

Tortura y plea bargaining*

por John H. Langbein**

Traducción de María Lousteau y Alberto Bovino***

I. Introducción

En este ensayo, abordaré el moderno sistema estadounidense de plea bargaining desde una perspectiva que puede parecer algo extravagante, aunque confío en persuadir al lector de que resulta esclarecedora. Contrastaré la práctica del plea bargaining con el derecho medieval europeo sobre la tortura. Mi tesis es que existen notables paralelismos en el origen, en la función e, incluso, en cuestiones específicas de la doctrina, entre la regulación jurídica de la tortura medieval y la del plea bargaining. Estas coincidencias, según sugeriré, revelan algunas verdades importantes acerca de cómo responden los sistemas de justicia penal cuando las reglas procesales del juicio caen en un profundo desorden.

II. El derecho de la tortura¹

Durante casi cinco siglos -desde mediados del siglo XIII hasta mediados del siglo XVIII-, un sistema de tortura judicial estructuraba los principios esenciales del procedimiento penal del derecho continental europeo. En la actualidad, la misma palabra "tortura" resulta -afortunadamente- un término de contenido negativo. Ha llegado a significar algo desagradable, y escuchamos a la gente hablar de la interpretación "torturada" de un poema, o de la "tortura" de una fiesta aburrida. En discusiones sobre el procedimiento penal contemporáneo escuchamos ese término aplicado a la descripción de prácticas policiales ilegales o a condiciones de hacinamiento carcelario. Pero la "tortura", en el sentido en que la entendían los juristas medievales, no tenía relación alguna con prácticas ilegítimas de los agentes estatales, o con sanciones de carácter represivo. Antes bien, la aplicación de la tortura era una práctica rutinaria y controlada judicialmente, característica del procedimiento penal continental-europeo. Bajo determinadas circunstancias, el derecho autorizaba a los tribunales penales a aplicar coerción física contra personas sospechosas, a fin de inducirlos a confesar. El derecho, en gran medida, trató de limitar esta técnica para forzar confesiones en aquellos casos en los cuales era muy probable que el imputado fuera culpable, y, además, de rodear el uso de la tortura con otras salvaguardias o mecanismos de protección que discutiremos más adelante.

Este llamativo conjunto de normas se desarrolló en el derecho continental como legislación complementaria del derecho probatorio -que denominaremos el sistema de juicio- para casos de delitos graves (en los cuales la sanción consistía en la pena de muerte o bien en penas corporales severas²). El derecho probatorio medieval fue diseñado en el siglo XIII para reemplazar el sistema probatorio anterior -las ordalías- que la Iglesia Católica destruyó definitivamente en el año 1215. Las ordalías intentaban alcanzar la certeza absoluta en la atribución de culpabilidad, mediante el "feliz" recurso de acudir al juzgamiento emanado de Dios, quien no podía equivocarse. El sistema que lo reemplazó en el siglo XIII aspiraba a alcanzar el mismo nivel de seguridad en la atribución de culpabilidad -absoluta certeza- realizada por seres humanos.

A pesar de que quienes reemplazarían a Dios en el papel de juzgador eran seres humanos, sus decisiones serían regidas por reglas probatorias tan objetivas que tornarían inimpugnable esa dramática sustitución -un derecho probatorio que eliminaría la discrecionalidad humana en la determinación de la culpabilidad o inocencia-. En consecuencia, los glosadores italianos que diseñaron el sistema desarrollaron y reforzaron la regla de que la condena tenía que estar fundada en dos testigos oculares inobjectables en relación a la comisión del hecho -prueba que debía ser, según la famosa frase, "clara como el sol del mediodía"- . Sin esos dos testigos, un tribunal penal no podía condenar al acusado que negara los cargos formulados en su contra. Sólo si el acusado confesaba voluntariamente, el tribunal podía condenarlo prescindiendo de la declaración de los testigos.

Otra manera de considerar el propósito de estas reglas es comprender su corolario: la condena no podía fundarse en prueba circunstancial, porque la prueba circunstancial depende, para resultar efectiva, del grado de persuasión subjetiva del juzgador que resuelve si el hecho circunstancial probado permite realizar la inferencia sobre la culpabilidad del acusado. Así, por ejemplo, no hubiera importado que el sospechoso fuera visto huyendo de la casa de la víctima asesinada, y que la daga ensangrentada y el botín robado fueran hallados en su poder. Dado que, en verdad, ningún testigo ocular lo habría visto clavando la daga en el cuerpo de la víctima, el tribunal no podría condenarlo por ese delito.

En la historia de la cultura occidental, ningún sistema legal ha hecho nunca un esfuerzo más valioso para perfeccionar los mecanismos de protección de su derecho probatorio y, de esa forma, excluir completamente la posibilidad de condenar erróneamente a un inocente. Pero los europeos aprendieron, oportunamente, una lección inevitable. Habían establecido un estándar demasiado exigente. Habían elaborado un sistema probatorio que, de hecho, sólo podía resultar efectivo en supuestos de delitos flagrantes o de acusados dispuestos a confesar. Y dado que la sociedad no podía continuar tolerando un sistema legal que careciera de la capacidad de condenar a quienes no estaban dispuestos a confesar y cometían delitos furtivamente, algo tuvo que hacerse para que el sistema pudiera abarcar, también, esos casos. La exigencia de los dos testigos oculares resultaba difícil de ser relativizada o eludida, pero la regla de la confesión parecía invitar al "subterfugio"⁴ en que, de hecho, resultó. Pasar de aceptar una confesión voluntaria a inducir coercitivamente a confesar a las personas

contra quienes ya existían fuertes sospechas en su contra fue una práctica cada vez más aceptada. El derecho de la tortura surgió para regular este proceso de inducción de confesiones.

El espíritu de protección que había inspirado el desarrollo formal de un derecho probatorio inoperante también permitió recurrir al subterfugio. El capítulo más extenso del derecho europeo de tortura se refería a los prerequisites para el interrogatorio bajo tormento. Los juristas europeos concibieron lo que los abogados estadounidenses llamarían hoy un estándar de causa probable (probable cause), diseñado para asegurar que sólo las personas con altas probabilidades de resultar culpables fueran interrogadas bajo tortura. Por lo tanto, la tortura era permitida únicamente cuando había sido establecida "semiplena prueba" contra el sospechoso. Esto significaba tanto un testigo como prueba circunstancial de entidad suficiente, de acuerdo con una escala razonablemente elaborada⁵. En el ejemplo en el cual un sospechoso fuera arrestado con la daga y el botín, cada uno de estos indicios sería un cuarto de prueba. Juntos, constituirían semiplena prueba, lo que resultaría suficiente para permitir a las autoridades enviar al sospechoso a una sesión en la cámara de torturas.

De esta manera, la prohibición contra el uso de prueba circunstancial fue superada. El derecho de tortura encontró un lugar para la prueba circunstancial, pero un lugar nominalmente subsidiario. La prueba circunstancial no era considerada directamente en la cuestión de mérito sobre la culpabilidad o inocencia; sino en una resolución interlocutoria -la decisión acerca de si interrogar o no bajo tormento al sospechoso-. Aun en estos casos, la legislación intentó limitar la discreción judicial mediante la regulación de criterios predeterminados y ostensiblemente objetivos para evaluar los indicios y asignarles valores numéricos (cuartos de prueba, semiplena prueba, etc.). Sobre esta regulación de la tortura se compilaron vastos tratados legales, para guiar al magistrado a cargo del interrogatorio en la determinación de si había causa probable que admitiera el interrogatorio bajo tormento⁶.

A fin de compatibilizar el requisito del derecho probatorio formal -que la confesión sea voluntaria-, los juristas medievales consideraban a la confesión extraída bajo tortura como una confesión involuntaria y, por ende, inválida, a menos que el acusado reiterara su declaración de manera no coactiva en una audiencia celebrada uno o más días después. Frecuentemente, el sospechoso que había confesado bajo tortura se retractaba cuando se le solicitaba que ratificara su confesión. Sin embargo, en contadas ocasiones la retractación resultaba beneficiosa: el interrogatorio bajo tortura podía, por esa razón, ser repetido. Un acusado que confesaba bajo tortura, se retractaba y luego era nuevamente torturado, aprendía rápidamente que sólo una confesión "voluntaria" en la audiencia lo salvaría de nuevas agonías en la cámara de tortura⁷.

