

# ESTUDIOS JURÍDICOS

## EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

**Sumario:** *Introducción... 1. Las soluciones alternas y formas de terminación anticipada del proceso penal. II. Audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño.*

*Martín Miranda Brito\**

### INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema penal, recién instaurado constitucionalmente, mediante las reformas de junio de 2008, para ser adoptado en forma paulatina en los diferentes Estados de nuestro país hasta llegar a la hoy Ciudad de México el pasado mes de junio de 2016, se han introducido figuras jurídicas de suma importancia que los juzgadores deben respetar, ejercer e implementar durante el desarrollo de su intervención en todo tipo de procesos.

El caso de la intervención de los órganos jurisdiccionales durante el nuevo proceso penal acusatorio es de suma trascendencia si tomamos en cuenta que la reforma le da una participación pro activa al juez, ya que tradicionalmente la función del juzgador en materia penal

\* Licenciado en derecho egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Educación por la "Universidad Abierta de San Luis Potosí".

se encontraba limitada sólo al dictado de medidas de seguridad, resoluciones y de sentencias, puesto que durante el desarrollo de las distintas etapas procesales de un juicio, quien tenía la dirección de las mismas era el Secretario de Acuerdos, al asistir a las audiencias de desahogo de pruebas y dictado de los acuerdos de las promociones de las partes, en los casos de relevancia o a petición de las partes dentro de un proceso penal, podía estar el juez presente en las diligencias.

Así pues, con el nuevo sistema penal acusatorio, se vienen a introducir diversas obligaciones y funciones a cargo del Juez de Control que es quien tiene la dirección y manejo de cualquier audiencia, de forma directa y activa para tomar las decisiones que el caso amerite siempre en presencia de las partes, como son el Ministerio Público, el imputado, su defensor y la víctima u ofendido con su asesor jurídico.

El artículo 20 constitucional contiene las bases y principios del nuevo sistema penal acusatorio, aunque deben considerarse los casos del artículo 17 que establece la posibilidad de mecanismos alternativos de solución de controversias en el proceso penal, los principios del proceso o principios procesales, los criterios, ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción del nuevo proceso penal, para definir de manera clara su esencia, con las consecuentes obligaciones del órgano jurisdiccional, para que se lleven a cabo sin perjuicio de las partes que intervienen en cualquier proceso penal.

El mismo artículo 20 contiene y describe los principios rectores del nuevo sistema penal acusatorio o adversarial.

- a) Publicidad
- b) Contradicción
- c) Concentración
- d) Continuidad
- e) Inmediación

El principio de *publicidad* del proceso penal permite que las actuaciones procesales deban ser desarrolladas de manera pública y oral, pudiendo ser presenciadas por terceros, no bastando con que a los actos procesales puedan acudir las partes, sus asesores y sus defensores, salvo aquellos casos en los que se pudiera afectar el honor o se protejan derechos de menores, en los que el juez debe dictar las medidas pertinentes de privacidad y cuidado de datos sensibles.

El principio de *contradicción* determina que las partes pueden debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio y su formulación tradicional es que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

El principio de *concentración* implica que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal, lo que no implica que se deba celebrar solo una audiencia, puesto que sería humanamente imposible, pero el órgano jurisdiccional tiene la facultad y el deber de organizar el desahogo de pruebas de manera fraccionada sin interrupción de alguna de ellas, para evitar la fractura o rompimiento de la secuencia ejecutiva de cada una según su naturaleza; ejemplo: la declaración testimonial no puede quedar incompleto un interrogatorio del oferente o conainterrogatorio de la parte colitigante, para evitar la dispersión de actos procesales.

El principio de *continuidad* estipula que sólo en casos excepcionales —y previamente determinados por la ley— el acto procesal, la audiencia, se suspende o interrumpe y de forma ordinaria se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial.

El principio de *inmediación* instituye que el o los jueces que van a resolver sobre alguna cuestión deben tomar conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escuchar directamen-

te los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella.

## I. LAS SOLUCIONES ALTERNAS Y FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL

El nuevo sistema penal acusatorio instaura nuevas figuras jurídicas, como dijimos anteriormente, entre ellas es de destacar las referentes a dar una solución alterna, es decir, que las partes pueden de común acuerdo llevar la posible sanción que se pueda imponer al imputado con una sentencia, previo juicio oral, evitando someterse a esa etapa, *a un acuerdo reparatorio* o a una *suspensión condicional de proceso*, cuando se reúnan determinados requisitos establecidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, obligándose el imputado a la reparación del daño.

Por otra parte, se incluye la terminación anticipada del proceso, con el procedimiento abreviado, en el que el imputado reconoce su participación en los hechos considerados como posible delito y acepta la imposición de pena solicitada por el agente del Ministerio Público, caso en el que el juez condenará con una imposición de pena reducida, en términos del mismo ordenamiento procesal nacional.

Las denominadas salidas alternas o medios alternos constituyen el núcleo del nuevo sistema. Son de la mayor importancia para la viabilidad del sistema dado que se espera que la gran mayoría de los casos no lleguen a juicio y el juez tiene la obligación y facultades de intervenir y resolver conforme a derecho para que las partes propongan esas medidas alternas para dar celeridad a los procesos y obtener resoluciones de forma pronta y anticipada, cuando así proceda sin necesidad de prolongar en el tiempo aquellos procesos que en realidad no son graves ni tienen trascendencia jurídica que pueda lesionar a la sociedad.

Dentro del nuevo sistema penal acusatorio, se han determinado y delimitado diversas etapas procesales, dentro de las cuales forzosamente debe estar presente el Juez de Control de constitucionalidad como es el caso de las que señala el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Según el artículo 211, las etapas del procedimiento penal son:

1. LA DE INVESTIGACIÓN, con las siguientes fases:

- a) Investigación inicial, comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de Control para formularle imputación, e
- b) Investigación complementaria, va desde la formulación de la imputación y se agota cuando se cierre la investigación.

2. LA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO, comprende de la formulación de acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

3. LA DE JUICIO, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de Enjuiciamiento.

Es pertinente reconocer las distintas etapas procesales en las que interviene el juez, que van desde la primera petición que formula el Ministerio Público como órgano investigador en la etapa inicial de investigación:

El EJERCICIO DE LA ACCIÓN INICIA con:

- La solicitud de citatorio a audiencia inicial;
- Puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial; o
- Cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia

El proceso inicia con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme, pero desde la primera etapa de investigación, el juez participa de forma activa y directa, siempre obligado a respetar los principios constitucionales y de derechos humanos en favor del imputado y de la víctima del delito.

## 1.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación es que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño (Artículo 213).

- a) Investigación inicial.
- b) Investigación complementaria.

### 1.1.1 ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PREVIA DEL JUEZ DE CONTROL

Todos aquellos que impliquen afectación a derechos establecidos en la constitución. Así como:

- I. La exhumación de cadáveres;
- II. Las órdenes de cateo;
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;
- V. El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada, y
- VI. Las demás que señalen las leyes aplicables.

Dentro de los actos de investigación relevantes que requieren autorización, presencia y actuación judicial, encontramos:

- Orden de cateo.
- Intervención de las comunicaciones privadas (artículo 291).
- Citatorio, órdenes de comparecencia y aprehensión.
- Citatorio al imputado para la audiencia inicial.
- Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna.
  - Orden de aprehensión.
  - Audiencia inicial.
  - Formulación de la imputación.
  - Oportunidad para declarar al imputado.
  - Resolver sobre las solicitudes de vinculación a proceso.
  - Auto de vinculación a proceso.
  - Auto de no vinculación a proceso. (artículo 319)
  - Resolver sobre las medidas cautelares.
  - Determinar el plazo para el cierre de la investigación.
  - Sobreseimiento (artículo 327):

## 2. ETAPA INTERMEDIA

La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Se compone de 2 fases:

I. La escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia.

II. La oral dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio. (Artículo 334).

Acusación.

Contestación a la acusación.

Citación a audiencia.

Audiencia.

(Artículo 344)

1. Resumen de acusación del Ministerio Público.
2. Exposición de la víctima u ofendido
3. Resumen de pretensiones de la defensa—o total vía oral—.
4. Incidencias —sobre vicios formales—.
5. Excepciones que procedan.
6. Acuerdos probatorios (artículo 345)

### 3. ETAPA DE JUICIO

Según el artículo 348, el juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso.

Se cita oportunamente a todas las partes para asistir al debate. El acusado deberá ser citado, por lo menos con 7 días de anticipación al comienzo de la audiencia.

- a) Apertura de la audiencia de juicio.
- b) Alegatos de apertura (Artículo 394).
- c) Recepción de las pruebas.
- d) Alegatos de clausura y cierre del debate.

