

La verificación del hecho y las funciones a cargo del abogado defensor en el proceso penal

Extracto del libro *La misura del tempo*, Einaudi, 2019

GIANRICO CAROFIGLIO

–El título de nuestra conversación puede llevarles a pensar en un razonamiento sobre las investigaciones de la defensa. Ahora mismo aclaro que no diré nada sobre las investigaciones de la defensa. Mis primeras palabras podrán parecerles, al principio, como fuera del tema. Os ruego que me garanticéis una *epojé* del juicio hasta el final de esta hora o poco más que pasaremos juntos, cuando podréis valorar el conjunto de lo hablado aquí.

El derecho, el proceso, en particular el proceso penal, son saberes procesuales, herramientas para regular los conflictos, confrontándose con la complejidad del mundo real. En el complejo mundo real con el que debemos confrontarnos, los puntos de vista son múltiples y las razones están casi siempre repartidas, aunque en desigual medida, entre los diversos protagonistas de una relación o de una controversia.

Un gran matemático Stefan Banach, decía que los buenos matemáticos pueden captar las analogías. Lo mismo vale para los juristas. También el buen jurista puede captar las analogías y, para realizarlo naturalmente, es fundamental que posea, en primer lugar, el saber técnico.

Pero eso no es suficiente. Para darse cuenta de las analogías, el jurista no puede darse por satisfecho con las reglas internas de la disciplina de la que se ocupa. Es necesario que aprenda a observarlas desde fuera, estas reglas, de modo que capte con distancia la naturaleza y los límites.

Un jurista *debe*, subrayo *debe*, dedicar una conspicua parte de su tiempo a cosas que, en apariencia, nada tienen que ver con el derecho: debe leer buenas novelas, visionar buen cine y buena televisión también. Es decir, nutrirse de buenas historias.

¿Por qué *debe*?, se podría de manera legítima preguntar. Porque el arte de la narración nos recuerda cómo no existe una sola respuesta frente a los dilemas humanos. Estos dilemas son inevitablemente ambiguos. Los personajes de las buenas novelas, de las buenas películas, representan los diferentes puntos de vista sobre la realidad. Pensad en una obra maestra como *Rashmon*, donde una historia que parecería muy simple a través de la narración de los cuatro protagonistas se convierte en una multiplicidad de historias que incluso serían incompatibles entre sí. O pensad en aquel pasaje de *Los hermanos Karamazov* en el cual Iván le pregunta al hermano Alessa si, para garantizar la felicidad al conjunto del género humano, estaría dispuesto a torturar a una niña.

Hice una pausa, para tratar de leer en sus rostros el efecto, si es que existía alguno, de todo lo que estaba diciendo. Parecían atentos, aunque con expresiones diversas. Escépticos algunos –a menudo los jóvenes jueces sienten muy poca simpatía hacia los abogados–, curiosos otros. Una chica, más que los demás, llamó durante unos instantes mi atención. No era guapa, pero tenía unos ojos grises, intensos, con un toque de severidad.

–Ahora os quiero proponer un dilema en forma de hipotética narración. Imaginad un vagón de tren lanzado sin control alguno, en una vía de tren en la cual se encuentran atadas cinco personas. Si el vagón les alcanzan los matará. Imaginad que os encontráis en el lugar y podéis accionar una palanca que desviará el vagón hacia otra vía donde se encuentra atada una sola persona. ¿Qué haríais?

No se esperaban una pregunta. Después de algunas vacilaciones, dos o tres respondieron que habrían accionado la palanca.

–Os encontráis en una numerosa compañía. La mayor parte de a quienes se les ha propuesto la cuestión responde de esta forma. Es mejor una sola muerte que la de cinco. ¿Correcto?

Alguno asintió, otros estaban perplejos, como sospechando encontrarse delante de una trampa. Aunque decididamente, ahora tenía su atención.