Afortunadamente, más mecanismos de protección sustanciales fueron concebidos para controlar la aplicación de la tortura. Fueron reglas creadas para fortalecer la credibilidad de las confesiones obtenidas. Se suponía que la tortura no sería utilizada para obtener una confesión abyecta e infundada. Antes bien, se suponía que la tortura sería empleada de manera tal que el acusado revelaría los detalles del delito -información que, en los términos de una conocida ley alemana, "ninguna persona inocente podía saber"⁸-. El juez a cargo del interrogatorio tenía prohibido formular preguntas sugestivas, en las cuales el interrogador suministraba al acusado los detalles que quería oír de él. Más aún, se suponía que la información obtenida bajo tortura debía ser investigada y verificada en la mayor medida posible. Si el acusado había confesado el homicidio, debía ser interrogado acerca del lugar donde ocultó la daga. Si decía que la había enterrado bajo el viejo roble, el juez debía enviar a alguien a desenterrarla.

Sin embargo, estos mecanismos no resultaron adecuados para superar la imperfección básica del sistema. Como la tortura sometía a prueba la capacidad del acusado para soportar el dolor, antes que la veracidad de sus dichos -tal como lo planteó un autor del siglo XVI-, el inocente podía "doblegarse bajo el tormento y confesar hechos que nunca había cometido"⁹. Si el juez investigador interrogaba de manera sugestiva, aun accidentalmente, su desliz no siempre podría ser detectado o evitado. Si el acusado sabía algo acerca del delito, pero aun así era inocente, lo que conocía resultaba suficiente para darle verosimilitud a su confesión. En algunas jurisdicciones, el requisito de verificación no era aplicado o era aplicado solo formalmente.

Estos problemas del derecho de tortura fueron identificados ya en la Edad Media, y fueron motivo de enfáticas discusiones durante el Renacimiento y los albores de los tiempos modernos. En el siglo XVIII, cuando la tortura estaba finalmente por ser abolida, junto con el sistema probatorio que la había originado, Beccaria y Voltaire se hicieron famosos como críticos de la tortura judicial, pese a ser recién llegados a una literatura legal crítica casi tan vieja como el derecho de tortura en sí mismo. La tortura judicial sobrevivió por siglos no porque hubieran sido ocultados sus defectos, sino a pesar de haber estado expuestos durante tanto tiempo. La regla de los dos testigos oculares había dejado al procedimiento penal europeo sin una alternativa aceptable. Habiendo afianzado este inalcanzable nivel de mecanismos de protección en el procedimiento de juicio formal, los europeos se vieron obligados a evadirlos a través de un subterfugio que sabían defectuoso. La confesión forzada debió reemplazar a la prueba de culpabilidad.

III. El derecho del plea bargaining

Ahora voy a atravesar los siglos y a atravesar el Océano Atlántico para hablar del florecimiento del plea bargaining en los Estados Unidos del siglo XX.

La descripción del derecho europeo que regulaba la tortura que acabo de presentar fue realizada con la intención de provocar entre los lectores estadounidenses una desagradable sensación de lo familiar. Las semejanzas entre el sistema estadounidense moderno de plea bargaining y el antiguo sistema de tortura judicial son muchas y escalofriantes. He convivido con ellas durante algunos años, y lo mínimo que deseo conseguir en este ensayo es aliviarme, en alguna medida, compartiendo la turbadora visión que, según creo, percibirá cualquier estadounidense que haya dedicado cierto tiempo al estudio del derecho europeo sobre la tortura.

A modo de introducción, permítanme establecer brevemente algunos de los principios estructurales de nuestro

sistema de plea bargaining. Existe plea bargaining cuando un fiscal induce a una persona acusada penalmente a confesar su culpabilidad, y a renunciar a su derecho a un juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si se declarara culpable luego de un juicio. El fiscal ofrece indulgencia tanto directamente -mediante la reducción de los cargos atribuidos al acusado-, como indirectamente, en connivencia con el juez -mediante la recomendación para que se le imponga una pena menor, recomendación que será acogida por el juez-. A cambio de procurar clemencia para el acusado, el fiscal es relevado de la necesidad de probar su culpabilidad, y el tribunal es dispensado de establecerla. El tribunal condena al acusado sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución de culpabilidad.

El plea bargaining es, por lo tanto, un procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de graves delitos. Si alguien busca en la Constitución de los EE.UU. algún fundamento para el plea bargaining, buscará en vano. En su lugar, encontrará -en un texto de la misma jerarquía axiológica, el Bill of Rights- una garantía opuesta, la garantía del juicio previo. La Sexta Enmienda establece: "En toda persecución penal, el acusado tendrá derecho a... juicio... por un jurado imparcial"¹⁰.

En nuestros días, el juicio por jurados sigue ocupando su lugar central tanto en el ordenamiento jurídico formalmente vigente como en la mitología del derecho. El texto constitucional no ha cambiado, los tribunales pretenden aplicar el derecho del imputado a un juicio por jurados, y la televisión transmite un flujo permanente de dramas en los cuales un debate judicial por el veredicto del jurado conduce inexorablemente al descubrimiento del verdadero culpable. En verdad, el juicio penal por jurados en gran medida ha desaparecido en los EE.UU. El sistema de justicia penal, en la actualidad, resuelve prácticamente todos los casos de delitos graves a través del plea bargaining. Dependiendo de la jurisdicción, tanto como el 99 por ciento de las condenas por delitos son impuestos mediante un plea¹¹. Este procedimiento sin juicio se ha transformado en el procedimiento regular en el derecho de EE.UU. para resolver los casos penales.

¿Por qué? ¿Por qué nuestro sistema vigente de prueba y juicio ha dejado de ser aplicado? ¿Qué ha sucedido en el intervalo de menos de dos siglos entre la constitucionalización del juicio por jurados, en 1791, y el presente, para sustituir con este sistema que omite el juicio el procedimiento de juicio contemplado por los Constituyentes? Los académicos recién comienzan a investigar la historia del plea bargaining¹², pero se conoce lo suficiente como para hablar con cierta confiabilidad sobre las principales características de este desarrollo histórico. En los doscientos años transcurridos desde mediados del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX, la institución anglo-estadounidense¹³ del juicio por jurados sufrió una profunda transformación, convirtiéndolo en un juicio absolutamente inoperante para cumplir la función de procedimiento común de disposición de casos penales, y requiriendo el desarrollo de un procedimiento alternativo, que ahora reconocemos como el sistema del plea bargaining.

En la Inglaterra del siglo XVIII, el juicio por jurados era todavía un procedimiento sumario¹⁴. Sabemos que en el tribunal conocido como Old Bailey, en la década de 1730, éste procesaba rutinariamente entre doce y veinte juicios por jurados referidos a hechos delictivos en un solo día. Un solo jurado era seleccionado y escuchaba pruebas en numerosos casos, sin relación alguna entre sí, antes de retirarse a formular los veredictos para cada uno de ellos. No se recurría a la intervención de abogados en el desarrollo de un juicio penal ordinario, ni por la acusación ni por la defensa. El juez que conducía el juicio citaba a los testigos -a quienes la justicia de paz local obligaba a comparecer- y el procedimiento se llevaba a cabo como una "disputa" relativamente no estructurada entre los testigos y el acusado¹⁵. En la década de 1790, cuando los estadounidenses estaban constitucionalizando el juicio por jurados inglés, éste todavía era breve y eficiente. "El juicio de Hardy por alta traición en 1794 fue el primero que demoró más de un día, y el tribunal consideró seriamente si tenía poder para prorrogarlo..."¹⁶. En contraste, es posible notar que el juicio contra Patricia Hearst por asalto a un banco, en 1976, duró cuarenta días¹⁷ y que el promedio de los juicios por jurados por delitos en Los Ángeles, en 1968, requería 7,2 días de juicio¹⁸. En el siglo XVIII, los rasgos más característicos -y que más tiempo insumen- del juicio por jurados actual, esto es, el carácter abiertamente contradictorio del procedimiento de partes y las reglas de exclusión del derecho probatorio en materia penal, eran aun rudimentarios e inusuales. El derecho del acusado a ser representado por un abogado de confianza no se generalizó para todos los casos sino hasta el fin del siglo XVIII en los EE.UU. y en el siglo XIX en Inglaterra¹⁹. El control recursivo fue muy restringido durante el siglo XX; la defensa técnica de imputados indigentes no fue obligatoria hasta mediados de ese siglo. Las prácticas que determinan la extensa duración del moderno juicio por jurados estadounidense -prolongadas audiencias de selección de jurados (voir dire), aplicación de las reglas de exclusión probatorias y de otras barreras para el ingreso de los elementos de convicción, presentaciones destinadas a provocar o a preservar cuestiones para la etapa recursiva, estrategias dilatorias y alegatos orales de los abogados- fueron todas desarrollos posteriores en la larga historia del procedimiento penal propio del common law²⁰.