#### 3.1 DELIBERACIÓN, FALLO Y SENTENCIA

- a) Deliberación (Artículo 400)

Concluido el debate, el tribunal ordenará un receso de no más de 24 horas para deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente. Sólo por enfermedad grave del juez o miembro del tribunal, se puede suspender, pero no por más de diez días hábiles;

si sobrepasan deberá reemplazar al juez o integrantes del tribunal y realizar el juicio nuevamente.

b) Emisión de fallo (Artículo 401)

Concluida la deliberación, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, para comunicar el fallo respectivo.

CONTENIDO DEL FALLO:

I. La decisión de absolución o de condena;

II. Si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del tribunal, y

III. La relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.

En caso de condena, en la audiencia de comunicación del fallo se señala fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

De ser absolución, el tribunal de enjuiciamiento podrá aplazar la redacción de la sentencia hasta por un plazo de cinco días, la que será comunicada a las partes.

c) Lectura y explicación de sentencia

El Tribunal de enjuiciamiento dará lectura y explicará la sentencia en audiencia pública. Si no comparece persona alguna en la fecha y hora, se dispensará de la lectura y la explicación y se tendrá por notificadas a todas las partes.

Sentencia absolutoria.

Sentencia condenatoria.

## I. AUDIENCIA DE INDIVIDUALIZACIÓN DE SANCIONES Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Como podemos apreciar, el juez tiene un papel relevante dentro del proceso penal acusatorio, en virtud de la permanente y activa participación en cada una de las etapas del procedimiento, mediante el cual se conoce de los hechos que el Ministerio Público imputa a un presunto sujeto activo, para acusarlo y tratar de probar su culpabilidad.

En cada una de esas etapas, el juez debe respetar y ejercer los medios para que los sujetos procesales gocen de los principios de equidad, igualdad, respeto y presunción de inocencia, para el imputado, así como respeto a los derechos humanos de la víctima y del mismo imputado.

## ORALIDAD Y ESCRITURA EN EL PROCEDIMIENTO. CONSECUENCIAS DE LA ORALIDAD: CONCENTRACIÓN PROCESAL

*Giuseppe Chiovenda\**

**Sumario:** I. *Oralidad y escritura en general.* II. *Concepto, ventajas e importancia procesal de la oralidad.* III. *Objeciones contra la oralidad.*

I. *Oralidad y escritura en general.*<sup>1</sup> Entre los diversos problemas concernientes al procedimiento, este es el fundamental. El tipo y los caracteres de un proceso se determinan sobre todo por la prevalencia del elemento oral o del elemento escrito. Basta, para tener una prueba de ello, cotejar nuestro proceso penal que es oral con nuestro proceso civil que es escrito.

\* Giuseppe Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, México, facsimilar, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, 2004, pp. 127-142.

1 BAHR *Der deutsche Civilprozess in praktischer Bethatigung* 1885, (extracto del Jahrbücher de Jhering, XXIII); KOFFKA, *Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Civilprozess*, 1887; WACH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit* (Oralidad y escritura) en *La Litiere sue reg. proc. germ.*, 1896, página 1 y sigs.; *Die Civilprozessordnung und die Praxis*, 1886; *Die Mündlichkeit ün osterreichischen Civilprozess-entwurf* (La oralidad en el proyecto de proc. civ. austr.), 1895; SCHWARTZ, *Die künftige Civilprozessform*, 1902, págs. 44-58 TISSUER, *Le centenaire du Code de procédure et les profets de réforme* (*Revue trimestrielle du droit civil*, 1906, núm. 3), p. 51 y siguientes del extracto; PETERS, *Das englische bürgertiche Streitverfahren und die deutsche Zivilprocessreform*, 1908, p. 85 y sigs.; SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., § 73; WEISMANN, § 47; HELLWIG, *System*, I, § 166 y siguientes; SKELD, § 8; Pollak, § 85; GUTTMANN, *Der osterreichische Prozess und die deutsche Reform*, 1909; *Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung*. 1907; HAEGER, *Der französische Zivilsprocess und die deutsche Zivilprozessreform*, 1808; HENSCHEL, *Die Mündlichkeit des Strafprozesses* (*Blatter für Rechtsanwendung*, 1910, p. 87); MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Zivilrechtspflege* (*en Handbuch der Politik*, I, p. 333), véase también el fascículo de la *Rheinische Zeitschrift*, cip. ap. 22.

La experiencia derivada de la historia permite añadir aunque el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y a las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien garantizando, la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente.

La historia de las reformas procesales más notables realizadas en el siglo XIX, nos enseña la prevalencia progresiva del proceso oral sobre el escrito. Las primeras batallas por la oralidad tuvieron carácter preferentemente político y se han producido —bien se comprende— en el campo del derecho penal. En este campo la oralidad ha sido adoptada por la mayor parte de los Estados civilizados. Nuestro *debate* penal tiene por principio supremo la oralidad, y se desarrolla como lógica aplicación del mismo.

Y si este principio ha tardado en conquistar el campo del derecho civil, ha sido porque en este campo no se presenta como un principio político sino más bien como un simple principio técnico-jurídico. No tuvo, por tanto, hacia él la apasionada devoción de las masas, sino únicamente la fría y meditada adhesión de los estudiosos, de los prácticos, de los gobernantes, que consideraron por una parte la identidad sustancial del proceso civil y penal, y por otra la beneficiosa influencia que el principio de la oralidad por sí mismo puede tener en el desarrollo de los juicios.

Prescindiendo de mencionar los Estados menos<sup>2</sup> y los menos afines al nuestro por ley o por cultura, la primera ley procesal civil importante que la oralidad ha triunfado es el reglamento procesal civil para el imperio germánico, de 1877 (nuevos textos 1898, 1910). Quince años después de la vigencia de este reglamento, también Austria preconizaba el proceso escrito regulado por el reglamento antiguo (que dominó cerca de cincuenta años en el Lombardo-Veneto), y con el nuevo Reglamen-

2 Muchas, por ej., entre las leyes suizas. Particularmente el Cód. de proc. civ. del Cantón de Vaud.

to (1895) introducía la oralidad en los juicios civiles. La ley austriaca derivase de la germánica, pero ha aprovechado las enseñanzas de la experiencia de aquélla, y adoptó la oralidad aún más rigurosamente (§ Introducción).

Ahora últimamente, Hungría adoptó también el proceso civil oral, mediante el nuevo reglamento de enero 1911 (que regirá desde 1914) inspirado en el modelo germánico-austriaco.<sup>3</sup>

En cuanto a Francia, el *Code de procedure civile* admite la oralidad; considerase ésta como uno de los principios fundamentales de aquella ley; y la gran obra doctrinal germánica que llevó al triunfo de la oralidad primero en las leyes de los estados alemanes en particular, y finalmente en el reglamento del imperio alemán antes mencionado, tomó la iniciativa precisamente de los principios de la ley francesa. El dominio que ha tenido en Alemania esta ley, y que conservó en alguno de los Estados hasta la unificación de la legislación procesal, ha contribuido a preparar la reforma. Pero conviene reconocer que la oralidad del proceso civil francés no ha actuado con la plenitud que se observa en el proceso penal, y con que ha sido adoptado en los reglamentos del proceso civil alemán, austriaco, húngaro. El proceso francés tiene muchos de los defectos propios del proceso escrito; la moderna doctrina francesa reconoce que los inconvenientes ordinariamente notados en el funcionamiento del proceso se derivan de la incompleta aplicación del principio de la oralidad. Esta doctrina, bajo la dirección de su representante más autorizado, lucha ahora activamente en favor de la oralidad de los juicios civiles, indicando como modelo el reglamento austriaco.<sup>4</sup>

En Italia hasta hace pocos años el problema era —puede decirse— desconocido. En la preparación del Código sardo de 1854 discutíase si

3 V. entre los proyectos de leyes procesales de otros países, el finlandés (*Rivista pel proc. civ. tedesco*, vol. 31, pág. 435 y sigs.); el proyecto danés (*Rivista cit.*, vol. 37, pág. 347 y sigs.).

4 TISSIER, *Obra cit.*, pág. 43, que designa al reglamento austriaco como «la meilleure procédure civile du continent».

sería preferible el sistema oral o el escrito; y se resolvió adoptando un sistema *mixto*, sin pensar que hoy el proceso no puede ser puramente oral o escrito. Exclusivamente oral sólo puede ser un proceso primitivo: cuando los pleitos y los medios de prueba son sencillos, simples, y no se admiten las impugnaciones o apelaciones y los medios de reproducción de la palabra son difíciles. En los pleitos de una civilización más avanzada la escritura tiene siempre una parte. Todo proceso moderno es, por lo tanto, *mixto*; y será oral o escrito según la importancia que en él se dé a la oralidad y a la escritura, y sobre todo según el modo de verificar la oralidad.