–Ahora imaginad otra situación. Os encontráis en un puente, bajo el cual pasa la vía con el vagón enloquecido. Todavía se encuentran en la vía las cinco personas atadas. En el puente está con vosotros también un hombre muy gordo. Si lo arrojáis a la vía, su cuerpo parará al vagón. Luego, como en el primer ejemplo, uno morirá y los otros cinco se salvarán. ¿Qué haríais esta vez? ¿Empujáis a la muerte al hombre gordo?

Durante unos momentos se hizo un silencio. Después fue la chica de los ojos grises la que habló. Tenía una voz baja, un poco nasal, con una ligera, pero agradable, inflexión dialectal. Sin duda era de Bari.

–En concepto parece lo mismo. Pero instintivamente tengo ganas de decir no. Hay algo que no cuadra en este segundo ejemplo.

–Tiene razón, en concepto es lo mismo: desde una perspectiva utilitarista el mal menor es que uno solo muera para salvar a cinco.

–A su parecer, ¿cuál es el motivo por el que no cuadra en este caso?

–Alguien debería empujar físicamente al hombre gordo...

–Cierto, y esto es desagradable. Pero desde un punto de vista del álgebra ética no cambia nada. Piense en otra posibilidad: introduzcamos una variante que elimina este factor de molestia psicológica, es decir, la idea de entrar en contacto físico con la persona que deberá morir. Imagine que existe una trampilla y que usted pueda accionarla con una palanca, arrojando al hombre a la vía sin tener que tocarlo. ¿Qué haría? ¿Accionaría la trampilla?

La joven sacudió lentamente la cabeza.

–No, creo que no.

–¿Por qué?

Respiró profundamente. Entrecerró los ojos, como una persona miope que quisiera enfocar un objeto a lo lejos.

–Quizás los dos casos no son semejantes como pareciera. Es un problema de elemento subjetivo, de malicia. En el primer caso no deseamos la muerte de la persona que está atada en la vía desviada. En el segundo queremos realmente matar al hombre gordo, aunque sea por una buena causa. Creo que en ambas hipótesis existiría el estado de necesidad. Pero el segundo produce, como le diría, un malestar moral.

–Sí, muy bien. Podríamos añadir que en el primer caso la muerte del individuo no es ni tan siquiera necesaria para salvar a los otros cinco. Probablemente morirá, es verdad, pero en teoría podría conseguir desatarse y escapar, con lo cual los seis se salvarían. En el segundo caso, la muerte del hombre gordo es necesaria para nuestro objetivo.

Si después de haber caído, después de que *nosotros* lo hayamos hecho caer, consiguiese rodar, los cinco a quienes queríamos salvar, morirían.

Por lo tanto, para salvar a los otros debemos *querer* matar a un inocente. Este es el motivo por el cual la mayoría de la gente a quienes es propuesta la cuestión, aún sin saber explicar el porqué, como usted en cambio ha hecho, dice sentir instintivamente que esta última sería una acción equivocada.

La joven apretó los labios y su rostro expresó la actitud, mímicamente, de la satisfacción de un logro, o de una felicitación, que no quiere mostrarse públicamente.

Aparté la mirada y eché un vistazo a los rostros de aquellos jóvenes; pensé que para la mayoría de ellos ser juez era el punto final de un recorrido –y de un sueño– iniciado el primer día de la universidad y finalizado con las pruebas de la oposición. Me recordaban a mi viejo amigo y compañero de curso Andrea Colianni. Había estudiado derecho con pasión y determinación. Su objetivo era convertirse en magistrado y cambiar el mundo. Digamos que había conseguido la mitad: se había convertido en un brillante magistrado, pero había descubierto que cambiar el mundo es, en la mejor de las hipótesis, un resultado preterintencional de nuestras acciones.

Yo no había tenido esa pasión. No había tenido un sueño como punto final de mis estudios. Me había convertido en abogado por azar o al menos así me lo había repetido siempre. Después algunos dicen que el azar no existe y que utilizamos el vocablo para indicar otra cosa que no sabemos identificar o no queremos comprender.