Nadie debería sorprenderse de que el juicio por jurados haya sufrido grandes cambios en los dos últimos siglos. Ese modelo de juicio necesitaba ser reformado desesperadamente. El nivel de mecanismos de protección tendiente a evitar condenas injustas estaba, en muchos aspectos, por debajo de lo que la cultura jurídica exige en la actualidad. Lo que no podremos comprender, hasta tanto se investigue esta cuestión de manera específica es por qué la presión por mayores garantías a favor del imputado condujo, en el proceso anglo-estadounidense, al desarrollo del derecho probatorio y a la profesionalización del juicio. Ello pues dichas reformas terminaron por destruir el sistema, en el sentido de que hicieron el juicio por jurados tan complicado y tan prolongado, razón por la cual lo tornaron impracticable como procedimiento de rutina para la disposición de casos penales²¹. En el derecho continental y durante el mismo período, se percibieron presiones similares para implementar mayores mecanismos de protección. Sin embargo, esas presiones condujeron a reformas en el proceso inquisitivo que preservaron la institución del juicio²².

IV. Las semejanzas

Permítanme ahora regresar a mi tema central -las semejanzas en función y doctrina entre el sistema medieval europeo de tortura judicial y nuestro sistema de plea bargaining. El punto de partida, que resulta obvio por lo que he dicho hasta aquí, es que cada uno de estos mecanismos procesales alternativos surgieron frente a la crisis del sistema de juicio vigente que, además, ellos subvirtieron. Tanto el derecho probatorio de la Europa medieval como el derecho del moderno juicio por jurados anglo-estadounidense establecieron mecanismos de protección del acusado restringiendo la discreción del juzgador en el proceso de atribución de culpabilidad. Los europeos de la Edad Media trataron de eliminar la discreción del juez profesional requiriendo su adhesión a criterios objetivos de valoración de la prueba. El sistema anglo-estadounidense de juicio se vio atrapado, en los dos últimos siglos, en el esfuerzo dirigido a proteger al acusado contra los peligros del sistema de jurados, en el cual un grupo de legos, sin conocimientos en derecho, pronuncian un veredicto de una o dos palabras que no explican ni justifican. De este modo, cada uno de estos sistemas se tornó incapaz de realizar un retroceso directo respecto del insostenible nivel de mecanismos de protección que había estructurado, y cada uno de ellos concentró sus esfuerzos en inducir al acusado a brindar su propia confesión y, de esta manera, éste debió renunciar a sus derechos a recurrir a los mecanismos jurídicos de protección formalmente vigentes en el ámbito del procedimiento penal.

El derecho europeo de la tortura judicial preservó las reglas medievales sobre el régimen probatorio para aquellos casos sencillos en los cuales existían dos testigos oculares o una confesión voluntaria. Pero en los casos más complicados -en los cuales, debo agregar, las garantías y los mecanismos de protección de los derechos del imputado eran más importantes-, el derecho de la tortura produjo un cambio absolutamente fundamental en el sistema probatorio: eliminó, sustancialmente, la función de atribución de responsabilidad penal. Una vez que se establecía cierto grado de sospecha, el acusado era inducido a admitir su culpabilidad, antes que el acusador a cumplir con su carga de demostrarla.

En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal experiencia del procedimiento penal de Europa medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones. Forzamos al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española ni otros instrumentos de tormento para dañar sus piernas. Pero como los europeos de hace siglos que sí utilizaban esas máquinas, hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable. Es esta diferencia en la gravedad de las penas impuestas lo que torna coercitivo al plea bargaining. Existe, por supuesto, una diferencia²³ entre soportar la destrucción de los miembros del propio cuerpo si uno se rehúsa a confesar, o sufrir algunos años adicionales de privación de libertad si uno se rehúsa a confesar, pero la diferencia es cuantitativa, no cualitativa. El plea bargaining, como la tortura, es coercitivo²⁴. Del mismo modo que los europeos de la Edad Media, los estadounidenses están operando, en nuestros días, un sistema procesal que impone decisiones condenatorias sin un proceso judicial de determinación de la culpabilidad²⁵. La máxima de los glosadores medievales -ya no más aplicable en el derecho europeo²⁶- describe ahora con propiedad el derecho estadounidense: *confessio est regina probationum*, la confesión es la reina de las pruebas.

He dicho que el derecho europeo intentó crear mecanismos de protección para el uso de la tortura que se tornaron ilusorios; estos mecanismos presentan un gran parecido con los supuestos mecanismos de protección propios del derecho estadounidense que regula el plea bargaining. En primer lugar, entre los mecanismos de protección ilusorios de ambos sistemas está la preocupación doctrinaria que caracteriza a la renuncia al ejercicio de los derechos del imputado como voluntaria. Los europeos obligaban a la víctima de los tormentos a reiterar su confesión "voluntariamente", pero bajo la amenaza de ser torturada nuevamente si se retractaba. El correlato estadounidense de esta práctica es la regla 11(d) de la Reglas Federales de Procedimiento Penal (Federal Rules of Criminal Procedure), que prohíbe al tribunal admitir una admisión de culpabilidad (guilty plea) sin que previamente "se interrogue personalmente al imputado en una audiencia oral para determinar que la admisión de culpabilidad es voluntaria y no el resultado de coerción o amenazas, o de promesas que excedan el acuerdo (plea agreement)"²⁷. Por supuesto, el acuerdo (plea agreement) es la fuente de la coerción y comprende, en sí mismo, la involuntariedad de la admisión de culpabilidad.

Los artífices del derecho europeo de tortura intentaron reafirmar la credibilidad de una confesión inducida por la tortura mediante otros mecanismos de protección diseñados para verificar sus bases fácticas. Según hemos dicho, se exigía la determinación de causa probable antes del interrogatorio bajo tormentos y, también, que el tribunal tomara determinadas medidas para verificar la exactitud de la confesión. Ya hemos explicado por qué estas medidas resultaban inadecuadas para proteger a los inocentes de la tortura, de la obligación de confesar y de una probable condena. La determinación de la existencia de causa probable de que se ha cometido un delito no es lo mismo que la determinación de la culpabilidad, y su verificación, aun de buena fe, fácilmente podría fallar como mecanismo de protección, sea porque los hechos confesados no eran susceptibles de corroboración, o bien porque el acusado podía tener conocimiento suficiente acerca del delito como para darle verosimilitud a su confesión aun cuando fuera, de hecho, inocente.