El problema, abandonado y olvidado desde hace más de cincuenta años, ha resurgido en estos últimos tiempos por consecuencia de la activa propaganda hecha por nosotros en pro de la *oralidad* y de la *concentración procesal*.<sup>5</sup> Ha atraído la atención de los juristas y de los prácticos; y recientemente el Congreso jurídico forense de Roma de Octubre 1911, en sesión plenaria aprobó, por enorme mayoría, un voto para la pronta aplicación de aquellos dos principios fundamentales al proceso civil.<sup>6</sup>

5 Además de las precedentes ediciones de este libro, v. las conferencias dadas por nosotros en el Círculo jurídico de Nápoles (*Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, 11 de Marzo 1906, en la *Revista giurídica e-sociale* y en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, 1912, página 95 y sigs.); en el Círculo jurídico de Roma (*Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, 17 Abril 1909; en la *Rivista di diritto civile*, 1910; en la *Rheinische Zeitschrift*, 1910, y en los *Nuovi saggi* citados, pág. 111 y sigs.); y en la Sociedad de los juristas y economistas de Milán (*La riforma del processo civile*, 27 noviembre 1910; en el *Monitore del Tribunale*, 1911). Ya refiriéndose al primero de estos trabajos el *consigliere D'AMELIO*, *Rivista di dir. comm.*, 1908), reconocía en la concentración del proceso uno de los principales remedios a los defectos de nuestro proceso. Pero el terreno ganado por la reforma propuesta, púsose de manifiesto durante la discusión que tuvo lugar en el Congreso recordado en el texto, sobre nuestra memoria acerca de la *reforma del proc. civ.*, que por la autoridad que le ha otorgado la aprobación de aquella solemne asamblea, reproducimos en parte.

Recuérdese que al mismo tiempo que la doctrina prepara el camino a la reforma del proceso civil, nuestro proceso penal ha visto reforzado el principio y las sanciones de la oralidad en la reciente reforma (v. la relación *Finocchiario-Aprile* al Senado, 27 Mayo 1911, § XVIII, sobre el artículo 340 del proyecto de Cód. de proc. pen.).

6 V. otra autorizada adhesión en la Relación del Presidente CLAVARINO a la asamblea general de los procuradores de Roma, 1912. V. también FERRONES, *Il processo civile moderno*, 1912, pág. 282 y sigs.

También en defensa de la oralidad la conferencia de BIANCHI E., en el Círculo de estudios sociales de Florencia, 16 Mayo 1909 (*Rassegna nazionale* del 16 Junio 1909).

II. *Concepto, ventajas e importancia procesal de la oralidad.*—Es este un extremo de gran importancia puesto que si se atiende únicamente al elemento exterior de la oralidad y de la escritura, es fácil errar sobre la índole de un proceso. Por ejemplo, el hecho de que nuestro código admita la audiencia y la discusión oral, podría hacer creer que nuestro proceso es oral. Al contrario, el hecho de que el reglamento austriaco admite las escrituras, podría hacer creer que el proceso austriaco es escrito.

Además, la oralidad tiene una serie de consecuencias procesales que son tan importantes como la oralidad misma. Y al decir «principio de la oralidad» compréndese en una fórmula necesariamente breve y representativa toda *aquella serie de consecuencias*. Por eso el proceso oral es al mismo tiempo más y menos de lo que un profano podría creer oyendo la palabra «oralidad».

El principio de la oralidad no puede limitarse a una *discusión oral* en la audiencia, como la admitida por nuestra ley y que tiene lugar —ahora pocas veces— en nuestra práctica. En un sistema en que las partes están obligadas a exponer por escrito no sólo sus declaraciones y conclusiones, sino también los motivos de hecho y de derecho que basan la pretensión del concluyente (Código Procesal Civil Italiano, art. 146, Reglamento General Judicial, art. 221) la discusión oral se reduce de ordinario a una repetición inútil; si la instructoria comprende exámenes de testigos, interrogatorios, dictámenes periciales. La discusión oral que tenga lugar, meses y años después de que los testigos y las partes han sido oídos por un juez delegado, no tiene sentido: la discusión oral supone un *debate* oral. Además, el principio de la oralidad no exige de los escritos del proceso, como mediera (*sic*) hacer creer el nombre, puesto que la escritura, como medio perfeccionado, que es, de expresar el pensamiento y de conservar su expresión eternamente, no puede dejar de tener en el proceso el lugar que tiene en todas las relaciones de la vida. Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete

según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad efectiva que pueda dar a los juicios. Ahora bien en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de las declaraciones de alguien, sea parte, sea testigo, sea perito, es evidente que el contacto directo y personal de éstos con el juez, pone a éste en situación de apreciar mejor la declaración. Y si la verdad de los hechos debe resultar de un contradictorio, sea de partes, testigos o peritos, la confrontación pierde toda eficacia en el escrito que la reproduce.<sup>7</sup>

Pero aun en las cuestiones meramente jurídicas, y en aquellas en que el material de hecho resulta todo de documentos, la discusión oral entendida, no como declamación académica, sino como una concisa oposición de razones a razones, puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que la madurada en el interior del juez con solo la ayuda de los escritos. La mayor rapidez, la mayor facilidad de entenderse recíprocamente, la selección que la defensa hablada hace naturalmente en las razones y argumentos, haciendo sentir la eficacia de las buenas y la inutilidad de las malas, la sinceridad de la impresión del que escucha, explican la importancia que el debate oral tiene en las relaciones públicas y privadas de la vida moderna.

Pero todo esto no excluye la necesidad de la escritura. La escritura tiene una doble misión en el proceso oral:

a) La primera es *preparar* el tratamiento del pleito. El primer escrito preparatorio es el que contiene la demanda judicial, y ésta debe indicar los elementos de la demanda y los medios de prueba, de modo tan pre-

<sup>7</sup> Es tan cierto en el proceso civil como en el penal lo que MARIO PAGANO escribía hace más de un siglo, (*Considerazioni sul processo criminale*, XXI): «.....la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta, *né ciparla che per una parte sola, cioè per mezzo di quelle idee che coi segni nello spirito ci desta*. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir, y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras. La lengua muda en la elocuencia del cuerpo, valiéndome de la frase de Tulio como más interesante, es también más vertical que las palabras, y, puede ocultar menos la verdad. Todos los signos percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos.

ciso y determinado que pongan al demandado en situación de defenderse; en otro caso se declarará improcedente la demanda:

A su vez el demandado debe anunciar sus declaraciones de hecho, sus excepciones, los medios de prueba que quiere proponer, mediante un escrito preparatorio. Y podrá haber un escrito de réplica y de dúplica. Pero estos escritos preparatorios no tienen que ver con los escritos, documentos y diligencias del proceso escrito.

En el proceso escrito, la escritura es la *forma* de las deducciones; una demanda, una excepción, una proposición de prueba no es válida si no se hace por escrito, y aun en el proceso escrito que admite la audiencia, las deducciones hechas en la audiencia se hacen por escrito. Los escritos preparatorios del proceso oral, en cambio, excepto el escrito que contiene la demanda introductiva, no son la *forma* de la declaración; son únicamente el *anuncio* de las declaraciones que se harán en la audiencia. Las declaraciones jurídicamente importantes se harán sólo en la audiencia; en la audiencia si se quiere sostenerlas, deben confirmarse oralmente las declaraciones anunciadas, pero se pueden modificar, rectificar, abandonar estas declaraciones y hacer otras no anunciadas. Frecuentemente la declaración oral no será más que una alusión a las declaraciones escritas, una referencia a los escritos; pero una declaración no se considera hecha, si no ha sido hecha o referida oralmente en la audiencia. Y se entiende que estos escritos preparatorios son *anteriores* a la audiencia; es un verdadero contrasentido venir a la audiencia para comunicarse escritos; la escritura se emplea entre ausentes, pero entre presentes úsase la palabra.

b) El segundo oficio de la escritura en el proceso oral es la *documentación* de lo que tiene importancia para el pleito, en particular de lo que ocurre en la audiencia. A esto proveen ya los apuntes que los jueces toman en la audiencia en que se trata el pleito, ya más especialmente las actas, en éstas se reproducen las respuestas de las personas interrogadas como partes, testigos o peritos, las declaraciones no contenidas en

los escritos preparatorios, las resoluciones tomadas por el juez, que no sean las sentencia. Las actas sirven no solo de ayuda a la memoria del juez que debe decidir, sino de documento de las actividades procesales en las instancias posteriores.

