EN LETRA

DERECHO PENAL

Año VIII, N.º 16
Mayo de 2023
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** (**CEICJUS**).

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Dias
La Pampa 2670, 2.º piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

leandroalberto.diasleston@uni-wuerzburg.de

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA) Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA) Lara BENÍTEZ (UDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA) Carla SALVATORI (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY) Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT) Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA) Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

Mª. Belén RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (UBA)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Luís GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Hernán GULLCO (UTDT)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Máximo LANGER (UCLA)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UDESA)

Eric HILGENDORF (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)

Ezequiel MALARINO (UDESA/CONICET)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UROSARIO)

Daniel PASTOR (UBA)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

José Milton PERALTA (UNC)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Alejandra VERDE (UDESA/UTDT)

Patricia ZIFFER (UBA)

"EN LETRA: DERECHO PENAL" es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

***

Tres declaraciones y garantías:

1. "EN LETRA: DERECHO PENAL" está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).

2. "EN LETRA: DERECHO PENAL" garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. "EN LETRA: DERECHO PENAL" es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

EDITORIAL

COLUMNAS

Homenaje al Prof. Jürgen Wolter, 8

ARTÍCULOS

Interrogar a los testigos de cargo, Pablo Rovatti, 45

¿Cuándo el corte de calle, como "protesta social", es un delito?, Patricia Gallo, 89

Los nuevos sistemas acusatorios, Eduardo Harrington, 106

TRADUCCIONES

Consentimiento afirmativo y deber de diligencia, Tom Dougherty, 163

Votar sobre el conocimiento jurídico, Wolfgang Ernst, 186

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

Festschrift Jürgen Wolter, 8

ARTICLES

Questioning Witnesses, Pablo Rovatti, 45

When is "blocking the street" as a social protest, a crime?, Patricia Gallo, 89

The new accusatorial criminal systems, Eduardo Harrington, 106

TRANSLATIONS

Affirmative Consent and Due Diligence, Tom Dougherty, 163

Voting and Legal Knowledge, Wolfgang Ernst, 186

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023), pp. 6-7.

Editorial

HOMENAJE AL PROF. DR. JÜRGEN WOLTER CON MOTIVO DE SU DESPEDIDA COMO DIRECTOR DE GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT (GA)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ[1]

Constituye para En Letra. Derecho Penal, y para quien aquí suscribe como colaborador permanente de Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), una enorme satisfacción presentar esta sección especial en homenaje al Prof. Dr. Jürgen WOLTER, catedrático emérito de la Universidad de Mannheim, Alemania. Motiva ello su despedida como editor científico y director de GA, la más antigua de las revistas jurídico-penales alemanas, tras veinte años de intensa actividad: 2002-2021. Este homenaje se publica a la vez en las revistas amigas de España Libertas y Foro FICP, así como en la brasileña Revista do Instituto de Ciências Penais.

Quienes participamos en esta sección especial somos o hemos sido integrantes del Consejo de Colaboradores Permanentes de GA, o estamos muy vinculados con el homenajeado. Tenemos por tanto para con Jürgen WOLTER una enorme deuda de gratitud, pero, fuera de ello, lo que nos une con él es una larga relación de amistad y de cooperación científica. Como muestra de ello, las breves columnas que conforman esta sección especial se publican en el idioma original en el que fueron escritas y, además, en alemán, para que el homenajeado pueda leerlas y sean accesibles, además, a los lectores alemanes. Agradecemos muy especialmente a Luis GRECO por el empeño que puso en coordinar la redacción y traducción de todos estos textos.

El esfuerzo realizado se justifica porque Jürgen WOLTER no solo es un penalista de primera línea, sino seguramente el mayor impulsor alemán del diálogo científico español/hispanoamericanoalemán "de igual a igual" (por emplear una expresión suya y sin excluir a otros países). Jürgen WOLTER logró hacer esto realidad, entre otras muchas cosas, con la inclusión

[1] Integrante del Consejo de Colaboradores Permanentes de Goltdammer's Archiv für Strafrecht e integrante del Consejo Académico de En Letra: Derecho Penal. Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de penalistas de nuestro ámbito en el mencionado Consejo de Colaboradores Permanentes de GA, y con la publicación, allí, de múltiples trabajos de penalistas españoles, latinoamericanos y de otras regiones del mundo. De esta forma, transformó a GA en una revista genuinamente internacional de derecho penal.

Aunque los trabajos que componen esta sección especial no son ajenos a cuestiones propias de la ciencia jurídico-penal, poseen sobre todo un carácter de homenaje y agradecimiento personal a Jürgen WOLTER, quien, por supuesto, ya ha merecido otros importantes homenajes estrictamente científicos en diversos países (véase, p. ej., FICP, "Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario", Reus, Madrid, 2018, bajo la dirección de Diego-M. LUZÓN PEÑA y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO).

Deseamos que Jürgen WOLTER, nuestro querido colega y amigo, continúe promoviendo muchos años más el diálogo científico de "tú a tú" entre nosotros, también desde fuera de GA. Y, sobre todo, le deseamos muchos años de productividad académica y felicidad personal, manifestándole todo nuestro agradecimiento y afecto.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023).

Columnas: Homenaje a Jürgen Wolter

RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO A JÜRGEN WOLTER

Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente REMESAL*

La relación directa y personal de la ciencia penal alemana con la hispana (tanto la española, a la que aquí me refiero especialmente, como la iberoamericana) se remonta a muchos años atrás, cuando los maestros de nuestros maestros empezaron a desplazarse a ese país para profundizar sus investigaciones, no solo con los numerosos e importantes trabajos científicos de los que allí podían disponer, sino también mediante el diálogo científico directo con sus autores. Muchos de nosotros hemos completado allí nuestra formación y el mismo camino lo siguen la mayoría de nuestros discípulos.

Esa relación no solía constituir, sin embargo, un auténtico diálogo científico en pie de igualdad. Generalmente se limitaba a estancias de investigación, que prácticamente siempre (bien es cierto, que con un apoyo económico de generosas becas alemanas) eran de españoles que nos desplazábamos a Alemania, y casi nunca al revés.