El derecho estadounidense del plea bargaining ha tratado de hallar una ilusión similar: el requerimiento de "bases fácticas adecuadas para la admisión de culpabilidad". La Regla Federal 11(f) establece que "el tribunal no dictará una resolución sobre una declaración [de culpabilidad] sin realizar una investigación que lo satisfaga de que existe una base fáctica para dicha declaración"²⁸. Como sucedía con la confesión bajo tortura, lo mismo ocurre con la admisión de culpabilidad negociada: cualquier caso que hubiera satisfecho el estándar de

causa probable en la audiencia preliminar contaría con suficientes elementos de prueba incriminatorios como para arrojar sospechas sobre el acusado. La función del juicio, que la práctica del plea bargaining elimina, consiste en exigir al tribunal que decida si los hechos probados sustentan una inferencia de culpabilidad más allá de una duda razonable. Consideremos, sin embargo, el caso "North Carolina v. Alford"²⁹, resuelto en esta década, en el cual la Corte Suprema de los EE.UU. admitió condenar sin juicio a un imputado que, en la audiencia de determinación de la pena, había manifestado ante el tribunal: "Me he declarado culpable de un homicidio en segundo grado porque me dijeron que había mucha prueba en mi contra, pero yo no le he disparado a nadie... Yo sólo admití mi culpabilidad porque me dijeron que si no lo hacía, me enviarían a la cámara de gas... No soy culpable, pero me declararé culpable"³⁰. Los invito a comparar los dichos de Alford con los de un burgomaestre de Bamberg del siglo XVII, un tal Johanness Julius, quien escribió desde su celda, en la cual esperaba su ejecución, con el objeto de contarle a su hija por qué se había confesado culpable del delito de brujería por el que debía morir: "Es todo falso y una invención, así que Dios ayúdame... Nunca habrían dejado de torturarme si no hubiera confesado algo"³¹.

La confesión bajo tortura es, por supuesto, mucho menos confiable que la admisión de culpabilidad (guilty plea) negociada del derecho estadounidense, debido a que en el primer caso la coerción es mayor. Es mucho más probable que un acusado declare falsamente contra sí mismo para evitar la continuación de la tortura que para evitar una pena más grave. Pero el dilema moral es el mismo³². El juez Levin, de Michigan, estaba haciendo referencia a la admisión de culpabilidad cuando dijo "no hay manera de saber si una admisión de culpabilidad fue formulada porque el acusado era culpable o debido a las concesiones que se le prometieron"³³, pero también podría haber estado describiendo la confesión bajo tormentos. También Beccaria podría haber estado hablando de la coerción del plea bargaining cuando dijo, acerca de la violencia de la tortura, que "tornaba confusas o eliminaba esas pequeñas diferencias entre las cosas que nos permiten distinguir entre la verdad y la falsedad"³⁴. La doctrina de las bases fácticas adecuadas como requisito de la admisión de culpabilidad no constituye una alternativa mejor al estándar de la prueba más allá de la duda razonable que la doctrina análoga que se aplicaba en el derecho europeo sobre la tortura.

La falta de confiabilidad del acuerdo negociado de admisión de culpabilidad tiene consecuencias adicionales, más allá del peligro de condenar a una persona inocente. En la negociación que se refiere a la imputación (charge bargaining) -a diferencia de lo que sucede cuando se negocia sobre la pena aplicable- el imputado no es condenado por lo que ha hecho, sino por algo menos grave. Cuando las personas que han cometido un homicidio son condenadas por causar lesiones, o cuando quienes son atrapados cometiendo un robo son condenados por tentativa de hurto, se fortalece, inevitablemente, el cinismo existente sobre los procesos que se llevan a cabo ante la justicia penal³⁵. Esta calificación falsa e intencional causa estragos en nuestras estadísticas delictivas, y explica, en cierta medida, por qué los estadounidenses -de manera exclusiva entre los países occidentales- le brindan mayor importancia a los registros sobre arrestos que a los registros sobre condenas judiciales. Considero que la falta de confiabilidad de la admisión de culpabilidad, la calificación inadecuada del hecho que se imputa, y la ausencia de un procedimiento contradictorio en el que se determine la responsabilidad penal, se combinan para debilitar la fuerza moral del derecho penal y para aumentar el descreimiento público de la administración de justicia. El caso de James Earl Ray es, quizá, el mejor ejemplo de la insatisfacción pública sobre el defecto intrínseco del sistema de plea bargaining para establecer los hechos relevantes referidos al delito y a la culpabilidad en el ámbito de un juicio público³⁶. Resulta interesante recordar que en Europa, en los tiempos de Beccaria y de Voltaire, la necesidad de determinar los hechos judicialmente y la falta de confiabilidad de la práctica de la tortura generaron un cinismo peculiarmente similar sobre el sistema de justicia penal.

Nuestras reglas jurídicas del plea bargaining no sólo han reiterado gran parte de los errores de la doctrina legal referida a la tortura -a la cual le han agregado los patéticos mecanismos de protección vinculados a la voluntariedad y a las bases fácticas que hemos discutido-, sino que también han repetido el principal problema institucional del derecho sobre la tortura. El plea bargaining concentra el control efectivo sobre la persecución penal en las manos de un solo funcionario. Las normas vigentes que regulan nuestro juicio penal establecen una división de responsabilidad. Se espera que el fiscal tome la decisión sobre la acusación, que el juez, y especialmente el jurado, determinen los hechos, y que el juez resuelva sobre la pena. La práctica del plea bargaining concentra las funciones de estas tres etapas del procedimiento en las manos del fiscal. Los estudiosos de la historia del derecho de la tortura deben recordar que la gran falacia psicológica del procedimiento inquisitivo europeo de esa época consistió en el hecho de que éste concentraba en el juez inquisidor el poder de acusar, investigar, torturar y condenar. El inquisidor que ejercía esos poderes necesitaba poseer lo que un historiador ha denominado recientemente "aptitudes sobrehumanas [para]... mantenerse en su función decisoria libre de prejuicios derivados de su propia actividad persecutoria e investigativa"³⁷. La versión dominante de la práctica estadounidense del plea bargaining presenta demandas similares: requiere que el fiscal usurpe las funciones de determinar los hechos y de dictar la sentencia, tornándolo juez en su propio caso. Resulta difícil otorgar el énfasis necesario a la advertencia sobre los peligros de esta concentración de poderes persecutorios. El acusador público de la actualidad maneja los vastos recursos del Estado para recolectar y producir elementos de prueba incriminatorios. Le permitimos ejercer este poder, en gran medida, porque el juicio penal se interpone como mecanismo de determinación de la responsabilidad penal contra el peligro de que el fiscal pueda utilizar esos recursos contra una persona inocente -independientemente de que se trate de un error honesto, arbitrariedad, o algo peor³⁸-. Pero el sistema de plea bargaining ha anulado, en gran medida, este mecanismo de protección.

En el ámbito de los factores institucionales, tengo una última comparación para proponer. Se ha realizado un esfuerzo especial -entre los más recientes, el del Fiscal General (Attorney General) de Alaska³⁹- para seña-

lar que preparar casos para ser llevados a juicio y, posteriormente, someterlos a ese juicio, constituye un trabajo mucho más duro y demandante que disponer del caso a través de la práctica negociada del plea bargaining -tanto para policías, como también para los fiscales, los jueces, y los abogados defensores-. En pocas palabras, la conveniencia -o, lo que podría ser más grave, el ánimo de trabajar lo menos posible, o de que los operadores de la justicia penal no cumplan con sus deberes y obligaciones legales- es un factor que brinda sustento a las prácticas del plea bargaining. Suponemos que este factor también tiene algo que ver con la práctica de la tortura. Como alguien destacó en India a Sir James Fitzjames Stephen en 1872 acerca de la predisposición de la policía local a torturar sospechosos, "Es mucho más agradable sentarse cómodamente a la sombra, frotando pimienta roja en los ojos de un pobre diablo antes que salir al sol a la búsqueda de elementos de prueba"⁴⁰. Si tuviéramos que generalizar sobre este tema, podríamos decir que los sistemas de enjuiciamiento basados en negociaciones y acuerdos -en el consenso-, como el sistema de plea bargaining y el sistema de tortura judicial pueden desarrollar sus propias burocracias y su propia "clientela". Aquí, como en cualquier otra parte, es posible aplicar el viejo adagio que dice que si la necesidad es la madre de la invención, la pereza es el padre.

V. La jurisprudencia del procedimiento penal negociado

Desarrollados estos paralelos entre tortura y plea bargaining, quiero plantear algunas conclusiones acerca de lo que considero las lecciones de este ejercicio. La más importante es ésta: un sistema jurídico hará casi cualquier cosa, tolerará casi cualquier cosa, antes de admitir la necesidad de reformas en su sistema de pruebas y juicio. El derecho de la tortura subsistió durante medio milenio a pesar de que sus peligros y sus defectos habían sido comprendidos, virtualmente, desde su origen; la práctica del plea bargaining, del mismo modo, subsiste a pesar de que sus graves defectos son absolutamente familiares en nuestro medio. La circunstancia que torna tan persistentes estos burdos subterfugios consiste en su capacidad para evitar que el sistema legal haga frente al colapso que provocaría la aplicación de las reglas formales del procedimiento.