De todos modos, no había tenido nunca el privilegio de imaginar que mi futuro estuviese en esta profesión, en la cual, es más, había pensado siempre como algo provisional. Antes o después habría encontrado algo en lo que reconocirme de verdad.

Alguien, alguna vez, me dijo que las cosas más bellas para recordar son los sueños que tenías de niño, sobre todo si, al menos en parte, los has conseguido. Resuenan con la nota conmovedora del pasado y poseen la exaltación indistinta del futuro.

El problema es que yo no me había permitido cultivar los sueños que habría querido: estudiar aquellas cosas que me apasionaban, escribir, producir ideas. Por miedo, había decidido que se trataba de ilusiones peligrosas. Así me había prohibido cultivarlas. El mundo de los adultos no admite los entusiasmos, había sido mi confuso e infantil pensamiento mirando hacia la vida.

Retomé mi exposición.

–Los conflictos jurídicos a menudo reflexionan sobre dilemas morales, y contraposiciones entre diversos modos de ver los valores y su jerarquía. Y no debemos olvidar que los puntos de vista sobre el mundo cambian muy rápidamente. Hace dos siglos, incluso menos, la mayor parte de los habitantes de Occidente (personas normales, incluso buena gente y honesta) creía justa y moral la desigualdad entre blancos y negros, y entre hombres y mujeres. Creía justo que tuvieran derechos distintos. Creía que la homosexualidad era una enfermedad o un crimen. Obviamente el elenco podría ser mucho más largo, mencionando también los derechos de los niños, la percepción sobre ellos como seres humanos y, por tanto, sujetos de derecho.

¿Os habéis preguntado alguna vez, cuáles de nuestras actuales convicciones morales será rechazada o parecerá incluso grotesca a las futuras generaciones?

¿Proceden los derechos de la naturaleza? Si es así, ¿en qué modo podemos saber que existe un cierto derecho y cuáles son sus connotaciones? Thomas Hobbes definía las leyes naturales como aquellas que han existido siempre desde toda la eternidad. Desafortunadamente no existen leyes de esa tipología.

La naturaleza es moralmente neutra. Integra cosas maravillosas con cosas espantosas. No diferencia entre el bien y el mal. En la naturaleza no existen ni premios, ni castigos, solo consecuencias.

Pensad, por ejemplo, en el tema de la familia, categoría que, a menudo, viene invocada (a menudo de mala fe) por algunos torpes defensores de la existencia de los derechos naturales. Pensad en cómo la familia estaba sometida en el orden legal antes de la reforma del 1975. Se trataba de una familia que se fundaba en la subordinación de la mujer al marido en las relaciones personales, en las relaciones patrimoniales, en las relaciones con los hijos. De una familia fundada en la discriminación de los hijos nacidos fuera del matrimonio con respeto a los llamados hijos legítimos.

Dialogando en los años cincuenta en torno a la idea de familia natural, muy probablemente habríais encontrado gente dispuesta a apoyar con fuerza que ese tipo de familia era la basada en la antes mencionada subordinación y las anteriormente mencionadas discriminaciones. Gente no diferente de la que hoy pretende negar los derechos a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

Todas las leyes, afirma Jeremy Bentham, son invenciones humanas imperfectas y siempre cambiantes. Incluso la así llamada ley natural, en todas sus variantes, es una invención humana, travestida de descubrimiento o de revelación para darle mayor autoridad.

Dejando de lado esta perspectiva histórica, mirando el presente, tomamos nota de la existencia de diferentes sistemas morales que se contraponen. La pluralidad de los puntos de vista, sobre los hechos y los valores, actúa como un antídoto contra el peligro de las verdades absolutas de los poseídos de los que hablaba Norberto Bobbio en un escrito suyo muy conocido *Destra e sinistra*.