Otro tanto sucedía —y aún sigue sucediendo, aunque en menor medida— con las publicaciones, traducciones y las invitaciones a participar en eventos científicos. Frente a la falta de interés por parte de la doctrina alemana en conocer la española, acentuada por un insuficiente manejo de nuestra lengua, la doctrina española siempre ha sido mucho más abierta y receptiva. Son innumerables los artículos científicos alemanes que, previa traducción al español, se han publicado y publican en nuestras revistas. Y asimismo se han traducido sus manuales y tratados más relevantes. Obvia decir, que la contrapartida es muy distinta.

Pues bien, esa relación científica ha experimentado un cambio de un tiempo a esta parte. Y a ello ha contribuido en gran medida Jügen WOLTER, a quien, no solo a título personal, sino también como presidente de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), dedico estas líneas para reconocerle como se merece, y agradecerle, lo muchísimo que ha hecho en este sentido,

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Vigo (España) y Presidente de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (https://ficp.es/ [enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023]).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

fundamentalmente como director de la prestigiosa revista Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA).

Le conocí en 1995, en Alcalá, con motivo de uno de los seminarios hispano-alemanes que organizaban mi querido maestro Diego-Manuel LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG. Amablemente se interesó de inmediato por mi trabajo, por los temas en que estaba investigando, y me brindó su ayuda para lo que pudiera necesitar.

El extraordinario trabajo que durante veinte años ha realizado WOLTER como director de la revista GA merece un reconocimiento igualmente extraordinario. Por eso me sumo con mucho gusto a la iniciativa de manifestarlo junto con otros queridos compañeros que le valoramos como persona generosa y que tanto ha hecho por la ciencia penal y por fomentar el diálogo científico, de igual a igual, con la doctrina penal alemana.

Nos honra contar con él como socio de honor de la Fundación Internacional de Ciencias Penales e igualmente por ser Miembro del Consejo Internacional Científico y de Redacción de nuestra revista Libertas. Su constante colaboración es muy grande, y sus aportaciones para nuestros fondos bibliográficos las valoramos especialmente porque son donaciones que se deben a su generosidad personal. Como presidente la FICP quiero agradecerle el envío, desde hace mucho tiempo y de forma ininterrumpida, de los números de la revista GA, así como los del Systematischer Kommentar, tanto al StGB como a la StPO. La iniciativa de WOLTER, de incorporar a insignes penalistas extranjeros como colaboradores permanentes del Consejo científico de la revista GA (así, entre los españoles, MIR PUIG hasta su fallecimiento, LUZÓN PEÑA, SILVA SÁNCHEZ, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, CANCIO MELIÁ y ROBLES PLANAS) ha sido un gran acierto, que responde al reconocimiento de que el elevado nivel científico sobre Derecho penal no solo lo tiene la doctrina alemana, a la vez que facilita la posibilidad de que la doctrina extranjera publique en esa revista importantes aportaciones. En esa decidida apertura, por parte de WOLTER, al diálogo científico marca un hito la publicación del Goltdammer's Archiv für Strafrecht, en homenaje a Santiago MIR PUIG por su 70º aniversario, GA 12/2017, pues era la primera vez que la revista dedicaba un número monográfico a un penalista no alemán. La segunda (y sin duda no la última, de haber podido seguir WOLTER como director de la revista) es el GA 4/2020, dedicado, también por su 70º aniversario, a Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. A título más personal, le debo a WOLTER, y le agradezco, haber podido colaborar en esos números y con ello publicar en una de las revistas penales más prestigiosas del mundo. En GA 12/ 2017, con mi artículo "Die mutmassliche Einwilligung und

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ihre besondere Bedeutung im Rahmen einer Operationserweiterung", y en GA 4/2020, con el referido a "Sonderfähigkeiten und objektive Sorgfaltspflichtverletzung".

En suma, la labor de WOLTER, una vez concluida su etapa como director del GA, hay que calificarla de excepcional y merece el mayor reconocimiento y agradecimiento. Así la valorábamos también quienes en 2018 participamos en la obra, a él dedicada, "Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana: *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75 aniversario".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

AGRADECIMIENTO Y HOMENAJE A JÜRGEN WOLTER

COMO REFLEXIÓN SOBRE SU HUELLA PERSONAL EN EL ARCHIV FÜR STRAFRECHT DE GOLTDAMMER

Prof. Dr. Paulo DE SOUSA MENDES*

Desde su creación, GA ha promovido la excelencia del Derecho penal alemán y, a lo largo de los años, le ha añadido una perspectiva más amplia a través del debate con autores extranjeros, muchos de los cuales se han convertido en colaboradores permanentes de la revista. Durante los últimos 20 años, Jürgen WOLTER, como editor, ha garantizado los requisitos de calidad de los artículos publicados y ha puesto toda su competencia, energía y entusiasmo en el cumplimiento de esta tarea. WOLTER ha contribuido notablemente a que GA se haya convertido en una referencia indispensable no solo en los países de habla alemana, sino también en los países de otras lenguas, no solo en Europa, sino en todo el mundo, desde América Latina hasta Japón. La influencia de GA puede apreciarse de forma muy significativa en los países que hablan las llamadas lenguas neolatinas o romances, especialmente el español, el portugués y el italiano. WOLTER siempre será muy apreciado y debe ser muy elogiado por haber promovido esta universalización del debate sobre cuestiones penales. Al hacerlo, reconoció un estatus científico equivalente a todos los autores cuyas contribuciones se publicaron en GA, lo cual no es insignificante, ya que estas contribuciones se citan ahora regularmente en tratados, monografías y artículos alemanes, pero también en la literatura especializada de otros países. En la literatura alemana, estas contribuciones se integran en la corriente de las cuestiones controvertidas, independientemente de la nacionalidad de los autores. Esta integración se produjo de forma tan natural que acabamos olvidando que fue el resultado de la indomable actitud de WOLTER en favor de una doctrina jurídica universalizable.

Podemos preguntarnos si esta universalización se debió a una recepción de la dogmática penal alemana en otros países. Sin embargo, esta cuestión tiene varios niveles de análisis.