¿Por qué resulta tan difícil para un sistema legal reformar un sistema probatorio obsoleto? Entiendo que concurren dos razones principales. La primera es, en esencia, práctica: nada está tan incorporado en un sistema jurídico como los procedimientos de prueba y juicio, debido a que la mayor parte de la función de un sistema legal consiste en decidir cuestiones probatorias, es decir, cuestiones de hecho -La luz del semáforo, ¿estaba en rojo o en verde? ¿Fue el imputado quien robó el banco?-. Si bien Blackstone puso énfasis en este punto refiriéndose a casos civiles, ello es mucho más cierto cuando se trata de casos penales. Dicho autor señaló: "la experiencia mostraría sin duda que más de cien casos judiciales se originan por controversias sobre los hechos, por cada uno en que se discuten cuestiones de puro derecho"⁴¹. Toda institución del sistema jurídico está adaptada al sistema probatorio. En consecuencia, su modificación generaría consecuencias de manera inmediata -a uno u otro nivel- prácticamente todos los intereses reconocidos legalmente.

La inercia, la resistencia al cambio asociada a dichos intereses tan profundamente establecidos, es reafirmada inevitablemente por el poderoso elemento ideológico que informa un sistema de enjuiciamiento y sus reglas probatorias. La determinación judicial de los hechos, especialmente en los casos penales, implica una severa intrusión en las vidas de los ciudadanos involucrados. En consecuencia, el poder de adjudicar responsabilidad penal debe estar fundado en bases teóricas que lo haga aceptable al común de la gente. Dado que la base teórica del sistema probatorio pretende regular y explicar la aplicación del poder de adjudicar responsabilidad, ella juega un papel central en la legitimación de todo el sistema jurídico. El derecho probatorio europeo medieval garantizaba a la gente que el sistema jurídico determinaría la verdad. El sistema de juicio por jurados anglo-estadounidense justificó sus resultados invocando la inescrutable sabiduría popular⁴². Los fundamentos teóricos de ambos sistemas probatorios resultaron, con el tiempo, insostenibles -los del sistema europeo, prácticamente, desde su origen; los del sistema anglo-estadounidense, luego de siglos de transformación del juicio por jurados-. Sin embargo, el peso ideológico de esos presupuestos teóricos impidió que ambos sistemas jurídicos abandonaran su sistema probatorio. Por ejemplo, ya he señalado cómo, en el siglo XIX, la adhesión cultural al jurado retrasó la experimentación de juicios sin jurados -bench trial-, mientras que el procedimiento no judicial y sin jurados del plea bargaining fue configurándose a espaldas del público⁴³. Al igual que los abogados de la Europa medieval, hemos sido incapaces de admitir que nuestro sistema probatorio ha conducido a un nivel de complejidad del procedimiento y de protección de los derechos fundamentales que, para la generalidad de los casos, torna inoperante nuestro sistema de juicio. Frente al colapso del sistema probatorio vigente, hemos reaccionado tomando medidas para perpetuar las bases ideológicas del sistema en crisis, medidas que asemejan sustancialmente a las de los arquitectos del derecho de la tortura. Como los europeos medievales, hemos preservado formalmente un procedimiento inoperante, hemos concebido un procedimiento sustituto que prescinde del juicio, para subvertir el procedimiento vigente, y hemos conseguido colocar al imputado bajo un nivel brutal de presión para que "opte" por la alternativa al juicio.

El hecho de que este libreto haya podido ser cumplido en dos culturas jurídicas tan distantes entre sí en tiempo y espacio sugiere ciertas ideas sobre los procesos de adaptación de los sistemas de enjuiciamiento penal. En primer lugar, existen límites intrínsecos para los niveles de complejidad y de protección de derechos fundamentales que aun un pueblo civilizado puede tolerar. Si se excede tales límites, y la capacidad represiva del sistema de justicia penal, por ese motivo, queda comprometida, el sistema responderá desarrollando subterfugios que se imponen al sistema vigente. Pero estos subterfugios son intrínsecamente desmedidos, precisamente porque no se hallan enmarcados de manera cuidadosa, explícita y escrupulosa, dirigida a alcanzar un adecuado equilibrio entre las necesidades represivas y la protección de los derechos individuales. Ello resulta en un sistema de justicia penal caracterizado por un nivel menor de garantías procesales que el que podría haber obtenido si no se hubiera intentado mantener el inoperante sistema vigente.

Los europeos de la Edad Media insistieron con la regla de los dos testigos oculares y terminaron con un derecho de tortura que autorizaba la condena sin testigo alguno. El plea bargaining estadounidense, de similar manera, sacrifica, precisamente, los valores que, se supone, el inoperante sistema de juicio contradictorio y por jurados debe garantizar: la participación de legos en la determinación judicial de responsabilidad penal, el principio de inocencia, la carga de la prueba más allá de una duda razonable a cargo del acusador, el derecho de confrontar e interrogar a los testigos de la acusación, y la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo.

El procedimiento penal estadounidense alcanza los límites de incoherencia, de manera especial, en el tratamiento del privilegio referido a la autoincriminación. En casos como Griffin v. California⁴⁴ hemos exagerado sin sentido los alcances del privilegio en su aspecto formal, mientras que en el sistema de plea bargaining - que es nuestro procedimiento de rutina para dar tratamiento a los delitos graves- hemos eliminado, prácticamente, todo vestigio de ese mecanismo de protección.

Por lo demás, el sacrificio de nuestros valores fundamentales mediante la práctica del plea bargaining resulta innecesario. En sus cuestionables decisiones de los años 70 referidas al plea bargaining, la Corte Suprema ha admitido con firmeza que por razones de conveniencia la justicia penal estadounidense no puede cumplir su promesa de llevar a cabo rutinariamente un procedimiento que culmine en un juicio por jurados⁴⁵, pero la Corte ha asumido, simplemente, que el procedimiento actual del plea bargaining que evita el juicio es la alternativa inevitable. Existe, sin embargo, un camino intermedio entre el impracticable sistema de juicio por jurados como mecanismo rutinario y el lamentable sistema del plea bargaining. Ese camino es el eficiente procedimiento del juicio penal propio de la tradición del derecho continental.

Los sistemas de justicia penal no adversariales contemporáneos de países como Alemania Occidental han demostrado extensamente que sociedades industriales desarrolladas pueden implementar procedimientos penales eficientes que, no obstante, prevén la participación de personas legas y la determinación de la culpabilidad en una audiencia contradictoria en todos los casos de delitos graves. He descrito el sistema alemán en detalle en otra parte⁴⁶, y no he ocultado mi admiración por el brillante balance que éste alcanza entre el respeto a las garantías y la efectividad procesal. Uno de sus logros sustanciales consiste en el hecho de que en los casos de delitos graves el sistema funciona sin ninguna práctica similar al plea bargaining⁴⁷. Si bien en muchos casos los imputados confiesan (41 % en una muestra⁴⁸), las confesiones no se negocian -ni se puede hacerlo-; tampoco la confesión evita que el tribunal de juicio deba valorar elementos de prueba suficientes como para satisfacer un estándar probatorio similar al de "más allá de toda duda razonable"⁴⁹. En un modelo de enjuiciamiento libre de todos los excesos del sistema adversarial y del derecho probatorio, la diferencia temporal entre un juicio sin confesión y un juicio en el cual el imputado ha confesado no es tan significativa⁵⁰. Dado que el imputado será llevado a juicio tanto como si confiesa como si no lo hace, no puede imponer costos significativos al esfuerzo del acusador si contradice la imputación en un caso en el cual existe suficiente prueba incriminatoria. Si se confiesa durante el juicio, ello no sucede porque son recompensadas de algún modo, sino porque el sistema procesal no brinda ventaja alguna a quien se rehúsa a confesar. Tengo la esperanza de que en las próximas décadas, quienes aún vivimos con un sistema de justicia penal que opta por adjudicar responsabilidad penal sin un procedimiento contradictorio enfrentemos el fracaso del sistema adversarial. Creo que encontraremos en el moderno derecho procesal continental europeo un modelo irresistible para la reforma.

