su plan unilateral declarado no es legítimo, mientras que si contiene una recompensa, sí lo es⁴².

El respeto de esta condición también permite descartar que el ofrecimiento de la fiscalía constituya una *amenaza*, entendida como la eliminación coactiva de una opción originalmente disponible para el receptor de la propuesta (FARREL y SPECTOR, 1992:20). Volvamos al caso del asaltante. Es claro que el “ofrecimiento” del asaltante constituye una amenaza porque la víctima pierde injustamente una opción disponible antes de la realización de la propuesta: conservar sus pertenencias y no ser agredida en su vida o su salud. ¿Qué sucede en el caso del acusado? Si la fiscalía propone un acuerdo de culpabilidad, pero amenaza con solicitar la imposición de una pena excesiva en un eventual juicio, podríamos afirmar que, en alguna medida, elimina una opción originalmente disponible para el acusado, es decir, la de participar del juicio y obtener allí una pena justa. En cambio, si la fiscalía propone una recompensa por la evitación del juicio —*waiver reward*—, el acusado gana una nueva opción —la de realizar el acuerdo y obtener una sanción disminuida—, pero no pierde las alternativas originalmente disponibles —acudir al juicio y obtener una sanción justa—.

3. La suficiencia de la prueba: el estándar necesario para llevar el caso a un juicio ordinario

Nos queda analizar bajo qué condiciones la fiscalía tiene el derecho de solicitar la realización de un juicio respecto del acusado. Una de las condiciones *necesarias*, aunque no suficientes, de dicha potestad, es que la fiscalía cuente con una determinada sospecha dirigida al imputado, fundada en suficiente evidencia obtenida durante la investigación preliminar que determine la probable existencia del hecho y su participación en él.

Esto se explica, en buena medida, porque la intervención del acusado en el juicio público, además de ser su derecho, es una de las cargas que le resultan exigibles en razón de su sometimiento a un proceso penal. El Estado tiene la potestad de requerir su

⁴² No pretenden aquí descartarse todas las objeciones que podrían dirigirse contra la práctica de disminuir la sanción esperable en razón de la celebración de un acuerdo. Como vimos, los acuerdos de culpabilidad también son criticados, desde un punto de vista moral, en razón de la reducción de la pena justa dirigida a los autores culpables (SANCINETTI, 2010). El único punto que pretendemos alcanzar es que, mientras la fiscalía ofrezca una recompensa por la omisión del juicio —*waiver reward*— y no una penalización por la elección del juicio —*trial penalty*—, no podría afirmarse que la “amenaza” de la imposición de esa pena es injusta, puesto que se trata de aquella sanción que sería normalmente esperable a la luz de los parámetros que la legislación establece para su determinación.

presencia allí y, de hecho, en la mayor parte de las legislaciones procesales penales del mundo, tiene la facultad de compelerlo a presentarse a través de la fuerza pública. Esta carga supone, claro, la restricción de otros derechos y libertades⁴³, de manera que debe ser exigida *razonablemente*, es decir, cuando el Estado cuente con elementos suficientes para justificar esa decisión⁴⁴.

En definitiva, si el plan unilateral declarado por la fiscalía es la realización de un debate oral y público, la moralidad de esa pretensión dependerá de la observancia de la totalidad de las condiciones necesarias para llevarla adelante legítimamente. Entre ellas, se encuentra la existencia de una cantidad de prueba que sustente la hipótesis acusatoria con un grado de probabilidad determinado, según el cual resulte normalmente tolerable la carga exigible a todo acusado de someterse a un enjuiciamiento penal. De acuerdo con ello, la propuesta de un acuerdo de culpabilidad debe apoyarse en la satisfacción del mismo estándar de prueba aplicable a la decisión de remitir un caso penal a un juicio ordinario.

IV. Repercusiones en la decisión sobre la *quaestio facti* en los acuerdos de culpabilidad

Las exigencias antes descritas, que los acuerdos deben necesariamente observar para no violar los derechos del acusado, repercuten en las condiciones en las cuales tomamos la decisión sobre la *quaestio facti* en estos contextos y permiten afirmar que la condena puede gozar de una justificación genuina desde un punto de vista epistémico, esto es, sobre la base de prueba y de acuerdo con una noción de verdad como correspondencia con la realidad.

Para ello, contaremos con **(i)** un determinado nivel de comprobación de la culpabilidad del acusado, a través de las evidencias recolectadas durante la investigación preliminar, **(ii)** la inexistencia de hipótesis rivales a la acusatoria y la

⁴³ Para PASTOR, “la persecución penal implica, desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de semi-penalización’ que se manifiestan en ciertos padecimientos que encuadran en el llamado carácter idéntico a la pena que se atribuye ya al proceso penal: angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etc.” (2009:393).