En el nivel más superficial, se plantea la cuestión de si los autores extranjeros que publican en la AG se limitan a comparar sus doctrinas nacionales con la doctrina alemana, o si se arriesgan a

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

asumir para sí la perspectiva universalizadora de GA, en el sentido de aportar al debate obras relevantes, independientemente de la nacionalidad y el idioma de sus autores. Digamos que la respuesta a esta pregunta varía según los casos, pero en cualquier caso solo depende de los autores extranjeros, y hay ejemplos para todos los gustos. Naturalmente, faltará fertilización recíproca si los autores extranjeros se limitan a hacerse eco de las últimas tendencias de la discusión alemana.

En los estratos sucesivamente más profundos, se plantea la cuestión de si la GA ofrece una visión general representativa de los distintos modelos de Derecho penal o si se limita al modelo alemán. La construcción de una teoría general de las infracciones penales es sin duda un patrimonio intelectual que debe atribuirse a generaciones ininterrumpidas de penalistas alemanes, al menos desde Franz VON LISZT (1851-1919), austriaco de nacimiento y formación y alemán de carrera y obra. Esta teoría general de las infracciones penales ha cumplido la función de gramática común para los autores y lectores de GA, suprimiendo las diferencias entre los ordenamientos jurídicos implicados. Pero la definición formal del delito no es científica, ya que no se basa en la recopilación de información sobre hechos naturales, ni en la formulación de leyes universales. Al no ser científica, tampoco tiene fuerza vinculante gnoseológica, es decir: no es ni verdadera ni falsa. Tampoco es una definición normativa (entendida aquí en el sentido de descriptiva de una normatividad preexistente), ya que no se extrae de las fuentes del Derecho. Al no ser normativa, carece de fuerza jurídica, es decir, no es válida ni inválida. Se trata más bien de una definición heurística, en la medida en que contribuye a sistematizar los elementos del delito a efectos de la aplicación práctica del Derecho penal. El carácter meramente heurístico de la definición formal del delito no la convierte en inocua. En última instancia, la definición formal del delito es una elaboración de las categorías y estructuras de comprensión del delito que se quieren aplicar al análisis de los casos de la vida en el marco de un determinado sistema de Derecho penal nacional, supranacional o internacional, pero cuya potencialidad operativa obedece a una determinada visión ética y política del proceso de exigencia de responsabilidades a la persona acusada de la comisión de un delito (la calificación científica), si se aplica a la ética o a la política, carece de sentido, lo que no significa que carezcan de racionalidad práctica, aunque las proposiciones éticas y políticas solo se revelen en el caso concreto, en línea con la prudencia aristotélica). Existen dos modelos contrapuestos para la definición formal del delito. Por un lado, la teoría general del delito de origen alemán y, por otro, la definición del delito de origen inglés, ambas con antecedentes filosóficos. El modelo alemán se caracteriza por ofrecer un tratamiento analítico de los elementos constitutivos de la infracción penal exclusivamente en el plano del derecho sustantivo, como si la aplicación de la justicia penal al caso concreto fuera una actividad de pura cognición de los hechos y declaración de

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las fuentes del derecho que les corresponden, permaneciendo así ajeno no solo a las complejidades probatorias del caso concreto, sino también a las razones alegadas por los sujetos procesales y demás intervinientes en el proceso penal. El modelo angloamericano define formalmente la infracción penal como una citación al imputado para que responda ante la justicia penal, correspondiendo entonces a este presentar sus defensas. Existen defensas procesales que no tienen nada que ver con tratar al acusado de acuerdo con lo que se merece por el presunto delito. Así, las defensas procesales son, p. ej., las normas de exclusión que obligan a retirar las pruebas obtenidas ilegalmente, las normas de prescripción del procedimiento penal que promueven la celeridad procesal o la prohibición de la doble incriminación (*ne bis in idem*) que protege al acusado del abuso punitivo. Pero también existen defensas sustantivas. Las defensas sustantivas van desde negar uno o más elementos del delito hasta justificar el hecho o explicar que el acusado no merece ser castigado, o al menos no con la severidad solicitada por la acusación. En consecuencia, la definición de la infracción penal da lugar a la intervención constitutiva del debate por parte de todos los sujetos procesales, a saber, el fiscal (en nuestro caso, el Ministerio Fiscal), el acusado (y su abogado defensor) y el juez, si el caso se remite a juicio. Así, el modelo angloamericano se diferencia del alemán en que este último es más bien una matriz de referencia para el juez en el razonamiento de la sentencia penal, un juez con poderes inquisitoriales, que declara qué hechos están probados o no probados con base en su propia iniciativa probatoria y no solo en función de las estrategias procesales de los demás sujetos procesales. Esta distancia se acentúa enormemente por la forma en que se introduce y valora cada una de las defensas en el proceso penal, por el reparto de papeles entre los sujetos procesales y, finalmente, por la forma en que el objeto del proceso se somete a la libre y razonada valoración del juez de instancia. Ni que decir tiene que se trata aquí de las cuestiones de la medida de la prueba y de la distribución de la carga de la prueba. La diferencia entre ambos modelos no es, pues, una cuestión de terminología filosófica y jurídica. Entre la teoría procesal de la infracción penal, que tuvo sus orígenes filosóficos en la teoría de la imputación moral de Samuel VON PUFENDORF (1632-1694) y que posteriormente fue retomada y perfeccionada en Inglaterra por William BLACKSTONE (1723-1780), extendiéndose a los países del *common law,* y la teoría sustantiva de la infracción penal, que tuvo su origen en VON LIZST y se hizo totalmente dominante en los países del *civil law,* hay un amplio espacio abierto a la discusión. En definitiva, lo que cuenta es el proceso. Cabe señalar aquí que el pensamiento de WOLTER está especialmente bien dotado para abordar esta discusión, sobre todo porque defiende un sistema integral de derecho penal, que combina el estudio del hecho punible con la determinación de la pena y el derecho procesal (que no es meramente adjetivo), como puede verse en: WOLTER, J. / FREUND, G., *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtszweck -*