Por lo tanto, debo concluir con una paradoja. Hoy, en las tierras donde alguna vez gobernó el derecho de la tortura, las personas que viven satisfechas con sus sistemas de justicia penal miran con incredulidad más allá del océano el espectáculo del plea bargaining en los Estados Unidos⁵¹, mientras que miles de turistas estadounidenses viajan cada año para mirar con incredulidad las obsoletas cámaras de tortura de los castillos medievales.

* Este trabajo fue publicado originalmente bajo el título de Torture and Plea Bargaining en "The University of Chicago Law Review", 1978, vol. 46, ps. 3 y ss. Agradecemos al autor la autorización para traducir e incluir su trabajo en esta obra.

** Profesor de Derecho, Universidad de Chicago. Actualmente, el Profesor Langbein enseña en la Universidad de Yale.

*** Agradecemos especialmente los acertados comentarios de Martín Serrano, quien colaboró en la corrección de algunas partes de esta traducción.

1 Esta sección del artículo se basa y reproduce algunos párrafos de Langbein, John H., Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, 1977, ps. 1 a 16.

2 El uso del encarcelamiento como pena para delitos graves fue un desarrollo del Renacimiento y de los tiempos posteriores. Langbein, John H., The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crimes, en "Journal of Legal Studies", 1976, vol. 5, p. 35. Cf., también, Langbein, Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, cit., ps. 27 a 44, y ps. 151 a 164.

3 Langbein, Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, cit., ps. 5 a 7.

4 Famoso término de Maitland, en Pollock, F., y Maitland, F. W., The History of English Law, 1898, 2ª ed., t. 2, p. 660.

5 Langbein, Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, cit., p. 14.

6 Estas obras fueron analizadas en Fiorelli, P., La Tortura Giudiziaria nell Diritto Comune, 1953-1954, ts. 1 y 2.

7 Langbein, Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, cit., ps. 15 y 16. Un acusado que resistía el tormento y no confesaba, debía, supuestamente, ser liberado (sujeto a las reglas que permitían un interrogatorio posterior si se descubrían nuevas pruebas); se afirmaba que el acusado había

desvirtuado la prueba incriminatoria cuando resistía el tormento sin confesar (p. 16).

8 *Constitutio Criminalis Carolina*, art. 54 (1532), traducido en Langbein, John, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, 1974, p. 282.

9 Damhoudr, J., *Practique Judiciaire es Causes Criminelles*, cap. 39, p. 44 (Untwerp, 1564), primera edición publicada como *Praxis Rerum Criminalium* (Louvain, 1554).

10 Constitución de los EE.UU., Enmienda VI (destacado agregado).

11 La cifra de 99 % está dada para Detroit en J. Bond, *Plea Bargaining and Guilty Pleas*, 1975, p. 13. El profesor Alschuler informa 95 % para Houston en 1975. Alschuler, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining*, en "Columbia Law Review", vol. 76, 1976, p. 1063. En Nueva York, en 1971, el 97 % de las condenas por delitos fueron impuestas a través de un plea. Ver Vera Institute of Justice, *Felony Arrests: Their Prosecutions and Disposition in New York City's Courts*, 1977, p. 7. En un importante estudio estadístico de datos de delitos en la ciudad de Nueva York, Hans Zeisel calcula que el 98 % de las condenas fueron obtenidas por plea. H. Zeisel, *Anatomy of Law Enforcement*, 1979, cap. 4, ps. 12 y 28.

12 Cf. Alschuler, Albert W., *Plea Bargaining and its History*, en "Law & Society Review", vol. 13, 1979; Friedamn, *Plea Bargaining in Historical Perspective*, en "Law & Society Review", vol. 13, 1979; Langbein, John, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, en "Law & Society Review", vol. 13, 1979.

13 Para la extensión del plea bargaining en Inglaterra, cf. Baldwin & Conville, *Sentencing Problems Raised by Guilty Pleas: An Analysis of Negotiated in the Birmingham Crown Court*, en "Modern Law Review", vol. 42, 1978, p. 545.

14 Cf., en general, Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, en "University of Chicago Law Review", vol. 45, 1978, ps. 263 y siguientes.

15 Cf. Langbein, *The Criminal Trial before the Lawyers*, cit., ps. 272 a 284. La palabra "altercation" es el famoso término de Sir Thomas Smith. T. Smith, *De Republica Anglorum*, Londres, 1583, p. 80.

16 MacKinnon, *The Law and the Lawyers*, en Johnson's England (A. S. Turberville, ed., 1933), t. 2, p. 307, refiriéndose a "Rex v. Hardy", 24 St. Tr. 199 (1974).

17 (1976) *Administrative Office of the United States Court Ann*, Rep. 335.

18 Las cifras para Los Ángeles aparecen en San Francisco Committee on Crime, *A Report on the Criminal Courts of San Francisco, Part I: The Superior Court Back Log-Consequences and Remedies*, 1970, p. 1 - agradezco al Profesor Albert M. Alschuler por la referencia-. Por supuesto, esta cifra debe contemplar las vías alternativas para el tratamiento de los casos menos dificultosos mediante mecanismos tales como el plea bargaining, juicios sin jurados (bench trials) y suspensión condicional de la persecución. Las cifras confiables para Nueva Jersey sobre juicios penales realizados en 1976/77 (con y sin jurados) resultan menos espectaculares, aunque difícilmente reducen el contraste con la duración de los juicios del siglo XVIII. Sólo el 5 % de los juicios duraban más de 5 días, mientras que el 49 % duraba de 1 a 3 días, el 35 % menos de un día, y el 11 % de 3 a 5 días. *Administrative Director of the Courts, State of New Jersey, Ann. Rep 1976-1977 en F-2 (1978)* -debo esta referencia al Profesor Jerome Israel-.

19 Constitución de los EE.UU., enmienda VI (1791); 6 & 7 Will. IV, ch. 114 (1836). Para las colonias americanas, ver la valiosa recopilación en el apéndice de Nota, *An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation*, en "Yale Law Journal", vol. 73, 1964, ps. 1055 a 1057.

20 La última parte de este párrafo proviene de Langbein, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, en "University of Chicago Law Review", vol. 41, 1974, ps. 445 a 446.

21 Al aislar la transformación del juicio por jurados como una de las causas fundamentales del plea bargaining, no pretendemos sugerir que este desarrollo del procedimiento sea la única causa de una práctica tan compleja. Cuando finalmente sea escrita la historia del plea bargaining, seguramente habrá otros capítulos. En particular, será necesario investigar la influencia del incremento del desarrollo profesional de políticas persecutorias, y los cambios simultáneos en los niveles de detección y denuncias de hechos delictivos; cambios en la composición social de grupos de víctimas y agresores; cambios en las tasas y en las clases de delitos; y la influencia intelectual del modelo de mercado en una época en la cual la doctrina del *laissez faire* no representaba un epíteto. Sin embargo, estos otros fenómenos, en gran medida, también tuvieron lugar en los países del continente europeo que no adoptaron la práctica del plea bargaining. Cualquiera que observe más allá del peculiar desarrollo del procedimiento anglo-americano que hemos destacado necesita explicar por qué el plea bargaining ha caracterizado países de tan desigual composición social, tales como los Estados Unidos e Inglaterra, pero no Alemania, Francia, o los otros grandes países europeos.

En la mitad del siglo XIX, cuando el procedimiento penal alemán estaba recibiendo su estructura moderna, los juristas alemanes estudiaban regularmente el procedimiento inglés como un modelo para la reforma. Ellos hallaron mucho para admirar y para tomar prestado (incluyendo el principio de la participación de personas legas en la decisión sobre los hechos, y la exigencia de que los juicios sean orales y públicos), si bien coincidían unánimemente en rechazar la admisión de culpabilidad (guilty plea). Resultaba incorrecto para un tribunal condenar, exclusivamente, sobre una "simple confesión", sin arribar a su propia convicción sobre la culpabilidad del acusado. Cf., por ej., von Arnold, *Geständniss statt des Verdicts*, 7 *Gerichtssaal* pt. 1, 265, 275 (1855); Walther, *Ueber die processualische Wirkung des Geständnisses im Schwurgerichtsverfahren*, 1851 *Archiv des Criminalsrechts* (Neue Folge) 225; *Das Schwurgericht: Geständniss und Verdict und Kollision zwischen beiden*, 18 *Goltdammers Archiv* 530 (1870).