⁴⁴ En su análisis del caso estadounidense, LANGER agrega que, dado que el fiscal tiene el deber de buscar justicia, “no debería efectuar propuestas de declaración de culpabilidad en los casos en los que un jurado razonable no podría encontrar al acusado culpable más allá de una duda razonable”, entonces, “si un fiscal no tiene, como mínimo, evidencia suficiente para sortear o pasar el umbral de una decisión absolutoria directa por parte del juez luego de que la fiscalía presentó su caso en juicio y antes de que la defensa presente su caso, el fiscal tiene el deber moral de no incitar al acusado a declararse culpable mediante una propuesta de declaración de culpabilidad” (2006:236-237).

expresa aceptación de ésta por parte del acusado y (iii) una confesión que, en principio, es epistémicamente confiable.

1. Un determinado nivel de comprobación de la culpabilidad del acusado

Según vimos, para proponer un acuerdo de culpabilidad, la fiscalía debe haber satisfecho un estándar probatorio asimilable al que resultaría exigible para llevar el caso a juicio.

La intermediación de un estándar de prueba implica que el juzgador sobre los hechos deberá determinar si las evidencias proporcionan a la tesis de la acusación un grado de corroboración suficiente para aceptarla. Efectivamente, un estándar de prueba “especifica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada” (LAUDAN, 2006:104), de manera que, al adoptar una *decisión sobre los hechos probados*⁴⁵, el juzgador deberá dilucidar si la hipótesis puede considerarse comprobada con el grado de confirmación de que se disponga (FERRER BELTRÁN, 2007:47), o bien “*si las pruebas presentadas avalan al grado requerido la(s) proposición(es) en cuestión*” (HAACK, 2013:75, el destacado pertenece al original).

Es generalmente aceptado que en el proceso penal existen diferentes clases de estándares, según cuán exigentes sean con respecto al grado de acreditación que debe haber alcanzado la hipótesis para poder ser aceptada⁴⁶. La existencia de un estándar de prueba supone también una determinada distribución del riesgo de error en la decisión asociada con él (FERRER BELTRÁN, 2018:406 y 425). En particular, una de las razones que puede justificar una determinada distribución del riesgo de error a través de un estándar más o menos exigente viene dada la diferente gravedad de las equivocaciones posibles (*idem*:409-410). Por ejemplo, en el caso de la decisión definitiva en un caso penal, el costo de las condenas erróneas y de las absoluciones erróneas⁴⁷.

⁴⁵ La intermediación de los estándares de prueba sucede en el momento final del razonamiento probatorio que, según FERRER BELTRÁN, es el de la adopción de una *decisión sobre los hechos probados*. Los momentos anteriores de la actividad probatoria son (i) la conformación del conjunto de elementos de juicio y (ii) la valoración de la prueba (2007:41 y siguientes).

⁴⁶ Efectivamente, “[e]n cada punto del procedimiento [penal] en que a un juez o a un jurado le corresponde hacer una determinación de derecho o una relativa a los hechos del caso, hay un EdP [—estándar de prueba—] asociado a esa decisión” y, cuando se emplean estándares de prueba, “subyace implícitamente la expresión de los costos relativos a los éxitos y los errores que pueden derivarse de la decisión respectiva” (LAUDAN, 2006:133-134).

⁴⁷ Por ejemplo, una determinada posición sobre los costos relativos a las decisiones definitivas de un proceso —es decir, a la dicotomía condena-absolución— puede verse en LAUDAN, 2006, pp. 111 y siguientes.

¿Cuán costosos son los falsos positivos y los falsos negativos en la resolución que discutimos? Aquí se impone una aclaración. La decisión sobre la legitimidad de la propuesta de la fiscalía no es, estrictamente, una decisión sobre una cuestión fáctica o que, al menos de manera directa, esté sometida a un estándar de prueba determinado. Son las exigencias morales a las que se encuentra condicionado el ofrecimiento de la fiscalía las que, según vimos, obligarían al juzgador sobre los hechos a determinar si la hipótesis acusatoria goza del grado de corroboración que hubiera sido necesario para la adopción de un pronunciamiento distinto, esto es, el de llevar el caso a juicio. Entonces, lo que el tribunal debe indagar es si fue satisfecho el estándar probatorio asociado con esa otra resolución, pues existen razones morales para conectarla con la determinación de proponer un acuerdo de culpabilidad. Así, la definición del estándar de prueba y la consecuente distribución del riesgo de error serán aquellas correspondientes a la decisión de llevar un caso a juicio.

Entre los costos que pueden ser evaluados para determinar la gravedad del error en la decisión de llevar un caso a juicio o, como contrapartida, en la decisión de no celebrarlo, se encuentran las restricciones a los derechos y libertades del acusado que representa la realización de ese acto, por un lado, y los costos asociados a la decisión de clausurar anticipadamente una investigación, por el otro⁴⁸. En ambos casos, los errores son de menor gravedad en comparación con aquellos asociados al pronunciamiento final. Someter a una persona a juicio injustamente no es igualmente grave que condenarla injustamente y decidir no promover un debate tampoco es igualmente grave que absolver injustamente a alguien, máxime cuando ese pronunciamiento es generalmente provisional y no impide reeditar la pretensión de realizar el juicio en un futuro.