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Strafausschluss Strafverzicht - Strafklagverzicht, Heidelberg, C. F. Müller, 1996. La comparación de modelos penales ha tenido alguna expresión en el pasado y vuelve ahora con renovado ímpetu, ya sea en el lado alemán, en el inglés (a pesar del Brexit) o en el norteamericano. Si la comparación crítica de modelos no ha cobrado mayor protagonismo en la AG, ello se debe en parte al encapsulamiento de los propios autores anglófonos, a menudo reacios a utilizar otras lenguas o incluso a aprenderlas, lo que les exigiría no solo dominar el lenguaje coloquial, sino también los equivalentes funcionales en el lenguaje técnico. Así pues, el provincialismo existe en muchos lugares, y no solo en los países de la familia romano-germánica. Pero el remedio para el provincialismo no puede ser siempre la entrega de todas las publicaciones a la lengua inglesa, aunque esta se haya convertido en lengua vehicular, el mismo papel que antaño correspondía al latín jurídico. Sin embargo, el remedio tal vez podría ser la generalización de las publicaciones multilingües y, preferiblemente, su puesta a disposición *en línea*, a ser posible en régimen de acceso abierto.

La doctrina penal alemana ha entrado en una fase de autorreflexión crítica. En nuestra opinión, la llamada crisis actual de la dogmática penal alemana no debe confundirse con su pérdida de influencia en el mundo, ni mucho menos con una falta de producción doctrinal de calidad. Mal iríamos si la doctrina penal alemana se empeñara en la defensa patriótica de un territorio intelectual. Si existe una crisis actual de la doctrina penal alemana, esta tiene que ver con una posible falta de respuesta coherente a los nuevos retos del derecho penal ante la vulnerabilidad de las democracias liberales en un mundo expuesto a las convulsiones provocadas por los grandes riesgos de la globalización y ahora, a la inversa, también por los riesgos de una vuelta a la lógica de los bloques geoestratégicos. Las materias difíciles han crecido exponencialmente, desde el derecho penal internacional, pasando por el derecho penal europeo y los nuevos ámbitos de regulación de las actividades económicas, financieras, sociales y medioambientales (que incluyen dimensiones penales o cuasi penales), hasta la prevención de la delincuencia y la seguridad pública. Como consecuencia, la doctrina se ha dispersado en los distintos ámbitos, hasta el punto de que los autores han perdido su visión de conjunto y su capacidad de síntesis, convirtiéndose a veces en especialistas del derecho penal e incluso en tecnócratas. En su papel de editor de GA, WOLTER nunca cerró la puerta a nuevos temas y retos, pero, para ser justos, GA tampoco sucumbió nunca a la publicación de meros informes descriptivos sobre el estado de la cuestión en los diversos campos del derecho penal contemporáneo. También debemos a WOLTER la defensa a ultranza de la reflexión crítica en las páginas de GA.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Quiero dar las gracias a Jürgen WOLTER por confiar en mí para formar parte del selecto grupo de colaboradores permanentes de GA. El privilegio de recibir cada nuevo número de la revista me ha permitido seguir de cerca la ejemplar misión de WOLTER como defensor de un pensamiento penal informado y creativo. Enhorabuena, profesor WOLTER, por su perenne contribución a la universalización del pensamiento penal, como editor y, no menos importante, como autor de una vasta obra de referencia.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023).

JÜRGEN WOLTER: MUCHO MÁS QUE UN GRAN VÍNCULO ENTRE LA CIENCIA PENAL ALEMANA Y ESPAÑOLA. EN LA DESPEDIDA DE JÜRGEN WOLTER DE LA DIRECCIÓN DE GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO* y
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA**

Quienes escribimos estas líneas dirigimos hace unos años la obra "Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario",[1] en el que, además de nosotros dos, un amplio grupo de miembros de nuestra escuela dedicaban un sentido homenaje al Prof. Dr. Jürgen WOLTER. En aquel escribíamos una introducción y *laudatio*, que titulamos "Jürgen Wolter: Un gran vínculo entre la ciencia alemana y española".[2] El ilustre Profesor alemán, apreciado colega y querido amigo, terminó, al final de 2021, su etapa como editor y director de Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA).[3] Con motivo del final, lamentablemente algo abrupto, de una etapa tan fructífera, actualizamos aquí nuestra *laudatio*, completándola y dedicándosela con el máximo aprecio por su labor y nuestra más sentida solidaridad y amistad.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de León (España). Patrono fundador de la FICP.
** Catedrático de Derecho Penal (emer.), Universidad de Alcalá, Madrid (España). Presidente de Honor de la FICP. Fundación Internacional de Ciencias Penales: www.ficp.es; contacto@ficp.es .

[1] LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (dirs.), *Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales)*, Madrid, Reus, 2018. El libro fue objeto de una amplia recensión por LEITE, "Der Kampf um die richtige Straf(prozess)rechtswissenschaft. Eine Besprechung des spanischen Liber Amicorum für Jürgen Wolter 2018", en *GA*, 2020, pp. 273 ss., que se publicó en español, en traducción de MARTÍNEZ SANROMÀ, "La lucha por una auténtica ciencia jurídico-penal (y procesal). Sobre el *Liber Amicorum* español en homenaje a Jürgen Wolter de 2018", en *InDret*, 2020-3, pp. 618 ss.

[2] LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Liber Amicorum-Wolter*, 2018, pp. 13 ss.

[3] Su último artículo de ese año hace memoria y recuento de sus años al frente de GA: WOLTER, "In eigener Sache: 20 Jahre Schriftleitung bei Goltdammer's Archiv für Strafrecht (2002–2021)", en *GA*, 2021, pp. 663 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El Prof. Dr. Jürgen WOLTER, Catedrático emérito de Derecho penal y procesal penal de la Universidad de Mannheim, es un excelente penalista, autor de numerosas publicaciones,[4] siempre relevantes y siempre especialmente originales, algunas de absoluta referencia mundial, como, por citar solo una, su libro sobre imputación objetiva y personal de conducta, peligro y lesión en un sistema funcional de delito.[5]

Siendo claro lo anterior, la faceta que aquí queremos destacar es la de WOLTER como gran impulsor del diálogo científico entre la doctrina alemana y la de otros países y, en concreto, la española y toda la iberoamericana.