La función del abogado en el proceso penal se vincula a este tema: la necesaria conciencia de la pluralidad de puntos de vista sobre los valores, sobre las normas, sobre los hechos. Ésta consiste, reconducida a su naturaleza teórica, en poner metódicamente en duda las verdades absolutas o preestablecidas, para impulsar decisiones correctas y tanto como sea posible compartibles. Desde esta perspectiva recordamos algunos principios fundamentales de la buena deliberación, inspirándonos en Aristóteles.

No hay que decidir con prisas cuando se toman decisiones que involucran intereses relevantes; es preciso pensar lentamente. Es preciso verificar las informaciones, es decir, no dar nada por descontado. Dar por descontado cosas que no lo son produce razonamientos falaces, es decir, incorrectos, por la falsedad de las premisas.

Cuando no se tienen las herramientas suficientes para valorar una situación específica, es preciso consultar con expertos desinteresados.

Es preciso observar la situación examinando los puntos de vista de todas las partes involucradas. Si le damos la razón a alguien, a cualquier otro deberemos decirle que está equivocado. Ocurre entonces ser consciente del hecho que incluso la mejor deliberación será percibida, desde la buena fe, por alguien, como injusta.

Es preciso considerar los posibles resultados de una decisión sopesando de forma cuidadosa los pros y los contras. Esto sirve sobre todo para las medidas cautelares que consisten de manera sustancial en un juicio preliminar. El artículo 274, letra C, del código del procedimiento penal atribuye el poder de limitar la libertad personal en base a una previsión, en un juicio de tipo verificativo. Un sospechoso es arrestado por delitos graves cuando se prevé que, si es dejado en libertad, cometerá ulteriores graves delitos. Es inútil decir que se trata de una norma necesaria que sirve para evitar que sujetos peligrosos permanezcan en libertad durante el desarrollo del proceso.

Pero en este caso, como en otros muchos, debemos recordar que el hombre no es un animal muy capaz de realizar previsiones.

En los años '10 del siglo pasado, un hombre llamado Charlie Chaplin afirmó que al público no le interesaba ver figuras en movimiento en una pantalla, sino a seres humanos de carne y hueso sobre un escenario. En 1932 Albert Einstein declaró que no existiría nunca la posibilidad de producir energía atómica. En 1943 el presidente de IBM, Thomas Watson, sostuvo que en un futuro existirían como máximo cinco personas en el mundo interesadas en comprar un ordenador. En 1995 Robert Metcalfe, inventor de Ethernet, sentenció que Internet se convertiría muy pronto en una supernova que estallaría en 1996. En 2007 Steven Ballmer, exadministrador delegado de Microsoft, dijo que no existía posibilidad alguna de que Iphone conquistase una significativa cuota de mercado.

Podría seguir y seguir. Un profesor de Berkeley, Philip Tetlock, lo ha hecho analizando decenas de millares de pronósticos formulados por centenares de expertos, durante el arco de diez años, llegando a afirmar que la precisión de esos pronósticos sería la misma si quien la generó fuese un ordenador de manera casual.

Hay situaciones en las que hacer predicciones resulta inevitable. La conciencia de qué material resbaladizo están hechas debe inducirnos a tomar precauciones (sea cual sea nuestra profesión, porque en cada trabajo tomamos decisiones y apostamos, a menudo inconscientemente, sobre su éxito), para contrastar así al enemigo número uno de las buenas deliberaciones: las falacias, errores en la formulación de un razonamiento, que convierten las argumentaciones en no válidas y no correctas.

Explicué que las falacias impiden en una discusión –sea pública o privada– progresar lógicamente y que, de hecho, convierten en inútiles e inválidos los intercambios de opinión o incorrectas, las decisiones. Hablé largamente sobre el tema, hasta que me di cuenta que debía cortar para mantenerme en el tiempo.