En ese contexto, usualmente se considera que la elevación de un caso a juicio se encuentra condicionada a la recolección de evidencia que haga presumir como *probable* que podría condenarse al acusado de conformidad con el estándar aplicable a la decisión

⁴⁸ La idea de que la decisión de llevar un caso a juicio no debe ser adoptada arbitrariamente, en razón de los padecimientos que ello implica para el sujeto acusado, puede leerse en MAIER, 2004:362, BERTELOTTI, 2009:103-122, entre muchos otros. También se ha sostenido que la necesidad de que la decisión de llevar un caso a juicio se encuentre debidamente fundada responde a la necesidad de evitar, en la mayor medida posible, absoluciones incorrectas con fuerza de cosa juzgada (DEU, 2007:48).

final⁴⁹. Para solicitar la realización de un juicio “no se le requiere al acusador que demuestre con certeza la culpabilidad del acusado”, sino que “[b]astará aquí que demuestre la probabilidad de que la persona sometida a proceso haya cometido el hecho”, noción que, “en punto al requisito cognoscitivo, [tiene] cierta similitud con el estándar probatorio de la *preponderancia de la prueba*” (LIMARDO, 2018:99)⁵⁰, según el cual cabe elegir el “enunciado que parezca relativamente ‘más probable’, sobre la base de los medios de prueba disponibles” (TARUFFO, 2008: 137-138), o bien con la idea de la *probabilidad prevaleciente* como criterio de selección entre hipótesis contradictorias o incompatibles, según la cual resulta aceptable seleccionar aquella que “reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles” (TARUFFO, 2011:299).

La elección de esas categorías u otras no es aquí decisiva⁵¹, aunque sí es deseable transmitir al juzgador sobre los hechos los parámetros propios de una decisión intermedia, necesarios para determinar el nivel de evidencia exigible, en términos relativos.⁵² En este caso, el grado de corroboración de la hipótesis acusatoria debe ser menor a aquel exigible para la adopción de la condena, pero mayor a aquel aplicable a las decisiones iniciales del proceso —por ejemplo, la de comenzar una investigación o poner en conocimiento del acusado los hechos que se le imputan—.

Podría objetarse que las evidencias reunidas durante la investigación preliminar son de baja calidad, pues son recolectadas unilateralmente por las policías o las fiscalías

⁴⁹ Por ejemplo, para CAFFERATA NORES la elevación a juicio “requerirá probabilidad” (2008:11-12) y para MAIER, la apertura a juicio debe producirse cuando “aparezca como *probable* una condena, esto es, cuando exista la probabilidad acerca de la existencia de los elementos de la imputación deducida en la acusación que, eventualmente, permitan condenar al tribunal de juicio” (2011:358-359).

⁵⁰ El autor propone, sin embargo, que para evitar la realización de un *pre-juicio* para decidir sobre la necesidad del juicio ordinario, el control del mérito de la acusación durante la etapa intermedia debiera consistir en un “control negativo de arbitrariedad, en donde la tarea del juez que lo efectúa se concentra en corroborar que no exista arbitrariedad, por lo que solo en los casos en que resulte evidente que la base probatoria de la acusación es insuficiente para alcanzar el estándar cognoscitivo requerido y, en esa medida, arbitraria, deberá proceder a cumplir con su función de filtro e impedir que esa acusación prosiga” (LIMARDO, 2018:122-123).

⁵¹ No es claro que lo ideal sea tener definiciones precisas de los estándares, aunque ello sea posible (v. HAACK, 2013, 70 y siguientes) y la posibilidad misma de formular un estándar preciso, que funcione como umbral en la decisión sobre los hechos probados, ha sido controvertida. A favor de esta posibilidad, véase FERRER BELTRÁN, 2018:405-419 y 2007:139 y siguientes y, en contra de esa posibilidad, véase GONZÁLEZ LAGIER, inédito.

⁵² Como explica GONZÁLEZ LAGIER, “[t]odo el mundo entiende que el criterio de confirmación ‘más allá de toda duda razonable’ es más exigente que el de la ‘prueba preponderante’ o el de ‘prueba clara y convincente’ [...]. Al menos, los estándares deberían transmitir la información de si la autoridad jurídica quiere establecer un nivel de exigencia mayor o menor, aunque no logren precisar cuál y, por tanto, si se ha alcanzado suficiente prueba acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio” (inédito).

y no son sometidas al control propio del debate⁵³, y que, en esas condiciones, la hipótesis acusatoria, aunque carente de rivales, puede no ser otra cosa que una “mala explicación”. Efectivamente, si entendemos la decisión sobre los hechos probados como una inferencia a la mejor explicación, consistente en un proceso de maximización de la coherencia, la elaboración de una base de coherencia pobre puede provocar que la explicación finalmente escogida sea la mejor entre aquellas disponibles, pero una mala explicación al fin de cuentas (AMAYA, 2013:19-20).