WOLTER ha intervenido desde hace muchos años, más de treinta,[6] en múltiples reuniones científicas con presencia de penalistas y procesalistas de diversos países, desde luego también españoles y, en general, iberoamericanos. Igualmente, ha participado en libros en alemán y español fruto de la colaboración y debate entre penalistas españoles y alemanes. La cita de unos y otros se hace aquí imposible. Pero la más importante –e impresionante– contribución a estrechar lazos entre la ciencia penal alemana y la española e iberoamericana la ofrece WOLTER como editor y director (durante los últimos años con Wilfried KÜPER,[7] Michael HETTINGER y Ralf ESCHELBACH) de la decana de las revistas jurídico-penales alemanas, el Goltdammer's Archiv für Strafrecht, fundada en 1853 por Theodor GOLTDAMMER, aún en la actualidad una de las más prestigiosas en Alemania y en el mundo entero.

Las relaciones estrechas entre la ciencia penal alemana y la española existen desde hace muchos decenios. Las más frecuentes tradicionalmente se traducen en estancias de investigación pre o postdoctorales de españoles en universidades u otros centros de investigación alemanes, acogidos por un penalista alemán. En tiempos más recientes se han ido haciendo cada vez más frecuentes las

[4] Aunque hay algunas posteriores, la mayoría se relacionan en el listado de publicaciones en FS-Wolter: ZÖLLER/HILGER/KÜPER/ROXIN (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, pp. 1495 ss. Esta obra es el Libro Homenaje que se le dedicó con motivo de su 70.º aniversario. La relevancia de los autores de diversos países que en intervienen da cuenta de la propia importancia de Jürgen WOLTER y su obra.

[5] WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem*, 1981.

[6] El propio WOLTER ha recordado su relación científica y personal de más de veinticinco años con la ciencia penal española en Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional. A propósito de la aplicación alternativa de leyes, en LH-Mir Puig: SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 429.

[7] Hasta el inesperado fallecimiento de este el 10 de agosto de 2020, que nuestro homenajeado tanto sintió: v. solamente WOLTER/ESCHELBACH, "In dankbarer Erinnerung anWilfried Küper (1.5.1937-10.8.2020): 513 Vorbild, Mentor, Freund", en *GA*, 2020, pp. 577 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

invitaciones a profesores alemanes a impartir conferencias o a participar en congresos en España, igual que sucede en Iberoamérica. Y, hay que reconocerlo, aunque en mucha menor medida, las de centros alemanes que invitan a profesores españoles o hispanoparlantes a impartir conferencias y ponencias en congresos.

Aunque siempre se ha reconocido en España la importancia de la ciencia del Derecho penal alemana, ha sido bastante común una cierta queja: hemos aprendido mucho de los alemanes, sin duda; tanto, que ya podemos compartir y debatir con ellos de tú a tú. Y, sin embargo, se afirma, la relación no es igualitaria, pues nosotros leemos a los alemanes en su idioma, incluso los traducimos, mientras que ellos no nos leen en nuestro idioma, no nos traducen y, en definitiva, solo nos tienen en cuenta cuando escribimos en alemán, cosa poco frecuente y muy difícil si hablamos de libros, pero también de artículos de revista o trabajos en libros colectivos. En resumen, se concluye usualmente, para que nos escuchen los alemanes, tenemos que ir abriéndonos paso "a codazos".

Existiendo un núcleo de verdad en lo anterior, la situación ha ido mejorando mucho en tiempos recientes, en lo que se refiere a la participación de españoles (e iberoamericanos en general) en revistas y obras colectivas alemanas, e incluso penalistas españoles han escrito y publicado libros en alemán, que son recibidos con todo respeto y atención en la doctrina alemana. Subsiste el problema del idioma, pero también hay que reconocer que cada vez son más (aunque aún no sean muchos) los colegas alemanes que nos leen en español, nos tienen en cuenta y nos citan.

Pues bien, un hito fundamental en la mejoría de esa situación tiene lugar desde que en 2002 Jürgen WOLTER es nombrado editor y director del Goltdammer's Archiv. WOLTER se propone abrir las páginas de la prestigiosísima revista al diálogo con la doctrina de diversos países y, en concreto, con la española e iberoamericana. Ya simbólica y materialmente importante resulta la inclusión de un número destacado de penalistas españoles entre los colaboradores permanentes de esta, es decir en su consejo científico.[8] Pero aún más importante ha resultado el que, en

[8] Estos han variado ligeramente a lo largo de los años. Los dos primeros incorporados al consejo de colaboradores permanentes ya desde el inicio de su mandato como editor/director en 2002 fueron Diego-M. LUZÓN PEÑA y Santiago MIR PUIG. Actualmente los colaboradores permanentes españoles somos, tras el fallecimiento de Santiago MIR PUIG en 2020, aparte del ya mencionado D. M. LUZÓN, Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Manuel CANCIO MELIÁ y Ricardo ROBLES PLANAS, en todo caso un número muy superior al de miembros de cualquier otro país fuera de Alemania: del ámbito germánico dos suizos y un austríaco, y fuera de ese ámbito dos brasileños-alemanes, dos italianos, un argentino, un portugués y un japonés.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

cumplimiento de un proyecto editorial, se hayan dedicado números o fascículos enteros de la revista al diálogo entre la ciencia penal alemana y la española e iberoamericana.

Así, aparece GA 2010/6, con contribuciones, mencionando solo los artículos, de WOLTER,[9] SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN. En GA 2011/5, aparecido como "Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag" [Homenaje a Claus Roxin por su 80.º aniversario], inscrito además en una serie de números dedicados a honrar a insignes penalistas,[10] encontramos artículos de WOLTER,[11] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GIMBERNAT ORDEIG y LUZÓN PEÑA. GA 2013/11 contiene solo artículos de españoles: SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, MONTANER FERNÁNDEZ / ORTIZ DE URBINA GIMENO y SÁNCHEZ LÁZARO. Un nuevo homenaje hispano-alemán a ROXIN aparece en GA 2016/5, bajo el título "Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag", que tradujimos al español para publicarlo en el número extraordinario monográfico 5 (2016) de Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, con el título *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario,[12] con artículos de WOLTER,[13] DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GRECO, JÄGER, JUNG, LUZÓN PEÑA, ROBLES PLANAS, SCHÖCH, SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ y ZÖLLER (y CANCIO MELIÁ, en la versión española de Libertas), así como un extenso informe de AMBOS / MALARINO (argentino este último) y algunas recensiones amplias (entre ellas una del argentino PÉREZ BARBERÁ).