Oralidad, pues, en este sentido, por así decirlo, *inmediato*, significa que el juez debe conocer de las actividades procesales (deducciones, interrogatorios, exámenes testificales, cotejos, pericia, etcétera), no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida; y también refrescada por los escritos, de estas actividades ocurridas ante él, por él vistas, como suele decirse.

Pero para que esto pueda tener lugar, requiérense algunas condiciones; y éstas confieren al proceso oral, la especial figura que es consecuencia lógica del principio de la oralidad, sin ser designada inmediatamente con este nombre.

1. Requiere en primer lugar que el juez del proceso oral *esté constituido desde el comienzo del pleito hasta la decisión por las mismas personas físicas*. Claro está que la oralidad no es posible si los actos procesales tienen lugar ante personas físicas diferentes, puesto que la impresión recibida por el juez que asiste a uno o más actos no puede infundirse en el otro que debe juzgar, y únicamente pudiera serle representada mediante la escritura, en cuyo caso el proceso si fue oral respecto al juez instructor, deviene escrito en cuanto al que sentencia. Por lo mismo, si el juez es colegiado, todas las actividades procesales, las declaraciones, las pruebas, deben desarrollarse ante el colegio y no ante el juez delegado. La obra aislada del presidente o juez delegado puede ser útil en las actividades meramente preparatorias, pero no en la preparación del material de conocimiento. Si un pleito no puede concluirse en una audiencia, el colegio en la nueva audiencia debe componerse de las mismas personas, ante las cuales aquél comenzó a tratarse. En cambio, todo esto es indiferente en el proceso escrito, donde juzgándose a base de los escritos, poco im-

porta que una actividad se haya realizado ante un juez y otra ante otro y que juzgue un tercer juez. Casi como si el proceso fuese un cuadro, una estatúa, un edificio que puede esbozarse por un artista y terminarse por otro, y no el desarrollo de una cadena de razonamientos, que requiere en cuanto sea posible la unidad de las personas que los realizan.

2. En segundo lugar se requiere que el proceso oral *sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias próximas*, puesto que cuanto más próximas a la decisión del juez, son las actividades procesales, tanto menor es el peligro de que la impresión adquirida por éste se borre y de que la memoria lo engañe; y tanto más fácil resulta mantener la identidad física del juez, que, en cambio, en un largo período puede fácilmente cambiar, por traslado, defunción, enfermedad, ascenso, retiro, etc. Este principio de la *concentración* es la consecuencia principal de la oralidad, y la que más influye en la brevedad de los pleitos. Decir *oralidad* es lo mismo que decir *concentración*. Y precisamente aquí es donde se manifiesta mejor la diferencia entre el proceso oral y el escrito; mientras el oral tiende necesariamente a concretarse en una o pocas audiencias próximas en las cuales todas las actividades procesales tienen desarrollo,<sup>8</sup> el escrito, en cambio, difúndese en una serie indefinida de fases y *términos*, importando poco que una actividad actúe a distancia, incluso grande, de la otra, cuando consta en los escritos sobre los cuales deberá juzgar el juez en un día lejano. En el proceso oral domina la *audiencia* o *debate*, a cuyo término (clausura) debe seguir inmediatamente la sentencia, pudiendo concederse solo en los casos más graves que sea deliberada y publicada en un brevísimo término. Existe, pues, una conexión entre la división del proceso en numerosos periodos (*términos*) y el predominio de la escritura en el proceso.<sup>9</sup>

8 Ej. de concentración en audiencia próximas, traído del proceso oral romano, véase en la *lis fulloum* (BRUNS, *Fontes*).

9 Pero esta relación no significa que el primer fenómeno se derive siempre del segundo, pudiendo a veces, ocurrir lo contrario. Si un proceso originariamente oral y concentrado en una audiencia deviene escrito, se dividirá poco a poco en una serie de períodos, porque la respuesta escrita a una demanda escrita no puede

Ni deben sustraerse a la regla de la concentración los llamados *incidentes*, ya se refieran a las cuestiones preliminares del pleito, ya a la admisión de medios instructorios. Los incidentes deben decidirse en la misma audiencia o en las audiencias próximas en que el proceso está concentrado; ya que no es lógico ni económico que una persona examine el pleito para conocer de la competencia y otra vuelva a examinarla desde el principio para conocer del fondo; que una resuelva sobre la admisión de un medio de prueba y otro conozca de los resultados de la prueba admitida. No solamente hay en esto el daño del desperdicio del tiempo y de la duplicidad inútil de muchas actividades, sino el peligro de juicios diferentes sobre extremos comunes al incidente y al fondo.

3. La oralidad y la concentración exigen que la decisión del incidente no sea impugnabile separadamente del fondo. La inapelabilidad de las interlocutorias es una regla que no debe abandonarse sino para algunas excepciones *litis ingressum impediendes*, cuando el juez crea conveniente suspender la continuación del pleito hasta que se decida sobre la apelación.

De todo esto dedúcese que el principio de la oralidad comprende una serie de principios consecuenciales:

1. La identidad física del juez del pleito.
2. La concentración del pleito.
3. La inapelabilidad de las interlocutorias.

darse inmediatamente, y si un proceso oral está ya dividido en partes (estadios) —como el procedimiento germánico medioeval, dominado por la idea de que cada extremo de la cuestión es casi un pleito autónomo, susceptible de una decisión a sé (*sic*), y que, por lo tanto, presenta pluralidad de audiencias— en este caso fácilmente ocurrirá que el proceso oral devenga escrito, porque si a una demanda propuesta en una audiencia se debe responder en una audiencia posterior, y si una parte del pleito se trata en una audiencia y otra en otra, esto hace oportuno que la parte que debe responder tenga delante la demanda por escrito; así para la réplica, para la réplica, etc.; ocurre entonces que poco a poco, la comparecencia de las partes en las audiencias redúcese a una simple lectura de conclusiones; mientras que las partes, en vez de comparecer se limitan a depositar sus escritos en juicios dentro de ciertos plazos; así los términos se sustituyen a las audiencias. Así ocurre precisamente en el proceso común italiano y más en los procesos que derivaron de él, como el proceso común alemán. Aún hoy, en el lenguaje procesal alemán, la palabra *Termin*, significa audiencia.

Y no puede ocultarse que la oralidad y la concentración procesal son principios estrechamente ligados a otro grave problema, el concerniente a los poderes del juez. En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hallase interesado en el proceso civil (§§ 3 y 4); no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en *que la justicia en todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible*. Es una verdad simple y clara que (por no hablar de Inglaterra y de las naciones alemanas, donde podría, tal vez, parecernos como un producto de raza), hoy vemos predicada hasta en Francia, esto es, en el país del cual hemos traído inmediatamente el espíritu individualista o privado del procedimiento.<sup>10</sup>

El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad de que careció en otros tiempos. Autoridad dirigida ya sea a impulsar cuidadosamente el pleito (señalando las audiencias de manera que no se den aplazamientos, rechazando demandas propuestas fuera de tiempo, realizando de oficio las pruebas admitidas, notificando de oficio las resoluciones), ya a formar en el juez una convicción y la más justa convicción (haciéndolo participar directamente en los pleitos, haciendo aclarar a las partes los puntos más oscuros, proponer nuevas pruebas, dar las indicaciones de hecho más importantes; llamando a las partes personalmente a la audiencia, disponiendo de oficio algunos medios instructorios, etc.).

Ahora bien, el ejercicio de estos poderes no es posible más que en el proceso oral, puesto que sólo éste permite el contacto continuo e inmediato del juez con las partes y con sus representantes.

Es, en fin, condición indispensable no sólo para la marcha normal del proceso oral, sino para el recto ejercicio de los poderes del juez, que éste, o en las magistraturas colegiadas el presidente esté encar-

10 TISSIER, *Scritto cit.*, pág. 44.

gado del pleito durante *todo* él, y no sólo en el momento de la decisión. Para lo cual requiérese ante todo que la demanda judicial sea presentada al magistrado y la citación sea por éste ordenada para la audiencia por él establecida; y que las escrituras y documentos se le vayan presentado mediante copia e inscribiendo en un cuaderno de cancillería que estará constantemente a disposición del juez y al cual irán también sucesivamente las actas y las resoluciones producidas durante el curso del pleito.

III. *Objeciones contra la oralidad.*—En todos los países la propuesta de introducir la oralidad en el proceso ha levantado una serie de objeciones, cuya falta de fundamento encargóse de demostrar la experiencia.