Ahora bien, ese riesgo podría ser compensado si la observancia de ese estándar es sometida a un control intersubjetivo fuerte y si, en ese control, se contempla la noción de completitud del cuadro probatorio.

Respecto de lo primero, es claro que el acusado y su defensa deben ser puestos en conocimiento de la totalidad de la evidencia reunida por la fiscalía en su contra. De esa manera, podrán controlar esa prueba y, en su caso, proponer las hipótesis alternativas que consideren necesarias⁵⁴. Efectivamente, “[l]a omisión de revelar la prueba favorable a la defensa interfiere con un mecanismo central para controlar que los fiscales no efectúen propuestas de acuerdo en casos débiles” (LANGER, 2006:272).

En segundo lugar, al margen del conocimiento e intervención del propio acusado y su defensa, es central el control por parte del tribunal sobre la observancia del estándar necesario para proponer el acuerdo y, en el ejercicio de ese control, podría resultar útil

⁵³ Para LANGER, el elemento común entre las diferentes adaptaciones de los procedimientos de omisión del juicio implementados a lo largo del mundo es la *administratización* del proceso. Según explica, “las condenas basadas en el consentimiento del acusado y en la evidencia recolectada en procedimientos administrativos le otorga mayor poder a la policía, a otras agencias administrativas y a la fiscalía, quienes los desarrollan en la medida en que no son cuestionados ni responsabilizados a través de un juicio y dado que sus decisiones de detener e imputar a un individuo por un determinado delito pueden no ser accesibles o transparentes para terceros, los ciudadanos o los medios de comunicación” (2019:25).

⁵⁴ La revelación de prueba de cargo suele ser considerada parte del derecho de defensa en los procedimientos de origen europeo-continental. Más precisamente, este derecho “no se difundió desde las jurisdicciones del *common law* hacia las del *civil law*. De hecho, fue adoptado más temprano por las jurisdicciones del *civil law* que por las del *common law*, no necesariamente porque las primeras estuvieran más orientadas al debido proceso que las últimas, sino probablemente porque el escenario institucional del sistema del *civil law* con su formal tratamiento de la etapa previa al juicio hizo más patente la necesidad de establecer y expandir este derecho una vez que le fue dado al acusado un rol más prominente en la resolución de los casos penales”. Además, “las jurisdicciones del *civil law* han dado un mayor alcance al derecho que las del *common law*, en tanto las primeras dan a la defensa un temprano acceso a toda la investigación oficial que dirigen los funcionarios públicos. Pero una vez más, este alcance más amplio no es resultado de una mayor orientación hacia el debido proceso en el sistema del *civil law* sino de la manera en que el asunto ha sido pensado dentro de un conjunto de prácticas institucionales preexistentes y una determinada concepción del proceso penal” (LANGER y ROACH, 2013:8).

la idea del *peso* de la prueba o de la *completitud* del cuadro probatorio⁵⁵. Esta noción “mide al grado de completitud (*i.e.*, la riqueza) del conjunto de elementos de juicio con el que se adopta la decisión”, es decir que, “mientras que el valor probatorio de una hipótesis da cuenta de la probabilidad de que esa hipótesis sea verdadera en términos comparativos con sus hipótesis rivales, el peso probatorio da cuenta de la probabilidad de acierto de la decisión, en función de la riqueza de los elementos de juicio tomados en consideración para decidir”, de modo tal que, “incorporando el requisito de la completitud del peso probatorio ya no se produciría la consecuencia de tener que declarar probada una hipótesis con muy escaso apoyo probatorio, únicamente por ser relativamente mejor que su contraria” (FERRER BELTRÁN:418, nota 31).

En consecuencia, si el tribunal que controla la satisfacción del estándar necesario para llevar el caso a juicio —al analizar la legitimidad de la propuesta del acuerdo— incluyera la dimensión del peso o de la completitud del cuadro probatorio, podría evitarse, en buena medida, el problema asociado a la posibilidad de que la hipótesis seleccionada sea, en rigor, una “mala explicación”⁵⁶.

2. La inexistencia de hipótesis rivales formuladas por la defensa

Al margen del estándar probatorio necesario para proponer el acuerdo —que, como ya vimos, es equivalente a aquel exigible para llevar un caso a juicio—, estos procedimientos cuentan también con una declaración a través de la cual el acusado afirma que los hechos se desarrollaron de conformidad con el relato contenido en la hipótesis de la fiscalía⁵⁷. Entonces, no solo el acusado no propone una hipótesis rival a la acusatoria, sino que la acepta expresamente.