22 Este párrafo (con la nota 21) está obtenido de Langbein, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, citado.

23 Esta diferencia se vincula con las diferencias en las sanciones que caracterizan a los mundos medieval y moderno. El derecho de tortura operó en sistemas legales cuyas únicas sanciones por delitos graves eran

penas físicas severas y pena de muerte. La víctima de tortura era coaccionada a una confesión que lo condenaba al más severo de los castigos, mientras que el plea bargaining recompensa al acusado con una condena menos dura: típicamente, alguna forma de privación de libertad, a cambio de su confesión. Obviamente, cuanto más severa sea la pena que la confesión del acusado determinará, mayor es la coerción que debe ser ejercida sobre él para forzar su confesión. El plea bargaining es, en este sentido, tan coercitivo como debe ser, en el contexto de nuestro sistema moderno de sanciones.

24 Los defensores del plea bargaining tratan de minimizar, en ocasiones, la fuerza de este punto con un argumento por reducción al absurdo: aceptado que el plea bargaining es coercitivo, también lo es, virtualmente, cualquier ejercicio de jurisdicción penal, ya que pocas personas perseguidas penalmente lo son de manera genuinamente voluntaria. Creo que la respuesta a este argumento es simple. El acusado es enjuiciado penalmente contra su voluntad, pero no contra sus derechos. La Constitución no otorga inmunidad a los ciudadanos contra una acusación penal, pero sí les garantiza la protección de un juicio. La coerción autorizada por el ordenamiento jurídico es diferente de la coerción dirigida a eludir los mecanismos de protección del derecho. Obligar a una persona a someterse a juicio es diferente a obligarla a renunciar al juicio y a autoimponerse una pena que sólo podría ser impuesta luego de la determinación judicial imparcial de su responsabilidad.

En ocasiones, como he señalado en el texto, se formula un argumento -hasta cierto punto opuesto- en favor del plea bargaining: no todo es coercitivo, una mera diferencia en la pena a imponer no es lo suficientemente seria como para ser considerada coerción. Uno puede poner a prueba este argumento imaginando una diferencia tan grande -por ej., pena de muerte contra una multa de cincuenta centavos- que cualquier imputado razonable renunciaría al juicio aun si tuviera posibilidades de enfrentar la acusación con éxito. Como la tortura, la diferencia en la pena obtiene una confesión que de otro modo no sería prestada voluntariamente. Es, por lo tanto, coercitiva en la misma manera que la tortura, sólo que no en el mismo grado.

La cuestión de si un número significativo de personas inocentes se declara culpable no es, por supuesto, susceptible de verificación empírica. Es sabido que muchos de quienes admiten su culpabilidad claman su inocencia. Ver A. Blumberg, *Criminal Justice*, 1970, ps. 89 y s. Ver, también, el texto de la nota nº 29, infra, (discutiendo "North Carolina v. Alford"). Alschuler cree que "las mayores presiones para declararse culpable se producen sobre imputados que podrían ser inocentes" (*The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, en "University of Chicago Law Review", 1968, vol. 36, p. 60). Ver, en ps. 59 a 62, sobre una demostración del hecho de que la amenaza "de una sentencia mayor entre el imputado que confiesa y el que opta por ir a juicio aumenta en proporción directa a la probabilidad de obtener una absolución (p. 60). Alschuler informa sobre un caso que se asemeja al ejemplo hipotético de la elección entre la pena de muerte y la multa de cincuenta centavos:

El abogado defensor Benjamin M. Davis, de San Francisco, representó recientemente a un hombre acusado de secuestro y violación. El acusado era inocente, y luego de haber investigado el caso Davis confiaba en obtener la absolución. El fiscal, quien parecía compartir la opinión del defensor sobre este punto, ofreció un trato por lesiones. La condena por esta imputación no habría conducido a una pena mayor de treinta días de privación de libertad, y existía una gran probabilidad de que la pena no resultaría de cumplimiento efectivo. Cuando Davis informó a su cliente sobre esta oferta, puso énfasis en el hecho de que sería muy improbable que resultara condenado si el caso iba a juicio. La respuesta del acusado fue simple: "no puedo asumir ese riesgo" (p. 61). No creo que un gran número de acusados se declare culpable de delitos cometidos por otras personas. El derecho de la tortura se suponía, también, que no debía ser aplicado en circunstancias en las cuales el imputado podía brindar explicaciones que diluían la importancia de la prueba que, de otro modo, hubieran permitido el interrogatorio bajo tormentos (Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, cit., p. 183). Sí creo, sin embargo, que el plea bargaining es utilizado para obligar a la renuncia del derecho a un juicio en casos con defensas sustentables -como en el ejemplo del caso de Davis- o en casos en los cuales la figura penal tiene bases conceptuales complejas -como en los delitos tributarios y otros delitos de cuello blanco-.

A veces se objeta que si un acusado es inocente, resulta razonable esperar que se defienda durante el juicio; si un acusado inocente se declara culpable, debe estar calculando, necesariamente, que hay una probabilidad significativa de que el juzgador no reconocerá su inocencia a pesar de los mecanismos de protección del juicio designados para prevenir tal error. Si los juicios fueran perfectamente seguros, el plea bargaining sería perfectamente seguro, ya que ninguna persona inocente tendría un incentivo para autoincriminarse. Irónicamente, por lo tanto, cualquiera que denigrara el plea bargaining porque éste infringe el derecho a un juicio debe asumir, también, que el juicio, en sí mismo, es hasta cierto punto, falible. La respuesta, por supuesto, es que una paradoja no es una contradicción. En la medida en que el juicio humano es falible, ningún sistema de enjuiciamiento eficiente puede hacer algo más que minimizar los errores. El costo social de una regla de certeza absoluta -la liberación masiva de personas culpables- resultaría intolerable. Ésta fue la lección del derecho europeo medieval, y ella explica por qué el estándar de nuestro derecho no es "más allá de toda duda", sino "más allá de toda duda razonable".

25 "Una admisión de culpabilidad (plea of guilty)... es en sí misma una decisión condenatoria... No se requiere nada más; el tribunal no tiene nada que hacer más que dictar la resolución judicial que confirma la condena e imponer la pena" *Kercheval v. United States*, 274 US 220, 223 (1927).

26 Cf. Casper y Zeisel, *Lay Judges in the German Criminal Courts*, en "Journal of Legal Studies", vol. 1, 1972, ps. 135 y ss., especialmente ps. 147 y 147.

27 Reglas Federales del Procedimiento Penal, regla 11(d), (destacado agregado).

28 Reglas Federales del Procedimiento Penal, regla 11(f).

29 400 US 25 (1970).

30 Ídem, p. 28, nota nº 2.

31 Citado en Trevor-Roper, H. R., *The European Witch-Craze of the 16th and 17th Centuries*, Pelican Ed., 1969, p. 84.

32 Algunos de quienes han colaborado conmigo realizando un análisis crítico de este trabajo antes de su publicación han rechazado este punto -en gran medida, según creo, debido a que ellos no han otorgado la importancia adecuada a la seriedad con la cual el derecho de la tortura asumió la tarea de separar al culpable del inocente-. Mis críticos sugieren que la práctica del plea bargaining, en teoría, pretende tener un impacto diferente en culpables e inocentes, mientras que la tortura no lo pretende. Sostienen que el sistema de plea bargaining significa decirle al acusado: "No nos pongas frente al problema de ir a juicio a menos que seas realmente inocente", mientras que el derecho de la tortura daba el mismo mensaje tanto a inocentes como a culpables: "Confiesa o el sufrimiento continuará".