–Son numerosas las falacias y aquí no tenemos tiempo para detenernos sobre su tipificación, de la que se ocupan los científicos cognitivos y los estudiosos de la teoría de la argumentación. Quien desee profundizar –tomo permiso para aconsejarles– encontrará en el mercado textos óptimos incluso divulgativos.

En esta sede deseo inspirarme de la constatación que a menudo nuestros discursos se ven afectados por errores procedimentales del razonamientos sobre los hechos. Son procedimientos incorrectos en sentido estrictos aquellos caracterizados por violaciones de las normas sobre los términos, sobre las decadencias, sobre las motivaciones. Pero son también procedimientos incorrectos (por violación de las reglas de los discursos

válidos) aquellos que nos conducen a argumentaciones falaces, sea o no consciente el autor.

La función del abogado es garantizar que nadie sea condenado en base a procedimientos incorrectos, y la síntesis de esta función está en lo que podríamos definir –el acto de preguntar dudando–. Hacer preguntas a los otros, pero sobre todo a uno mismo, dudando de las verdades y de las reglas aparentemente consolidadas. En cada ámbito –reglas y hechos– como un ejercicio de nuestros músculos intelectuales y éticos. No dando nada por descontado.

El asesinato de Bin Laden ¿ha sido un homicidio doloso o un acto de justicia sustancial, una forma de legítima defensa anticipada en relación con la posibilidad de que el sujeto organizase otras acciones criminales? El mismo discurso es válido para el asesinato de terroristas palestinos por parte de los servicios secretos israelíes. Y ¿es lícito torturar a un terrorista para hacerle desvelar donde se encuentra un rehén en peligro de muerte o donde ha sido colocado un dispositivo mortal que está por explotar entre gente inocente?

No tengo respuestas unívocas y desconfío de los que sostienen que las tienen. Muchas preguntas que se presentan a quien realiza nuestro trabajo –abogado, fiscal o juez– no tienen una respuesta unívoca.

Voy ya, como se dice, a la conclusión. Nuestro desafío es encontrar las soluciones para los casos que de vez en vez, se nos presentan. Pero es necesario ser conscientes del hecho que la capacidad de encontrar las respuestas y las soluciones a los conflictos se basa en la capacidad de convivir con la incertidumbre y con la opacidad de lo real.

El poeta inglés John Keats la llamaba la capacidad negativa. Para él era la habilidad fundamental del hombre que puede conseguir resultados auténticos, que puede resolver verdaderamente los problemas. Keats denominó –negativa– esta capacidad contraponiéndola con la actitud de quien afronta los problemas buscando respuestas inmediatas, en un intento de plegar la realidad a nuestra propia necesidad de certezas.

Buscar inmediatamente una interpretación unívoca de la cual derivar una solución inmediata y tranquilizadora es, en la mayor parte de los casos, un comportamiento automático y, en definitiva, una excusa para escapar del deber de pensar.

Al contrario, para Keats, aceptando la incertidumbre, el error y la duda, es posible observar más profundamente, captar los matices y los detalles, proponer nuevas preguntas, incluso paradójicas y, por tanto, alargar los límites del conocimiento y de la conciencia.

Mi abuelo era profesor de filosofía. Cuando era pequeño me decía a menudo una frase (no sé si era suya o si se trataba de una cita y no he querido nunca saberlo) que he comprendido de verdad sólo cuando él ya no estaba desde hacía mucho tiempo. Era más o menos así: en cada actividad, en cada trabajo, es saludable de vez en cuando poner un interrogante a la afirmación que siempre habíamos dado por sentado.

Hice una breve pausa. Nadie parecía distraído, nadie miraba el móvil, tuve un breve escalofrío. Quizás el recuerdo del abuelo, que no estaba en mis notas y que había salido sin que me diera cuenta, como un eco lejano y brillante.

–Gracias por haberme escuchado y buena fortuna.

Traducción: CARMEN GALLEGO CRUZ