Otra contribución muy importante de WOLTER al diálogo entre la ciencia penal alemana y española se produce en GA 2017/12, donde se da un paso enorme en la dirección de la colaboración en pie de igualdad, al tratarse del primer número en toda la más que centenaria historia de la puntera

[9] Significativo es el título de su artículo introductorio: "Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft: (Zur Modernisierung des Strafrechts - Vorwort)" [Contribuciones a la ciencia del Derecho penal alemana-española (Acerca de la modernización del Derecho penal – prólogo)], pp. 305-306.

[10] Este no es el primero dedicado a Claus ROXIN, pues ya GA, 2006/5 homenajeaba al maestro alemán por su 75.º aniversario, si bien no se dedicaba al diálogo entre la ciencia penal alemana y española, aunque en él intervino algún autor español, entre otros el primero de nosotros, D. LUZÓN.

[11] En este caso presenta dos trabajos, el primero introductorio con el título "Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft. Grundlagen des Strafrechts und das Werk von Claus Roxin – Einführung" [Contribuciones a la ciencia del Derecho penal alemana-española. Fundamentos del Derecho penal y la obra de Claus Roxin –Introducción–], pp. 255-258.

[12] En la versión española en Libertas (http://www.ficp.es/revista-libertas/) aparece además un artículo de CANCIO MELIÁ que iba destinado al citado GA 2016/5, pero que no llegó a tiempo para este y fue publicado en un número posterior de GA, así como una presentación de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO como director de la revista.

[13] En este caso titulado Claus Roxin und Goltdammer's Archiv für Strafrecht, GA 2016/5, pp. 233 ss. [Libertas 5 (2016), Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), traducción de LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, pp. 10 ss.]

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

revista dedicado por completo a un destacado penalista español[14] con motivo de su 70.º aniversario, a SANTIAGO MIR PUIG, como refleja su título "Festgabe für Santiago Mir zum 70. Geburtstag" [Homenaje a Santiago Mir por su 70.º aniversario], con trabajos de WOLTER (en conexión con KÜPER¨),[15] ROBLES PLANAS, SILVA SÁNCHEZ, ROXIN, LUZÓN PEÑA, SCHÜNEMANN, DE VICENTE REMESAL, FRISCH y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Impulsado por MARK ZÖLLER, discípulo de WOLTER, se publicó el fascículo 2018/9 de GA, dedicado a JÜRGEN WOLTER por su 75.º aniversario,[16] con contribuciones de ZÖLLER, KÜPER, ROXIN, SCHÖCH, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y GRECO, como merecidísimo homenaje a quien tanto se esfuerza por la revista, por el alto nivel científico de esta y por el diálogo internacional, una vez más contando con autores españoles, en su incansable tarea. Por segunda vez en la revista y de nuevo de manera absolutamente excepcional en el panorama alemán, WOLTER va a cumplir su empeño en dedicar un número, el GA 2020/4,[17] con motivo de su 70.º aniversario a otro penalista español que él considera igualmente destacado, Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, coordinándolo, en un nuevo gesto de generosidad y consideración, con el discípulo de este, también colaborador permanente de GA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, iniciándolo con sendas introducciones-*laudationes* de ambos, y con colaboraciones, además de otras de ellos dos, de ROXIN, DE VICENTE REMESAL, SCHÜNEMANN, MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ, ZÖLLER, GRECO, ROBLES PLANAS y LEITE. Extraordinariamente significativo es el título de la *laudatio* de WOLTER, superando las distancias a las que más arriba hacíamos referencia: "Diego-Manuel Luzón Peña como garante de una dogmática jurídico-penal alemana-española de igual a igual. Un alegato en favor de una ciencia jurídico-penal internacional referida al correspondiente ámbito jurídico".[18]

Con motivo del triste fallecimiento, el 6 de mayo de 2020, de Santiago MIR PUIG, uno de los más brillantes penalistas españoles y hasta entonces miembro del consejo de colaboradores permanentes de GA, en GA 2020/9, junto a los trabajos previstos ordinariamente de autores

[14] Como destaca el propio WOLTER en su trabajo introductorio al fascículo cuyo título mencionaremos enseguida, GA 2017/12, p. 641; LH-Mir Puig, 2017, p. 429.
[15] Su trabajo introductorio se titula "Santiago Mir als Architekt der spanisch-deutschen Wissenschaftsfreundschaft" [Santiago Mir como arquitecto de la amistad científica alemana-española], pp. 641 ss.
[16] Jürgen Wolter zum 75. Geburtstag, GA 2018/9, pp. 473 ss.
[17] Freundesgabe für Diego-Manuel Luzón Peña zum 70. Geburtstag [Liber Amicorum a Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario], GA 2020/4, 169 ss. Aunque evidentemente quienes escribimos ahora somos implicados directos en el homenaje (su destinatario y uno de los coordinadores), hemos preferido mantener el texto en el estilo de las demás referencias a números de GA.
[18] WOLTER, "Diego-Manuel Luzón Peña als Garant einer spanisch-deutschen Strafrechtsdogmatik auf Augenhöhe. Plädoyer für eine rechtskreisbezogene internationale Strafrechtswissenschaft", en *GA*, 2020/4, pp. 176 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

alemanes para el número, Jürgen WOLTER incluye un trabajo en su recuerdo,[19] con el significativo subtítulo, referido al autor español "Pionero de una ciencia jurídico-penal hispano-alemana en colaboración", donde se observa cómo nuestro homenajeado coloca a la ciencia alemana y a la española en un nivel de igualdad. En el mismo fascículo de GA se incluye también un artículo del destacado discípulo de MIR PUIG, colaborador permanente de GA, SILVA SÁNCHEZ, en memoria de su maestro y recordando la obra temprana de este[20].Por fin, para no alargar mucho más esta exposición, destacando que GA da entrada en diversos números a trabajos de juristas no alemanes, con frecuencia españoles, latino-europeos o latino-americanos, señalaremos además, por afectar a miembros de nuestra escuela, cómo en los últimos números Jürgen WOLTER ha sido generoso dando espacio, no solo a nosotros, a un miembro cualificado de nuestra escuela como Javier DE VICENTE REMESAL (con los trabajos ya citados) y a la codiscípula del propio WOLTER, a la que enseguida nos referiremos, Silvia MARTÍNEZ CANTÓN,[21] sino también a jóvenes doctores, muy prometedores, como son Carmen PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ,[22] discípula de LUZÓN PEÑA, y Alfredo ALPACA PÉREZ,[23] discípulo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Y nos consta que había más ofertas y peticiones por su parte.