Creo que ambas partes del argumento son erróneas. Ya he señalado (ver nota al pie nº 24) que el plea bargaining puede inducir y, de hecho, induce a imputados inocentes a autoincriminarse. Respecto del derecho de tortura, debo reiterar que los mecanismos de protección ya discutidos (ver texto de las notas al pie nº 6 a 9) fueron diseñados con único propósito de separar a los inocentes de los culpables, y que el derecho de tortura preveía expresamente la solución de liberar a quienes no confesaban bajo tormento. Ver Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, cit., p. 16. Me siento inclinado a reconocer que los mecanismos de protección del derecho de tortura eran aun menos efectivos que los del sistema de plea bargaining, pero como he señalado en el texto, la diferencia es de grado, y no cualitativa.

33 *People v. Byrd*, 12 Mich. App., 186, 206-07, 162 N. W. 2d 777, 787 (1968) (Levin, J., voto concurrente).

34 Beccaria, *Of Crimes and Punishment*, 1764, 1ª ed., trad. de J. Grigson. reproducido en el prefacio de A. Manzoni, *The Column of Infamy*, 1964, p. 33.

35 Ver por ejemplo, Sudnow, *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office*, 12 Soc. Prob. 155, 158-59 (1964) (los casos de abuso sexual contra niños que no resultan en daño grave a la víctima normalmente se reducen al cargo de merodeo cerca de una escuela, aun si el delito fue cometido muy lejos de una escuela -debo esta referencia al Profesor Richard Lempert-).

Las penas previstas legalmente en los Estados Unidos son marcadamente más severas que las de delitos similares en los países europeos. En palabras del Juez Frankel, la nuestra es "una nación donde las penas de prisión de magnitud inusual son más comunes que lo que son en cualquier otro lugar" *United States v. Bergman*, 416 F. Supp. 496, 502 (S. D.N.Y. 1976). No conozco ningún estudio sobre este tema, pero me sorprendería si Hans Zeisel estuviera muy equivocado en su sugerencia de que cada mes de prisión en las sentencias continentales corresponde a un año en los Estados Unidos. Zeisel, *Die Rolle der Geschworenen in den USA*, en "Osterreichische Juristenzeitung", 1966, vol. 21, p. 123. La severidad de nuestras penas contribuye a fortalecer el sistema de plea bargaining ampliando la diferencia potencial entre la pena impuesta luego de realizar un juicio y la pena impuesta luego de la negociación que culmina con la admisión de culpabilidad.

En los siglos XIX y XX, mientras los europeos estaban mejorando su sistema de imposición de penas, nosotros no. Resulta tentador preguntarse si las exigencias del sistema de plea bargaining han sido, de alguna manera, responsable.

Por supuesto, el plea bargaining no es responsable por todas las reducciones de cargos y los cambios de calificación de figura penal en las cuales la fiscalía estadounidense se embarca. Si un fiscal considera que la ley prescribe una pena mínima muy severa, podría reducirla sin extraer una concesión equivalente al acusado.

36 Por supuesto, no todo juicio resuelve la cuestión de culpa e inocencia con satisfacción del público. Los casos de Sacco y Vanzetti, y de Rosenberg, continúan siendo discutidos en el foro de la opinión pública. No obstante, el plea bargaining deja al público con lo que creo es un sentido más pronunciado de inconformidad acerca de la justicia de los resultados, al excluir el tratamiento público de la prueba que caracteriza al juicio público. Justamente, esta preocupación parece haber motivado al gobierno en el plea bargaining del caso de cohecho del Vicepresidente Agnew, para dar pasos extraordinarios para asegurar la exposición pública del caso de la acusación. Ver *New York Times*, 11 de octubre de 1973, § 1, ps. 35 a 38.

La hostilidad del público hacia el plea bargaining sugiere por qué alguno de mis colegas de la corriente teórica "Law and Economics" están equivocados en su asimilación complaciente del plea bargaining al modelo de los acuerdos negociados de los casos civiles. No importa cuán grande sea la similitud, hay una profunda diferencia de propósitos entre una sanción penal y una civil. Henry Hart estaba, con toda seguridad, en lo correcto: "el núcleo de la diferencia entre un paciente mental confinado y un convicto en prisión es 'que el paciente no ha incurrido en la condena moral de su comunidad, mientras que el convicto, sí'". Hart, *The Aims of the Criminal Law*, 23 Law & Contemp. Prob. 401, 406 (1958). La fuerza moral de la sanción penal depende en parte de su eficacia en que la sanción haya sido impuesta después de un análisis racional de los hechos, culminando en la atribución de culpa. Afirmar la equivalencia entre ambos tipos de procesos significa pasar por alto la distinción característica de la ley penal.

Es por la misma razón que las diferencias de penas a imponer luego de un juicio o luego de la admisión de culpabilidad resultan repugnantes a cualquier teoría defendible de la determinación de la pena. Tales diferencias existen sin una base moral. En este tema ver, por ejemplo, Zeisel, *Die Rolle der Geschworenen in den USA*, citado, y Alschuler, *Plea Bargaining and its History*, citado, ps. 1082 a 1087.

37 Schmidt, J. E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 1964, 2ª ed. t. 1, p. 197.

38 No resultaba necesario aceptar el punto de vista de Jimmy Hoffa de que Robert Kennedy estaba conduciendo vendetta persona y política en su contra para comprender el peligro que encierra el hecho de que eso podría haber sucedido. El poder de someter a procedimiento penal tal como lo conocemos contiene, en sí mismo, el

poder de perseguir y acosar. Hoffa sostuvo "que los investigadores especiales del Departamento de Justicia y cientos de agentes del FBI fueron utilizados para satisfacer 'un odio personal' de Robert Kennedy". En "Business Week", 13 de febrero de 1965, p. 48.

39 Gross, Plea Bargaining: The Alaska Experience, en "Law & Society Review", vol. 13, 1979, en prensa.

40 Stephen, J. F., A History of the Criminal Law of England, 1883, t. 1, p. 442. La fuerte frase transcrita por Stephen ha sido citada respecto de este tema en otros textos: McNabb v. United States, 318 US 332, 344, nota 8 (1943); Langbein, Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime, cit., p. 147, nota 14; Alschuler, The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, cit., p. 1103, nota 137.

41 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 1768, t. 3, p. 330.

42 Cf. T. F. T. Plucknett, Edward I and Criminal Law, 1960, ps. 74 y siguiente.

43 Langbein, Understanding the Short History of Plea Bargaining, citado.

44 380 US 609 (1965).

45 En Santobello v. New York, 404 US 257 (1971). El presidente de la Corte Suprema Burger explicó que el plea bargaining "debe ser promocionado" porque "si cada acusación penal fuera sujeta a un enjuiciamiento íntegro, los Estados y el Gobierno Federal necesitarían multiplicar muchas veces el número de jueces y de tribunales" (Santobello v. New York, p. 260).

46 Ver Langbein, J., Comparative Criminal Procedure: Germany, 1977.

47 Sobre discusiones recientes referidas al tema, ver Langbein y Weinreb, Continental Criminal Procedure: "Myth" and Reality, en "Yale Law Journal", 1978, vol. 87, ps. 1561 a 1565. Sobre la afirmación de que el procedimiento no adversarial del derecho continental europeo brinda más protección al imputado que la del procedimiento estadounidense del plea bargaining, ver Damaska, Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study, en "University of Pennsylvania Law Review", 1973, vol. 121, p. 552.

48 Casper y Zeisel, Lay Judges in the German Criminal Courts, cit., ps. 146 y s., y ps. 150 y siguiente.

49 Ver Langbein, Comparative Criminal Procedure: Germany, cit., ps. 66 y s., y ps. 73 y siguiente.

50 Ver Langbein, Comparative Criminal Procedure: Germany, cit., p. 77; Casper y Zeisel, Lay Judges in the German Criminal Courts, cit., p. 150.

51 Ver Langbein, Controlling Prosecutorial Discretion in Germany, cit., p. 457, nota nº 44:

"La práctica del plea bargaining es absolutamente incomprensible para los alemanes, cuyo procedimiento ordinario funciona sin ese tipo de mecanismos de evasión. En la prensa alemana, el procedimiento referido a la renuncia del vicepresidente Agnew fue percibido con un asombro semejante al que normalmente inspiran los informes acerca de tribus primitivas. 'La renuncia tuvo lugar como parte de un "negocio de ganado" que sólo puede ser imaginado en los Estados Unidos'" (en el periódico "Badische Zeitung", 12/10/73, p. 3).