⁵⁵ HAACK se refiere a este punto como la *completitud* del cuadro probatorio —*comprehensiveness*— (2014:60, 218, entre otras).

⁵⁶ Podría seleccionarse, para el caso, alguno de los estándares intermedios propuestos por FERRER BELTRÁN en su catálogo, que incorporan la dimensión del peso probatorio. Por ejemplo, aquel según el cual “[u]na hipótesis sobre los hechos se considerará probada cuando se den, conjuntamente, las siguientes dos condiciones: a) Que la hipótesis ofrezca una mejor explicación de los hechos cuya ocurrencia se trata de probar que la hipótesis de la parte contraria, a la luz de los elementos de juicio existentes en el expediente judicial; y b) Que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo (excluidas las pruebas redundantes)” (2018:418).

⁵⁷ Esto es así, claro está, en los acuerdos en los cuales la conformidad del acusado implica la aceptación de los hechos y de su participación en estos. El análisis que efectuamos en este punto no es aplicable a aquellos procedimientos abreviados en los cuales esa conformidad no incluye dicha aceptación. Por ejemplo, en el sistema estadounidense, no sería aplicable ante un *plea de nolo contendere*. A través de este, el imputado declara que no va a discutir el asunto de su culpabilidad o inocencia (KAMISAR, LAFAVE, ISRAEL, KING y KERR, 2008:1328).

Existen diferentes teorías que explican el mecanismo de adopción de decisiones sobre los hechos en casos penales como un proceso de selección entre hipótesis alternativas, según su capacidad explicativa respecto de la evidencia disponible.

Por ejemplo, para ALLEN, la decisión sobre la responsabilidad penal del acusado consiste en la selección de una versión *plausible* de la culpabilidad y, además, en la inexistencia de una versión *plausible* de su inocencia (2010:123). En particular, en un juicio penal, “[l]as partes tratan de exhibir las debilidades de los argumentos de sus oponentes pero, principalmente, intentan mostrar que su propia versión de la realidad es verdadera” y “la funcionalidad de la prueba en los procesos judiciales opera comparativamente respecto de las versiones de los hechos presentadas por las partes” (*idem*:134-135). Si aceptamos que esta es la manera en la cual decidimos sobre los hechos en un caso penal, es razonable prever que, frente a la aceptación expresa por parte del acusado de la hipótesis formulada por la acusación, esta se presente como la explicación más plausible acerca de lo ocurrido.

Efectivamente, la justificación es sensible al contexto y el grado de corroboración que exigimos para aceptar una hipótesis como verdadera no es equivalente en todos los escenarios. Por ejemplo, las teorías que describen la decisión sobre los hechos como una abducción o una inferencia a la mejor explicación (ALLEN y PARDO, 2008:229-231 y AMAYA, 2013:14-18)⁵⁸ advierten que la elección de la mejor hipótesis es sensible al contexto y a las explicaciones alternativas disponibles (AMAYA, 2010:38⁵⁹ y ALLEN y PARDO, 2008:231-233).

Entre los rasgos del contexto que son relevantes para fijar los estándares de justificación, AMAYA ubica los *rasgos dialécticos* de la explicación y advierte que “[l]as prácticas de justificación tienen lugar en un contexto dialéctico que constriñe qué es lo que puede darse por sentado y qué es lo que, por el contrario, requiere ser justificado. El hecho de mencionar una hipótesis que tiene capacidad de derrotar a aquella que ha sido, provisionalmente, aceptada como justificada, obliga a incrementar el nivel de exigencia o, lo que es lo mismo, el umbral de justificación” (2010:40-41). Como corolario de ello, la expresa aceptación por parte del protagonista de los hechos de la descripción que de

⁵⁸ Para AMAYA, se trata de un proceso de maximización de la *coherencia* y, con ello, de selección de la explicación más *coherente* (2013:4-5).

⁵⁹ Como bien explica AMAYA, existen diferentes posiciones acerca de qué es aquello que varía con el contexto y, según SCHAFFER, aquello que cambia con el contexto son, justamente, las alternativas epistémicas —*contrast set*— que la hipótesis debe superar (2005:115-129).

ellos hizo la fiscalía debilita los rasgos dialécticos del contexto en el que se discute la hipótesis acusatoria, lo cual puede disminuir, razonablemente, el grado de justificación exigible a la hora de tomar la decisión final.

Esto no significa que la falta de contradicción de la hipótesis acusatoria obligue a aceptarla, sino simplemente que, si la decisión sobre los hechos de un caso penal puede ser explicada como el proceso de selección de la hipótesis más plausible o de la explicación más coherente acerca de la evidencia disponible, la inexistencia de una hipótesis rival propuesta por el acusado modifica sensiblemente el contexto en el cual realizamos esa determinación final.