Se ha temido, en primer lugar, que el conocimiento en el proceso oral sea más superficial y la decisión fácilmente precipitada. Se ha puesto de relieve la cantidad de garantías que ofrecen los escritos desde el punto de vista de la mayor precisión de quien los redacta, de la mayor ponderación con que pueden ser encaminados. En realidad bajo estos temores escóndese sobre todo la aversión hacia lo nuevo, el apego a las costumbres inveteradas. La oralidad, contrarrestada por los escritos que preparan el debate, garantiza una justicia intrínsecamente mejor; hace al juez partícipe del pleito y le permite dominarlo mejor, evitando los equívocos tan frecuentes en el proceso escrito, en el cual el juez ordinariamente se hace cargo de la existencia de un proceso en el instante de ser llamado a decidirlo; excita el espíritu del magistrado y del abogado y lo hace más sagaz, más rápido, más penetrante, asegura mejor la veracidad y la sinceridad de los resultados de la instrucción, como se demuestra con el simple confronto entre el examen testifical del proceso escrito, que se desarrolla en el gabinete de un juez delegado, se fija cuando más en un acta y más tarde es examinado, a su tiempo, por un juez ponente, que no ha conocido a los testigos, y el examen testifical del proceso oral que se hace en la audiencia ante los magistrados que

han de juzgar del valor e importancia de las cosas oídas a base de la propia impresión. Ciertamente las garantías que parecen suficientes en el proceso penal para tutelar la libertad y el honor de los ciudadanos, no deben considerarse inadecuadas en el proceso civil para la tutela de sus bienes. Y es preciso no olvidar que contra los posibles errores queda la garantía de la apelación, que en el proceso oral reviste un interés especial, que no tiene en el escrito, donde es considerado por muchos como inútil duplicación. Si la introducción del proceso oral debiese marcar un aumento en la percentual de sentencia no confirmadas, significaría un daño levísimo comparado con la ventaja de una justicia rápida, pronta y económica, de un proceso redimido del enojoso formalismo del proceso escrito, más cercano a la realidad, más accesible al pueblo. Pero es más probable que suceda lo contrario; según las estadísticas austriacas la percentual de las sentencias no confirmadas ha disminuido desde la reforma.

Lo mismo es infundado el temor de que en el proceso oral se encuentren las partes más fácilmente expuestas a sorpresas, omisiones, errores. Aún prescindiendo del remedio de la apelación y de la restitución *in integrum*, concedida esta última al que no pudo, por un suceso inevitable, realizar un acto de procedimiento dentro de un cierto término o comparecer en audiencia, las leyes alemanas y austriacas proveen eficazmente a la tutela del derecho de defensa. En primer lugar la obligación de comunicación previa de los documentos y los escritos preparatorios tiene por objeto precisamente poner en situación de defensa a cada una de las partes; y aunque los escritos preparatorios no sean como hemos observado, más que el anuncio de las declaraciones futuras y éstas pueden ser modificadas, cambiadas, abandonadas en la audiencia, si la parte hace *nuevas* declaraciones y ofrecimientos de pruebas en la audiencia con la manifiesta intención de retrasar el proceso, el juez, a instancia de parte (y en Austria también de oficio) puede declararlas inadmisibles. Si el

demandado no presenta dentro del término fijado su escrito de contestación, se le considera rebelde, en el sistema austriaco. En segundo lugar, el juez puede en todo caso prorrogar términos y audiencias en favor de la parte que justifique estar —sin su culpa— imposibilitada para realizar un acto o para prepararse suficientemente para discusión oral.

En cuanto al peligro, que frecuentemente se invoca para combatir la oralidad, de que ésta favorece a los *palabrereros*, tratase de un temor en gran parte derivado de una inexacta noción de la oralidad. La oralidad, bien considerada, no extiende, antes restringe el campo de la *discusión* oral propiamente dicha; lejos de favorecer la declamación académica, tiende a hacer el debate más familiar y más sencillo. Además, si el peligro de decisiones falseadas por la impresión de la elocuencia puesta al servicio de una causa injusta, no impide que oralmente se prepare la deliberación de leyes, de actos administrativas, de dictámenes, votos, propuestas, en las asambleas grandes y pequeñas, tanto menos deberá impedir que la oralidad triunfe en los jueces civiles, que por su especial educación espiritual están en condiciones de hacer frente mejor a los simples engaños del arte oratorio.

La creencia de que la actuación de la oralidad exija aumento de personal judicial, es ya de otra índole. Esta objeción no puede referirse más que a las magistraturas colegiadas, porque para el juez único no puede negarse que la concentración en una audiencia, de las actividades que en el proceso escrito hállanse dispersas en fases distintas y lejanas, representa un considerable ahorro de tiempo. En las magistraturas colegiadas puede parecer que la obligación de todos los componentes del Colegio, de asistir en audiencia a todas las actividades procesales, exige una pérdida de tiempo mayor para todos los jueces. Esto es verdad si se atiende al *momento de la audiencia*; pero el problema no puede considerarse así unilateralmente. Es preciso no mirar solo a lo que el juez *deberá hacer de más*, sino también a lo que en total *deberá hacerse de menos*.

Ahora bien, examinando atentamente la figura del proceso oral, con la observación del caso expuesto más abajo en nota, se verá claramente:

1° Que el proceso oral reduce en dos tercios, por lo menos, el número de los actos judiciales necesarios en un proceso escrito.

2° Que ya sea por la simplificación de los actos, ya por la concentración de los medios de instrucción en una audiencia, falta la materia de un número enorme de cuestiones alimentadas por el formalismo del proceso escrito, con la consiguiente discusión de incidentes, de impugnaciones y de sentencias.

3° Que la prohibición de impugnar las interlocutorias separadamente del fondo, reduce también de modo notable los pleitos en apelación.

4° Que la obligación de resolver los incidentes en la audiencia, procediendo en la misma sesión al estudio del fondo, suprime la gran cantidad de cuestiones incidentales a la cual el proceso escrito da figura de pleitos autónomos, cuando en rigor no son más que particulares contiendas pertenecientes a otros pleitos; y de este modo obtienese también una notable economía de las actividades de los magistrados, puesto que claro está que si el mismo juez pronuncia en la misma audiencia sobre los incidentes y sobre el fondo, gasta una cantidad de energía mucho menor de la necesaria para que un número de jueces diferentes, en pleitos autónomos, a gran distancia de tiempo, pronuncien por ej., uno sobre la competencia, otro sobre la capacidad, el tercero sobre la admisibilidad de una declaración etc., hasta que el enésimo juez pronuncie sobre el fondo.

5° Que en fin, la actividad del juez delegado puede usarse para descargar la Colegio (*sic*), de decisiones, a las cuales es inútil la colegialidad, como las sentencias sobre renuncia, sobre reconocimiento, sobre rebeldía, en que el juez delegado puede pronunciar como juez único.<sup>11</sup>

11 Puede decirse por tanto, que la colegialidad sólo en el proceso oral encuentra su verdadera razón de ser, y puede cumplir su función. Esto manifiéstase en nuestro proceso penal. Por eso, en la relación ministerial al Congreso de los Diputados sobre el proyecto de reformas de la organización judicial de que antes (§ 20)

Todo esto significa tal economía de actividad judicial, que compensa con creces la mayor actividad necesaria para que el colegio íntegro participe en el pleito para poder juzgarlo colegiadamente.

Más sería pudiera parecer la sospecha de que el proceso oral disminuya los honorarios de los procuradores, porque esto ocurriría realmente si se conservase el sistema de medir los honorarios de los procuradores a base del número de los actos que realicen. En el proceso oral, debe ser distinta la base de la remuneración; como la medida de los honorarios con arreglo a la importancia del pleito, calculada de manera que en la totalidad, la suma de los derechos no varíe y si es posible sea mejorada.

No puede creerse, por lo demás, que el proceso oral sea de una estructura invariada y fija de manera que deba aplicarse hasta sus extremas consecuencias lógicas en todo caso y para toda contienda. Si la oralidad en algunas aplicaciones debiese producir daños superiores a las ventajas, el principio teórico debe sacrificarse a la utilidad práctica. Si un acto procesal, como el interrogatorio de una parte o el examen de los testigos, no puede tener lugar ante el Colegio sino con grave inconveniente o gasto, será posible delegar en un juez, teniendo únicamente cuidado de que éste por lo menos participe en la decisión del pleito. Si las pruebas deben retirarse fuera de la jurisdicción del magistrado encargado del pleito, la delegación se impone, y la oralidad y los principios consiguientes a ella recibirán necesariamente una limitación.

Y puede haber también pleitos que aconsejen una instrucción separada (rendición de cuentas, liquidaciones), o en los que la cuestión de hecho sea tan extensa que se precise examinarla primero en un procedi-

hemos hablado, léese que se propone el establecimiento del juez único en el proceso civil y no en el penal donde, debido a la más amplia oralidad y publicidad de los debates y la absoluta concentración procesal, la colegialidad funciona del modo más completo, y donde el juicio es el resultado de una discusión efectiva (atendida la obligación de decidir inmediatamente después de cerrado el debate), entre magistrados que han asistido todos a la discusión pública y todos están igualmente informados de los elementos que sirven para formar la decisión (pág. 6).