El esfuerzo de WOLTER, respaldado por los demás responsables de la revista, es absolutamente encomiable y la doctrina penal española y también hispanoparlante debe estarle especialmente agradecida por tan generoso proyecto ya ampliamente desarrollado. Nosotros lo estamos profundamente.

La colaboración estrecha entre Alemania y España de la mano de WOLTER no se acaba ahí ni mucho menos. Por citar dos ejemplos más de ella, cabe mencionar la estrecha relación fomentada por él de GA y algunas revistas españolas, especialmente InDret Penal y la tan cercana a nosotros Libertas, que el propio WOLTER ha destacado,[24] o la pertenencia de este como Socio de Honor de nuestra FICP y miembro del Consejo Internacional Científico y de Redacción de Libertas. Incluso

[19] WOLTER, Professor Dr. Dr. h. c. mult. Santiago Mir Puig (5.12.1947-6.5.2020). "Wegbereiterer einer patnerschaftlichen spanischen-deutschen Strafrechtswissenchaft", en *GA*, 2020/9, pp. 513 ss.
[20] SILVA SÁNCHEZ, "Die Werke des jungen Mir Puig. Santiago Mir Puig in memoriam", en *GA*, 2020/9, pp. 518 ss.
[21] MARTÍNEZ CANTÓN, "Das Recht auf antwaltlichen Beistand im Licht der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR", en *GA*, 2021/9, pp. 512 ss.
[22] PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, "Eine Theorie der kollektiven Recthsgüter: Überlegungen anhand der öffentlichen Gesundheit", en *GA*, 2021/6, pp. 328 ss.
[23] ALPACA PÉREZ, "Prävention und Vergeltung bei der rechtfertigung der staatlichen Strafe", en *GA*, 2021/10, pp. 543 ss.
[24] Así en GA 12017/12, 642; LH-Mir Puig: SILVA / QUERALT / CORCOY / CASTIÑEIRA (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 428.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

WOLTER y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO comparten, con afortunada y llena de humor expresión del primero, en "coautoría" una discípula.[25] Y tampoco falta su importante colaboración en obras españolas de especial relieve, por citar dos de las más recientes, en los libros en homenaje a dos penalistas españoles a los que se siente especialmente cercano, precisamente a aquellos a los que GA ha dedicado también números-homenaje especiales (Festgaben): Santiago MIR PUIG[26] y Diego-Manuel LUZÓN PEÑA.[27]

Para no alargarnos mucho más, daremos la palabra a WOLTER expresando, en el fascículo de GA dedicado a ROXIN en 2016, la satisfacción por la colaboración de la ciencia penal alemana e iberoamericana y su plasmación en GA y en otros hitos: "En conjunto todos estos avances —aquí referidos solo a modo de ejemplo y de modo notablemente reducido a América Latina, España y Portugal, al GA y a los participantes en el *Liber amicorum*— ofrecen un rico material documental para una 'dogmática jurídico-penal de igual a igual', que tuvo un origen en los simposios de Coimbra, Madrid y Barcelona 1991/1994, prosiguió en los tratados de PG (AT) de ROXIN 1991-2006 (cfr. el prólogo de la 4.ª edición de AT I) y encontró refuerzo también precisamente a través de las contribuciones (al GA) señaladas de ROXIN, así como de las iniciativas de SCHÜNEMANN, especialmente en el Goltdammer's Archiv für Strafrecht";[28] esa idea de una dogmática penal de igual a igual que ha reiterado, como sabemos, incluso en el título de su *laudatio* a LUZÓN PEÑA en GA 2020/4.

A ello se añade la muy especial y constante vinculación que desde hace muchas décadas une a nuestra escuela y a la mayoría de sus componentes, españoles e iberoamericanos, con la escuela científica alemana a la que pertenece nuestro homenajeado, encabezada por su maestro el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus ROXIN, con el cual o con varios de sus discípulos muchos de nuestros miembros han completado su formación o han colaborado en proyectos e iniciativas comunes, como, por citar una de las más conocidas internacionalmente, ha sido la traducción al español por

[25] Se trata de SILVIA MARTÍNEZ CANTÓN, ya mencionada en *supra* nota 21.
[26] WOLTER, "Principio de legalidad e imperio de la ley: interpretaciones erróneas del Derecho constitucional a propósito de la aplicación alternativa de leyes (trad. RAGUÉS)", en *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 417 ss.
[27] WOLTER, "La imputación objetiva objetiva en un sistema del delito de doble vía" (trad. de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ALPACA PÉREZ), en *LH-Luzón Peña*: DE VICENTE REMESAL/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/PAREDES CASTAÑÓN/OLAIZOLA NOGALES/TRAPERO BARREALES/ROSO CAÑADILLAS/LOMBANA VILLALBA (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I, 2020, pp. 1173 ss.
[28] GA2016/5, p. 235; Libertas 5 2016, p. 13 s.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

algunos de nosotros bajo la dirección de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA de los dos tomos del impresionante tratado de Derecho Penal, Parte General, de Claus ROXIN.[29]

Comenzamos este trabajo, en el que hemos completado la introducción que escribimos para nuestro *Liber Amicorum* a él dedicado en 2018, diciendo que Jürgen WOLTER es un excelente penalista y hemos dedicado la mayor parte de ella a destacar su incansable y valiosísima labor como valedor del diálogo entre la ciencia penal alemana y la de otros países, en especial los del ámbito ibero-americano. Desearíamos acercarnos a su conclusión señalando algo que es aún más importante que todo lo anterior y que nuestra experiencia y trato personal con él nos ha demostrado una y otra vez: Jürgen WOLTER es una excelente persona.