3. Una confesión, en principio, epistémicamente confiable

Se ha afirmado que una de las razones por las cuales una persona inocente podría decidir declararse culpable es “la conclusión de que es preferible una pena leve y personalmente asumible, que el riesgo —aunque no sea elevado— de una pena más grave y difícil de asumir”, razón por la cual resulta recomendable “combatir las acusaciones exageradas o infundadas, generadoras de miedos exagerados o infundados en el imputado” (LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN, 2018:15 y 21).

Ahora bien, sostuvimos antes que la legitimidad del *plan unilateral declarado* por la fiscalía, al proponer un acuerdo de culpabilidad, depende de la determinación de las condiciones bajo las cuales aquella puede demandar la realización de un juicio y la imposición, allí, de una pena mayor. Según vimos, la fiscalía puede ofrecer una recompensa por la renuncia al juicio —esto es, una disminución del castigo justo que es esperable allí—, pero no una penalidad por la elección de esa alternativa (v. puntos III.1 y III.2 de este trabajo). Esto contribuye a disminuir el riesgo de que los acusados se vean *psicológicamente* compelidos a prestar conformidad en razón de la expectativa de imposición de una pena exagerada si optan por el juicio. La conciencia de que, en el eventual debate, solamente podrá imponerse la pena justa —según las características del hecho y las condiciones personales del acusado— o una inferior⁶⁰, podría disminuir los incentivos para que los acusados inocentes se declaren culpables, pues removería buena

⁶⁰ La mayoría de las legislaciones procesales contiene reglas que prohíben a los jueces imponer sanciones superiores a aquellas solicitadas por los acusadores, de manera que el imputado, si no acepta el *waiver reward*, tendría garantizado que la pena en el eventual juicio no excederá, por decisión del tribunal, aquella determinada como justa en el trámite del acuerdo de culpabilidad.

parte del sustento al temor por un eventual castigo desproporcionado. La confesión así emitida resultaría, *en principio*, epistémicamente confiable.⁶¹

V. Conclusiones

1. La observancia de determinadas condiciones mínimas de legitimidad moral en el marco de los acuerdos de culpabilidad repercute en las condiciones epistémicas en las cuales tomamos la decisión sobre la *quaestio facti* en ese contexto.

2. Los acuerdos de culpabilidad son procedimientos que permiten el dictado de una condena con prescindencia de la realización de un juicio y de la producción y discusión de la prueba en ese marco. Esto es posible, centralmente, en razón de la *decisión* del acusado de renunciar a su derecho a la celebración de ese juicio y a la corroboración de su culpabilidad, en dicho contexto, de acuerdo con el estándar probatorio normalmente aplicable —p. ej., más allá de una duda razonable—. Pese a ello, la circunstancia de que la fiscalía deba alcanzar un estándar probatorio bien determinado para proponer válidamente la celebración de un acuerdo —aquel equivalente al que resulte necesario para enviar un caso a juicio—, la inexistencia de hipótesis rivales a la acusatoria y una confesión que, en principio, es epistémicamente confiable, muestran que la decisión final sobre la *quaestio facti* en estos casos no viene asociada a un concepto de verdad consensual, sino que goza de una genuina justificación epistémica, esto es, sobre la base de prueba y a la luz de una noción de verdad como correspondencia con la realidad.

3. Las conclusiones de este trabajo podrían objetarse observando que, al fin y al cabo, frente a la decisión definitiva de condena, que usualmente se halla sometida a un estándar probatorio muy exigente, terminamos conformándonos con un estándar menor, reservado para otro momento procesal, tal como es la apertura a juicio. Si nos preocupa la precisión fáctica de las decisiones resultantes del juicio penal, ¿por qué no exigir que la decisión definitiva tras un acuerdo de culpabilidad se encuentre sometida al mismo

⁶¹ Hablamos de una confesión confiable *en principio* porque la eliminación de las *trial penalties* es una condición necesaria, pero no suficiente, para garantizar la veracidad de esa declaración. Existen otros factores de riesgo —p. ej., malas prácticas policiales, tales como interrogatorios extensos, o bien encarcelamientos preventivos prolongados, entre otros—, que podrían incidir en esa decisión y cuyo análisis excede los limitados objetivos de este trabajo. Sin embargo, el objetivo de esta sección no es desarrollar exhaustivamente la totalidad de las condiciones que podrían incentivar confesiones falsas y, a nuestros fines, basta con asumir como cierta la premisa propuesta por LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN, según la cual que el temor por una condena injusta y exagerada podría constituir uno de ellos. La determinación de la totalidad de las condiciones bajo las cuales una persona podría estar dispuesta a confesar falsamente demanda la realización de un análisis empírico que excede los alcances de este trabajo.

estándar aplicable al juicio ordinario —certeza, más allá de una duda razonable, etcétera—?