Pero con estas palabras, en las cuales oímos con gusto el eco de las que tantas veces hemos escrito y pronunciado, más bien puede justificarse la extensión de la oralidad al proceso civil que la reducción de la colegialidad antes de que sea puesta en situación de funcionar (§ 20).

miento preparatorio ante un juez delegado para llegar después simplificada al debate ante el colegio.

Lo que interesa es que la oralidad y la concentración se observen rigurosamente *como regla*.

Más aún; hay procesos en los cuales la oralidad se nos presentará aplicada en su plenitud (tales serán por excelencia los pleitos en que deba tener lugar el *interrogatorio* de las partes y el *examen* de los testigos) mientras que en otros procesos, como los fundados exclusivamente en *pruebas documentales*, dándose en menor número las actividades procesales que han de concentrarse en la audiencia, menor será la importancia del debate. Pero lo que importa es que un proceso tenga el sello preciso y determinado de la oralidad, porque cualquier contienda derivará de ahí la utilidad o ventaja que sea posible, dada su especial naturaleza.

## LA SOLUCIÓN ADECUADA AL CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS COMO APROXIMACIÓN A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL

*Jorge Ponce Martínez\**

Sumario: Introducción 1. *Cuestiones previas sobre tres rubros.* 1.1. *Sinopsis de los hechos.* 1.2. *Aspectos observables en las declaraciones de los acusados* 1.3. *Escenario posterior al rescate.* 2. *Argumentos de los juzgadores* 2.1. *Truepenny.* 2.2. *Foster.* 2.3. *Tatting.* 2.4. *Keen.* 2.5. *Handy.* 3. *Elección del mejor argumento.* 4. *Cuestionamiento de la resolución de la Corte de Newgarth.* 5. *Bibliografía*

### INTRODUCCIÓN

Basado en el texto “El caso de los exploradores de cavernas”, de Lon L. Fuller, sobre una reseña breve de los hechos y sus aspectos más importantes, así como de los argumentos esenciales expresados por los Ministros de la Corte Suprema de Newarth, trataré de mostrar cuál de tales argumentaciones deviene correcta para una solución al caso, fundada bajo la aproximación al esquema que considero más adecuado de lo que podría significarse como una filosofía del derecho penal.

\* Magistrado de la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Aunque contiene elementos de *Queen vs. Dudley y Stephens* (L.R. 14 Q.B. Div. 273; 1884) y *United States vs. Holmes* (Wall. 1; 1842),<sup>1</sup> se trata de un caso ficticio donde lo más importante es la descripción de los juzgadores Truepenny, Foster, Tatting, Keen y Hardy, cada uno representando una determinada posición frente a cuál ha de ser la solución correspondiente. Al mostrar las diferentes posturas, la pretensión de Fuller fue didáctica, pero no por ello debe pensarse que *El caso de los exploradores de cavernas*, sólo esté destinado para la academia. Mi experiencia como juzgador en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, me indica que toda persona interesada en las cuestiones jurídico-penales, incluso quienes sin desempeñar la actividad jurisdiccional tengan algo que ver con la práctica forense en los tribunales, deben leer dicha obra y proponer razonadamente cuál es el mejor argumento de solución. Se trata de un ejercicio que a final de cuentas los operadores del sistema de justicia realizan cotidianamente en casos concretos.

## 1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE TRES RUBROS

La Suprema Corte de Newgarth, integrada por los ministros Truepenny, Foster, Tatting, Keen y Handy, ha de resolver acerca de varias personas condenadas en primera instancia por un homicidio cometido al encontrarse atrapados en el interior de una caverna. Antes de analizar las exposiciones de dichos juzgadores, en relación con los hechos imputados, considero conveniente aludir a tres rubros: una sinopsis de tales hechos; los aspectos importantes derivados de las declaraciones de los acusados; y, el escenario posterior al rescate.

### 1.1. Sinopsis de los hechos

<sup>1</sup> Así lo afirma Carrió en el prólogo de la traducción del texto original de Lon Fuller, titulado *The case of the speluncean explorers* (Cfr. FULLER, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, traducción de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus, 2ª. ed., Buenos Aires, 2002, p. 5).

A principios de mayo de 4299,<sup>2</sup> una avalancha bloqueó completamente el acceso a una caverna de piedra caliza dentro de la cual se encontraban cinco exploradores miembros de la Sociedad Espeleológica, uno de ellos de nombre Roger Whetmore. La entrada sólo pudo despejarse hasta el trigésimo segundo día, después de difíciles tareas de rescate en las que hubo nuevas avalanchas, en una de las cuales perecieron diez obreros. Los exploradores pudieron haber fallecido por inanición porque tenían escasas provisiones y en la caverna no había nada más con qué subsistir. Al vigésimo día se supo de un equipo inalámbrico portátil en poder de los atrapados, a través del cual se estableció comunicación oral con ellos, informándoles que su liberación no sería posible antes de diez días y de las pocas posibilidades de que subsistieran sin alimentos. Después de ocho horas sin recibir mensaje de ellos, Whetmore, por sí y en representación de los otros, preguntó si comiéndose a uno de ellos los demás podrían sobrevivir diez días más. Como ninguno de los médicos en el exterior le contestó, preguntó por algún juez o funcionario público que quisiera contestarle, pero nadie lo hizo. Lo mismo ocurrió cuando pidió que algún ministro o sacerdote le respondiera. Desde entonces dejaron de recibirse mensajes desde la caverna y cuando aquellos hombres fueron rescatados finalmente, se supo que el día vigésimo tercero Whetmore había sido asesinado y comido por sus compañeros.<sup>3</sup>

## 1.2. Aspectos observables en las declaraciones de los acusados

El primero en proponer que alguno de los exploradores sirviera de alimento a los demás fue Whetmore, lo que se decidiría a la suerte mediante el uso de un par de dados. Aunque sus compañeros inicialmente se resis-

2 Se trata de un año imaginario porque los hechos también lo son, aunque sugeridos a Fuller por *Queen vs. Dudley y Stephens* (L.R. 14 Q.B. Div. 273; 1884) y *United States vs. Holmes* (Wall. 1; 1842). Cfr. Fuller, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, traducción de Genaro R. Carrió y Leopoldo J. Niilus, 2ª. ed., Buenos Aires, 2002, p. 5.

3 Fuller, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, traducción de Genaro Carrió y Leopoldo J. Niilus, 2ª. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002, pp. 9-13.

tieron, luego de las conversaciones por el aparato inalámbrico terminaron por aceptar la propuesta. Whetmore dijo que se retiraba del acuerdo por considerar que debían esperar una semana más, pero los otros lo acusaron de violar lo convenido y procedieron a arrojar los dados. Al turno de Whetmore, éste declaró no tener ninguna objeción en cuanto a la forma en que uno de sus compañeros echó los dados por él. Debido a que el tiro le resultó adverso, fue privado de la vida y comido por los otros.<sup>4</sup>

### 1.3. *Escenario posterior al rescate*

Después de que los compañeros de Whetmore pasaron un tiempo en el hospital por desnutrición y shock, se les sometió a proceso por homicidio. En el juicio oral, una vez concluida la prueba testimonial, sin pronunciarse sobre la culpabilidad, el jurado emitió un extenso “veredicto especial”, en el sentido de que los hechos ocurrieron como se ha indicado y que si sobre la base de tales hechos los acusados eran culpables del crimen imputado, entonces debía condenárseles. El juez decidió que los acusados eran culpables de homicidio en la persona de Whetmore y los sentenció a ser ahorcados, pena a imponerse sin discreción alguna por tal delito. Disuelto el jurado sus miembros solicitaron al jefe del poder ejecutivo la conmutación de la pena de muerte por la de seis meses de prisión. El juez dirigió una petición similar.<sup>5</sup>

## 2. ARGUMENTOS DE LOS JUZGADORES

### 2.1. Truepenny

Como Presidente de la Corte, después de exponer las circunstancias fácticas que como antecedentes hemos mencionado, Truepenny

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

considera que la norma legal: “Quienquiera privare intencionalmente de la vida a otro, será castigado con la muerte”, no permite excepción alguna aplicable al caso, por lo que propone solidarizarse con la petición de clemencia dirigida en primera instancia al Poder Ejecutivo.<sup>6</sup>

## 2.2. Foster

El Ministro Foster se pronuncia por la absolución bajo dos fundamentos independientes entre sí: *a)* Que todo el derecho positivo se halla regido por el “derecho natural”; de tal manera que el derecho positivo presupone la posibilidad de coexistencia de los hombres en sociedad, pero cuando esa condición desaparece ocurre lo mismo con la fuerza del orden positivo;<sup>7</sup> además, por el lugar de los hechos, en sentido territorial el caso estaba sustraído al ámbito de aplicación de la ley positiva y, por lo mismo, los acusados se encontraban en un “estado de naturaleza” y lo que hicieron fue en cumplimiento de un contrato obligatorio por las circunstancias en que se hallaban, aceptado por todos ellos y propuesto originariamente por el propio Whetmore.<sup>8</sup> *b)* Que un segundo fundamento, fincado en el rechazo del anterior, consiste en que toda proposición del derecho positivo debe interpretarse en forma razonable, a la luz de su propósito evidente.<sup>9</sup> Así, la excepción de legítima defensa no puede “reconciliarse” con las palabras de la ley, sino sólo con su propósito, de tal suerte que, “...si se declarara que la ley califica la defensa propia como asesinato, tal regla no podría operar de una manera preventiva. Un hombre cuya vida es amenazada rechazará a su agresor, sin importarle lo que la ley diga... La corrección de obvios errores u omisiones legis-

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 16-18.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 19-20.

<sup>8</sup> *Ibidem.*, pp. 22-23.

<sup>9</sup> *Ibidem.*, pp. 27-28.

lativas no significa suplantar la voluntad del legislador, sino hacerla efectiva".<sup>10</sup>

### 2.3. Tatting

Elabora su exposición rechazando a Foster: No está claro que los acusados estuviesen en un "estado de naturaleza", por qué o en qué momento ocurrió eso. Los jueces son designados para un tribunal con *imperium* para aplicar la ley positiva, por lo que se pregunta "¿En virtud de qué autoridad nos convertiríamos en tribunal de la naturaleza? Si aquellos hombres realmente se encontraban bajo la ley de la naturaleza, ¿de dónde, pues, nos viene la competencia para establecer y aplicar aquella ley? Por cierto, *nosotros* no nos encontramos en estado de naturaleza".<sup>11</sup> El convenio entre los acusados es inadmisibles máxime que, según sus reglas, "...una vez concertado se hace irrevocable, y si una de las partes intenta revocarlo, las otras pueden tomar la ley en sus propias manos y ejecutar el contrato por medio de la violencia; porque, si bien mi colega silencia convenientemente el efecto del desistimiento de Whetmore, tal es la necesaria implicación de su argumento".<sup>12</sup> En cuanto al segundo de los argumentos de Foster, ciertamente que la ley debe aplicarse conforme a su propósito, uno de los cuales es la prevención, pero también existen otros que se adscriben a la ley penal y cabe preguntarse qué hacer cuando tales propósitos son discutibles.<sup>13</sup> La interpretación de que la excusa de la defensa propia está avalada por precedentes, contrasta con otros criterios que le asignan una diferente fundamentación, de los cuales puede considerarse que los acusados no sólo actuaron "intencionalmente", sino también con gran deliberación y

<sup>10</sup> *Ibidem.*, pp. 30 y 32.

<sup>11</sup> *Ibidem.*, p. 35

<sup>12</sup> *Ibidem.*, p. 36.

<sup>13</sup> *Ibidem.*, p. 39.

después de haber discutido por horas sobre lo que harían.<sup>14</sup> Tatting termina por señalar que, ante su incapacidad para resolver sus dudas respecto de la solución legal del asunto, renuncia a participar en la decisión del caso.

### 3.4. Keen

Sostiene que si procede o no conceder a los acusados clemencia ejecutiva es problema del Poder Ejecutivo, por lo que desapruueba lo que al respecto dice el Presidente de la Corte (Truepenny).<sup>15</sup> También rechaza a Foster, al dejar de lado decidir si lo que los acusados hicieron fue justo o injusto, porque el juez ha de aplicar el derecho positivo y no sus concepciones morales. La única cuestión para decidir es si los acusados dentro del sentido de la norma privaron intencionalmente de la vida a Roger Whetmore, lo cual efectivamente se actualizó y opera el siguiente principio: “la supremacía del Poder Legislativo en nuestro sistema gubernamental. De tal principio fluye la obligación del Poder Judicial de aplicar fielmente la ley escrita y de interpretar esta ley de acuerdo a su llano sentido sin referencia a nuestros deseos personales y a nuestras concepciones individuales de justicia”.<sup>16</sup> Pone en duda que la ley “...que califica el asesinato de crimen realmente tenga un *propósito*” en alguno de los sentidos ordinarios del término. Antes que nada, tal ley refleja la honda convicción humana de que el asesinato es injusto y que algo debe hacerse con el hombre que lo comete”.<sup>17</sup> Concluye que la sentencia condenatoria debe ser confirmada.

14 *Ibidem*, pp. 40-41.

15 *Ibidem*, pp. 46-48.

16 *Ibidem*, pp. 48-51.

17 *Ibidem*, p. 54.

### 3.5. Handy

Por último, el Ministro Handy considera que el problema es una cuestión de sabiduría práctica, a aplicarse en un contexto de realidades humanas y no de teoría abstracta; de manera que los jueces, como funcionarios públicos, seleccionan las formas y conceptos abstractos como instrumentos para llegar al resultado más conveniente. En este sentido, sugiere que la Corte tome en cuenta la opinión pública (que se ha pronunciado mayoritariamente a favor de los acusados) y contemple sin prejuicios algunas realidades de la administración del derecho penal, pues existen vías por las que puede eludirse la pena.<sup>18</sup> De todo lo cual llega a la conclusión de que los acusados son inocentes y la sentencia debe revocarse.

## 4. ELECCIÓN DEL MEJOR ARGUMENTO

La posición de Foster en su primer argumento es fácilmente descartable. El rechazo de un derecho natural que esté por encima o tome el lugar del derecho positivo, para resolver el caso, puede fundarse en la imposibilidad de normas de valor inmanentes a la naturaleza:

...no hay normas que puedan ser inmanentes a la naturaleza como suma de hechos conectados entre sí según el principio de causalidad...Los valores se constituyen mediante normas. Quien cree poder encontrar normas en los hechos, o valores en la realidad, se engaña a sí mismo. Porque tiene que proyectar — aun cuando tal vez inconscientemente— en la realidad de los hechos las normas propuestas de alguna manera, o los valores constituidos mediante estas normas, para poder deducirlos de aquélla...<sup>19</sup>

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 60-77.

<sup>19</sup> Kelsen, Hans, *La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico*, Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho, año 6, número 12, 2008, ISSN 1667-4154, pp. 187-188.

Más difícil de descartar es el segundo argumento de Foster, que presupone la desaprobación que él mismo hace de su primer punto de vista. Cualquier juzgador mínimamente instruido sabe que la ley requiere una interpretación más allá de su simple sentido letrístico, que puede derivar en la necesidad de excluir la aplicación de una norma como la que define el homicidio; en el fondo, Tatting coincide en que esto es así, aunque no convenga en que el resultado de la actividad interpretativa en el caso sea favorable a los acusados; mientras que Keen niega toda posibilidad de un margen interpretativo. Es claro, sin embargo, que estos dos Ministros asumen un rígido papel de observadores, incapaces de colocarse en el lugar de aquellos a quienes juzgan, actitud inadmisible pues:

...si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista externo (de las reglas) y no da una explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla... Para tal observador, las desviaciones de un miembro del grupo respecto de la conducta normal serán un signo de que probablemente sobrevendrá una reacción hostil, y nada más...<sup>20</sup>

Pero la circunstancia de mayor peso para refutar no sólo a Tatting y a Keen, sino también a Truepenny, quien sin argumentación alguna pretende que la norma del homicidio no admita ninguna excepción, estriba en que sus posiciones estén referidas sólo al contenido de esa disposición legal, sin considerar su vinculación con una norma de superior jerarquía como es la de carácter constitucional y que, incluso, sirve como base o fundamento al sistema jurídico; tal omisión es censurable precisamente porque:

<sup>20</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 111-112.