En primer lugar, porque la condición de legitimidad de una condena dictada tras un acuerdo de culpabilidad no es, al menos principalmente, un determinado grado de comprobación de la culpabilidad del acusado, sino la decisión de éste de renunciar al juicio. Esto no quiere decir que el estándar *más allá de toda duda razonable* no pueda ser alcanzado en estos trámites, pero nuestra argumentación se encontró dirigida a demostrar un punto anterior, esto es, que la evaluación de la validez de esa renuncia no es independiente a la valoración de cierto grado de comprobación de la culpabilidad del acusado, de manera tal que, a pesar de la omisión del juicio, la decisión definitiva podría tener suficientes garantías epistémicas y no ser el producto de la confianza ciega en las afirmaciones de las partes. En otras palabras, ello no nos obliga a concluir que la decisión definitiva tras el acuerdo —*i.e.*, la condena— esté sometida a ese estándar de corroboración menor. Como ya vimos, la decisión que está sometida a ese estándar de corroboración menor es una anterior y diferente —la de llevar el caso a juicio—, con la cual se encuentra conectada, por razones morales, la evaluación de la legitimidad moral de la propuesta de la fiscalía.

Bibliografía

ALLEN, Ronald J., 2010: “Versión plausible de culpabilidad sin otra alternativa plausible: Regla de decisión en el proceso penal” en PARCERO, Juan A. Cruz y LAUDAN, Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

AMAYA, Amalia, 2010: “Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho”, *Revista Discusiones*, número X —*La Coherencia en el Derecho*—, pp. 21-64.

—2013: “Coherence, evidence and legal proof”, *Legal Theory*, 19, Cambridge University Press, 1-43.

BERGMAN, Marcelo, FONDEVILA, Gustavo y LANGER, Máximo, 2017: *¿A quién y cómo se juzga en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? Una radiografía de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional*, Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Inseguridad y Violencia, Universidad Nacional de Tres de Febrero.

BERTELOTTI, Mariano, 2009: “El control del mérito sustantivo de la investigación”, en ANITUA, Gabriel I. y TEDESCO, Ignacio F. (comps.), *La cultura penal – Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 103-122.

BOVINO, Alberto, 2005: “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 53-95.

CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, 2008: *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

CÓRDOBA, Gabriela, 2005: “El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación”, en Maier, Julio B. J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 229-250.

DAMAŠKA, Mirjan R., 1997: *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London. Citado por su traducción al castellano de Joan Picó I Junoy, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

— 2003: “Epistemology and legal regulation of proof” en *Law, Probability and Risk*, Oxford University Press.

DEI VECCHI, Diego, 2016: “La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva”, en FERRER BELTRÁN, Jordi y VÁZQUEZ, Carmen (coeds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons.

DIAS, Leandro, 2015: “Los acuerdos en Derecho penal en Karlsruhe y Estrasburgo: análisis de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Pensar en Derecho*, nro. 6.

DÍAZ CANTÓN, Fernando, 2005: “Juicio abreviado vs. estado de derecho”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 251-276.

DÍAZ, E. Matías, 2017: *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc.

DUFF, A., FARMER, L., MARSHALL, S. y TADROS, V., 2007: *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of Criminal Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing.

FARRELL, Martín y SPECTOR, Horacio, 1992: “Dos tesis sobre amenazas y ofertas”, en CORNBLIT, Oscar (comp.), *Libertad y Mercado*, Buenos Aires, Macchi.

FERRAJOLI, Luigi, 1989: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Ed. Laterza & Figli. Citado por la traducción al castellano de ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, novena edición, Madrid, Ed. Trotta, 2009.

FERRER BELTRÁN, Jordi, 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005

—2007: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid

—2010: “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho” en PARCERO, Juan A. Cruz y LAUDAN, Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

—2018: “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPAYANNIS, Diego M. y PEREIRA FREDES, Esteban (eds.), *Filosofía del derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.

FOUCAULT, Michel, 2014: *Obrar mal, decir la verdad*, Siglo XXI, Buenos Aires.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2010: *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, inédito.

— 2003: “Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Jueces para la democracia*, número 47.

GRANDE, Elisabetta, 2008: “Dances of Criminal Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth”, en JACKSON, John, LANGER, Máximo y TILLERS, Peter, *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Hart Publishing, Oxford.

GUZMÁN, Nicolás, 2005, “La verdad y el procedimiento abreviado”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

HAACK, Susan, 1978, *Philosophy of logics*, Cambridge, Cambridge University Press.

—2013: “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en VÁZQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 65-98.

—2014: *Evidence matters: science, proof, and truth in the law*, Cambridge University Press, New York.

KAMISAR, Yale, LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., KING, Nancy J. y KERR, Orin S., 2008: *Advanced Criminal Procedure*, Thompson/West, EEUU.

KIPNIS, Kenneth, 1976: “Criminal Justice and the Negotiated Plea”, *Ethics*, 86, 93-106.

LANGBEIN, John H., 1978: “Torture and Plea Bargaining”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, pp. 3 y siguientes. Citado por su traducción al castellano: “Tortura y *plea bargaining*”, en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 3-29.