...un orden coercitivo creado por acto de seres humanos en todos lados efectivo puede ser interpretado como un sistema de normas objetivamente válidas y, consecuentemente, las relaciones, establecidas por estas normas, entre los individuos que dictan órdenes y los individuos a quienes estas órdenes van dirigidas, pueden ser interpretadas como relaciones jurídicas, sólo si en esta interpretación se presupone la norma fundamental...<sup>21</sup>

De ahí que sea inadmisibile la negativa de dichos juzgadores a considerar excepciones a la norma que castiga el homicidio, precisamente porque si el derecho es un sistema de normas, habría sido necesario que constataran si no existía contravención a la norma fundamental, al condenar a los acusados bajo el supuesto de la norma inferiormente jerárquica relativa al homicidio. Una discusión al respecto comprendería el análisis de si constitucionalmente les era exigible o no haberse conducido en forma distinta a como lo hicieron, a lo cual la opinión de Foster es en sentido negativo, aunque impropriamente se funda para ello en la excepción de legítima defensa.<sup>22</sup>

La posición utilitarista del ministro Handy no obsta para las afirmaciones que he anotado en los párrafos precedentes. Es inaceptable que la decisión del tribunal deba basarse en la opinión pública; en este punto, aun cuando se identificara opinión pública con “presión social”, al decir de Hart, lo cierto es que:

...la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren... Aunque estas imágenes o metáforas sean naturales y, quizás, esclarecedoras, no debemos permitir que se

21 Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1960, p. 77.

22 Considero impropia la referencia a la legítima defensa, porque hasta un estudiante de cualquier escuela de Derecho distingue que, en la legítima defensa, la agresión que se repele debe provenir de otra persona; tal es el sentido, por ejemplo, de la disposición contenida en la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para la Ciudad de México. En el caso de los exploradores, Whetmore no desplegaba agresión alguna cuando sus compañeros le dieron muerte. Se trata de un estado de necesidad bajo el cual los acusados sacrificaron la vida de Whetmore para salvar la propia.

adueñen de nosotros, y nos lleven a una concepción equívoca de la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social seria, no implica que estar sometidos a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión.<sup>23</sup>

Y aunque, en el pasaje transcrito, esas afirmaciones las hace Hart en función de las obligaciones o deberes contenidos en las reglas primarias, donde los sujetos normativos son los ciudadanos, me parece que en alguna forma pueden hacerse extensivas a las reglas secundarias, en las que el sujeto normativo sea el juzgador, que no puede estar supeditado o compelido por la opinión pública al decidir casos concretos sobre los que ejerce su autoridad en función de la normatividad secundaria.

## 5. CUESTIONAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE DE NEWGARTH

En el párrafo final del texto de Fuller, se alude a la resolución de la Corte:

Hallándose dividido en forma pareja el voto de los miembros de la Corte, la sentencia condenatoria del tribunal *a quo* es confirmada. Se ordena que la ejecución de la sentencia tenga lugar el viernes 2 de abril de 4300 a las 6 de la mañana, oportunidad en la que el verdugo público procederá con la diligencia del caso a colgar a cada uno de los acusados del cuello hasta que muera.<sup>24</sup>

Según lo expuesto anteriormente acerca del argumento adecuado para la resolución del caso, la solución de la Corte de Newgarth es inco-

<sup>23</sup> Hart, H.L.A., obra citada, p. 109.

<sup>24</sup> Fuller, Lon L., ob. cit., p. 78.

recta. Una reflexión sobre lo justo de tal resolución parece interesante. Si se admite que realmente existía un conflicto de bienes jurídicos bajo el cual se dio muerte a Whetmore, debe responderse la pregunta de si esa conducta fue justa o injusta porque, al decir de Kelsen, sólo "...donde existen esos conflictos aparece la justicia como problema".<sup>25</sup> El propio Kelsen se anticipa y, luego de explicar cuando existe un conflicto de intereses, responde que el problema de la justicia no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional:

El conflicto de intereses aparece cuando un interés encuentra su satisfacción sólo a costa de otro o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo. El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y por consiguiente tiene un carácter eminentemente subjetivo...<sup>26</sup>

Si seguimos esta línea de pensamiento comprendemos por qué en el conflicto de bienes jurídicos de igual entidad, por ejemplo, la vida de una persona frente a la vida de otra persona, bajo la idea de justicia, no puede sostenerse a cuál de ellas haya de sacrificar y a cuál salvar. Se trata del principio de inexigibilidad<sup>27</sup> bien conocido por los penalistas,

<sup>25</sup> Kelsen, Hans, *Qué es la justicia*, México, Fontamara, 2003, p. 16.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, pp. 16-17.

<sup>27</sup> Principio que opera como causa de inculpabilidad. La fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal dispone al respecto: "Art. 29 (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando... V. (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de... igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

conforme a cuyos lineamientos es indiferente para efectos de la norma a quién haya decidido dar muerte el agente activo de la conducta.

Pero de las revisadas exposiciones de los Ministros de la Corte se presupone la inexistencia en el derecho positivo de una norma permisiva para el homicidio bajo estado de necesidad, ante lo cual la pregunta que debe responderse es si, aun careciendo de la citada norma, podría bajo la idea de justicia proponerse la absolución de los exploradores de cavernas acusados. Es decir, para los juzgadores que se inclinaron por la condena, ésta se fundó válida y suficientemente sólo en la norma que define y castiga el homicidio. De esto, considero que puede plantearse la interrogante siguiente: ¿No es extremadamente injusta esa norma al ordenar el castigo de los acusados a pesar de haber cometido el hecho bajo un estado de necesidad disculpante? O mejor dicho: ¿No se deriva de la aplicación de esa norma en tales condiciones una extrema injusticia?

Los resultados del análisis de Robert Alexy, acerca de la llamada *fórmula de Radbruch*, quizá puedan servirnos para aproximarnos a una respuesta a tales preguntas. Según dicha fórmula tenemos el enunciado: “Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”.<sup>28</sup> Se basa fundamentalmente en el argumento de la corrección:

La auténtica polémica sobre la fórmula de Radbruch se refiere a la cuestión de si es aceptable desde el punto de vista de un participante en un sistema jurídico... El argumento de la corrección aduce que tanto las normas jurídicas y las decisiones jurídicas individuales como también los sistemas jurídicos como un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección... La cláusula de injusticia no es sólo inmoral, sino en cierto modo también disparatada... Ni la deficiencia convencional

<sup>28</sup> Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*, Doxa número 26, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España, Coruña. No. 5, 2001, p. 78.

ni la moral ni la técnica pueden explicar lo absurdo de la cláusula de la injusticia. Ésta, como sucede a menudo en el caso del absurdo, resulta de una contradicción. Surge una contradicción porque con el acto de instaurar la constitución, está necesariamente vinculada una pretensión de corrección que, en este caso, es ante todo una pretensión de justicia...<sup>29</sup>

Dado que por sí solo el argumento de la corrección no niega la juridicidad o validez de la norma o acto jurídico, debe añadirse el argumento de la injusticia,<sup>30</sup> que engloba argumentos de tipo normativo esgrimidos por los detractores de la fórmula pero que no la desacreditan. Por lo que el propio Alexy concluye:

...en la discusión sobre la fórmula de Radbruch entran en juego numerosos puntos de vista. La mayoría de las objeciones han podido ser rebatidas. Si ante este telón de fondo se pondera la confianza de un autor activo en un Estado injusto en una causa de justificación duradera por la injusticia legal en la que se apoyan sus hechos frente a los derechos de las víctimas y, precisamente por el efecto de riesgo, también frente a las víctimas futuras, hay muchos argumentos a favor de no concederle ya más protección a la confianza del autor si se traspasó el umbral hacia la extrema injusticia. Por consiguiente, la fórmula de Radbruch también puede ser aceptada en el ámbito del Derecho penal.<sup>31</sup>

Ahora bien, de todo lo anterior considero que la opinión de Kelsen negando la presencia necesaria del valor absoluto justicia en la norma jurídica, no se contradice necesariamente al adoptar la fórmula Radbruch, por lo menos en lo concerniente al argumento de la corrección,<sup>32</sup>

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>30</sup> Según Alexy, este argumento engloba además siete argumentos de los detractores de la fórmula: de claridad; de efectividad; de seguridad jurídica; del relativismo; de la democracia; de la innecesariedad; y de la honradez. *Cfr.* Alexy, Robert, *ob. cit.*, pp. 86-94.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>32</sup> Aunque reconozco que el propio Alexy sostiene que este argumento por sí solo no anula el derecho positivo, es algo que me parece discutible, pero ahondar al respecto escapa a los límites del presente trabajo.

que nos permite rechazar una norma que establezca (más que una injusticia), un disparate o situación absurda. De modo que, si la sentencia de la Suprema Corte de Newarth es una norma individual que contiene una decisión absurda, en tanto que condena a muerte a quienes cometieron homicidio bajo un estado de necesidad disculpante, entonces puede negarse el carácter de derecho a tal resolución, cuyo sentido debió ser absolutorio.

### BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Una defensa de la fórmula de Radbruch", *Doxa* número 26, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, España, Coruña, No. 5, 2001.
- Fuller, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, traducción de Genaro Carrió y Leopoldo J. Niilus, 2<sup>a</sup>. ed., Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2002.
- Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
- Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1960.
- Kelsen, Hans, "La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, número 12, 2008, ISSN 1667-4154.