LANGER, Máximo, 2004: “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, 2004, vol. 45. Citado por su traducción al castellano de Lucas TASSARA: “De los trasplantes a las traducciones legales: la globalización del *plea bargaining* y la tesis de la ‘americanización’ en el proceso penal”, *Revista Discusiones*, nro. 21, 2018, pp. 25-134.

—2005: “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado” en MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

—2006: “Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure”, 33 AM. J. CRIM. L. 223, 248. Traducido al castellano por Agustín VARELA y E. Matías DÍAZ, en “Repensando el *Plea Bargaining*: La Práctica y la Reforma del Juzgamiento por los Fiscales en el Proceso Penal Estadounidense”, en LANGER, Máximo, *¿Para qué sirve un modelo procesal? Ensayos sobre los sistemas acusatorio e inquisitivo*, Marcial Pons, Madrid, en prensa.

—2019: “Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global adminitratization of criminal convictions”, *Annu. Rev. Criminol.*, DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255.

LANGER, Máximo y ROACH, Kent, 2013: “Derechos en el procedimiento penal: un estudio sobre la convergencia de los sistemas y el derecho del imputado a acceder a los elementos de prueba”, en Mark Tushnet, Thomas Fleiner & Cheryl Saunders, *HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW* 273, Routledge.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio e INCHAUSTI, Facundo Gastón, 2018: “¿Por qué se conforman los inocentes?”, *InDret – Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona.

LAUDAN, Larry, 2006: *Truth, Error and Criminal Law*, Cambridge University Press. Citado por su traducción al castellano por Carmen Vázquez y Édgar Aguilera, *Verdad, error y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

LIMARDO, Alan, 2018: “Control judicial de la acusación: Alcance y operatividad respecto del mérito de la prueba”, en RÚA, Gonzalo (dir.), LIMARDO, Alan y ROVATTI, Pablo (coords.), *Estudios sobre el sistema penal adversarial*, Ed. Didot, Buenos Aires, pp. 95-126.

LIPPKE, Richard L., 2011: *The Ethics of Plea Bargaining*, Oxford University Press, Oxford.

MAFFEI, Stefano, 2004: “Negotiations ‘on Evidence’ and Negotiations ‘on sentence’ – Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure”, *Journal of International Criminal Justice* 2.

MAGARIÑOS, H. Mario, 1999: “El ‘juicio previo’ de la Constitución Nacional y el ‘juicio abreviado’ – Ley 24825”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ad Hoc, año V. nro. 9-B.

MAIER, Julio B. J., 2004: *Derecho Procesal Penal*, t. I. Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires.
—2011: *Derecho procesal penal*, t. III, Editores del Puerto, Buenos Aires.

PASTOR, Daniel, 2009: *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires.

REDLICH, Allison D. y SHTEYNBERG, Reveka V., 2016: “To plead or Not to Plead: A Comparison of Juvenile and Adult True and False Plea Decisions”, *Law and Human Behavior*, vol. 40, nro. 6, 611-625.

SANCINETTI, Marcelo A., 2010: “Avenimiento y mediación: ¿la pena como ‘objeto de negocios jurídicos’?”, en *elDial.com*, Doctrina, DC138 F.

SCHAFFER, Jonathan, 2005: “What shifts? Thresholds, Standards, or Alternatives?”, en Preyer, Gerhard & Peter, Georg (eds.) *Contextualism in Philosophy: Knowledge, Meaning and Truth*.

SCHIFFRIN, Leopoldo H., 1998: “*Corsi e ricorsi* de las garantías procesales penales en la Argentina [A propósito del juicio abreviado y del arrepentido]”, en *CDyJP*, año IV, n° 8-A, Ad Hoc, Buenos Aires.

TARUFFO, M., 1992: *La prova dei fatti giuridici*, Giuffré Editore, Milán. Citado por la versión castellana de FERRER BELTRÁN, Jordi, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011.

— 2008: *La prueba*, Marcial Pons, Madrid.

— 2010: “Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial”, en PARCERO, Juan A. Cruz y LAUDAN, Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas.

TIMMONS, Mark, 2002: *Moral Theory: An introduction*, Oxford: Rowman and Littlefield.

VELEDA, Diana, 2019: “Delimitación del control judicial en el avenimiento. Su relación con el carácter acusatorio del proceso penal de la CABA y con el mejoramiento de las condiciones de legitimidad de los acuerdos”, en DÍAZ, E. Matías, PEREL, Martín (dirs.) y VELEDA, Diana (coord.), *Aspectos relevantes del juicio en el procedimiento penal de la CABA*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

WEIGEND, Thomas, 2008: “The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure” en JACKSON, John, LANGER, Máximo y TILLERS, Peter (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context – Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška*, Hart Publishing.

WERTHEIMER, Alan, 1979: “The prosecutor and the gunman”, *Ethics*, volume 89, nro. 3, 269-279.