Pero antes de concluir, queremos manifestar nuestra tristeza al ver que Jürgen WOLTER ha tenido que dejar, en circunstancias penosas para él,[30] la edición y dirección de GA. Nuestro agradecimiento y solidaridad con Jürgen WOLTER son absolutos e inquebrantables. Por eso, queremos expresarle desde aquí, rindiéndole un nuevo y sentido homenaje, que sean cuales sean las circunstancias de su salida de GA, su magna obra en la revista queda grabada a fuego en la historia de esta y nada ni nadie podrá opacarla. Querido Jürgen, serás siempre ya pieza clave, artífice principal, de una época especialmente brillante de una revista excepcional para la ciencia penal alemana y mundial. Eso debe hacerte sentir tranquilo y orgulloso, mirar tu obra y experimentar felicidad por encima de cualquier otra circunstancia. Pocos pueden presumir de un mérito semejante en la historia del Derecho penal, ¡Gracias por habernos dejado ser una mínima parte de esa brillante historia en que tu nombre resplandecerá para siempre! Has sido, no solo, como decíamos en 2018, "un gran vínculo entre la ciencia penal alemana y española", sino mucho más, difícilmente expresable con palabras, pero que resumiremos así: has sido pieza clave en la construcción de una ciencia penal de alto nivel más allá de los límites de un Estado y de un idioma, trascendiendo fronteras y lenguas, para elevarla al nivel de ciencia mundial (y, claro, global) del Derecho penal. Creemos poderte decirte, en nombre de los penalistas de habla hispana y de los del

[29] ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas y Thomson-Civitas, t. I, trad. de la 2.ª ed. y notas de LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, 1997; t. II, trad. y notas de LUZÓN, PAREDES, DÍAZ, DE VICENTE, GARCÍA MOSQUERA, TRAPERO, OLAIZOLA, ROSO, BARBER, JERICÓ, DURÁN, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, MARTÍNEZ CANTÓN, VEGA y ESCOBAR, 2014. Otra muestra pública de reconocimiento y homenaje por nuestra escuela al común maestro de WOLTER y nuestro es otro libro homenaje de 2018 a ROXIN con participación de todos los miembros de nuestra escuela que hemos traducido los dos tomos de su tratado y de su discípulo B. SCHÜNEMANN: LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II)*, Lima, UIGV/FICP, 2018.

[30] V. solo la primera página de su artículo de despedida: WOLTER, en *GA* 2021/12, p. 663.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ámbito iberoamericano, ¡muchas gracias y sigue impulsando, aunque ya no sea desde GA, ese proyecto magno en el que has creído y que has hecho realidad mejor que ningún otro! Y recibe una vez más nuestro sentido aprecio académico, agradecimiento y afecto personal.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

JÜRGEN WOLTER Y EL ARCHIV FÜR STRAFRECHT DE GOLTDAMMER – UNA CARTA ABIERTA

Prof. Dr. Luís GRECO*

Querido Jürgen,

El número de diciembre de 2021 puso fin a su etapa como redactor jefe de Goltdammer's Archiv (GA), la revista alemana de Derecho penal más antigua (fundada en 1854), que desde 2002 había estado en sus manos (y en las de su amigo Wilfried KÜPER, recientemente fallecido). Como antiguo colaborador permanente de la revista que no solo yo, sino también muchos de los colaboradores permanentes (que así lo han expresado en sus respectivas cartas abiertas) y también el público especializado entendía, en cierto modo, como *su revista,* quisiera expresarle públicamente y ante un foro internacional mi agradecimiento por lo que ha hecho, no solo por mí, sino por la idea, que yo también suscribo, de una ciencia universal del Derecho penal.

Cada número de su GA llevaba su *marca hecha a mano:* el trabajo inmaculado y meticuloso de edición y corrección, que garantizaba que cada artículo se publicara en su versión más perfecta, fruto de horas de trabajo muy personal que nunca se permitió delegar.

Bajo su dirección, GA fue una verdadera *obra de arte,* una manifestación de equilibrio en todas sus dimensiones. La aceptación de artículos se guiaba únicamente por la calidad, y nunca por externalidades como los títulos, razón por la cual GA siempre fue receptiva incluso a trabajos de meros doctorandos o extranjeros (a los que volveré dentro de un momento); decisiones de las que usted siempre asumió toda la responsabilidad, a las que nunca se molestó en renunciar en favor del supuestamente superior, por americanizado, procedimiento de la llamada *blind-review*, que aleja al redactor jefe de su tarea principal. La misma responsabilidad, recuerdo, que no dudaste en ejercer cuando tomaste la iniciativa de conseguir buenos artículos, invitando a los más diversos autores a escribirlos; cuando reclutaste al equipo de colaboradores permanentes a lo largo de estos veinte años; cuando diseñaste cada número con la mirada puesta en el equilibrio entre lo eterno y lo actual, lo teórico y lo práctico.

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Humboldt de Berlín (Alemania).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Solo pudiste lograr esta admirable hazaña porque, para ti, GA nunca fue solo un trabajo, sino un *legado*. Las energías que otros canalizaban hacia sus propias publicaciones, hacia ganar dinero en la empresa privada o incluso hacia la ociosidad, usted las dedicaba a la ciencia del Derecho penal - fiel al espíritu de una más que secular cadena de predecesores que se remonta al fundador, que es quien da nombre a la revista. Fue bajo tu batuta que GA se abrió a jóvenes científicos que aún no eran doctores —ya que los títulos ni garantizan ni sustituyen la calidad—, así como a científicos extranjeros, a los que, de forma pionera, integraste en las filas de colaboradores permanentes. Usted ha transformado la revista de derecho penal más antigua y tradicional de Alemania en el foro de una ciencia que discute internacionalmente, en la que los extranjeros debaten en igualdad de condiciones con los alemanes y no quedan relegados a narrar curiosidades sobre su propio país. Usted ha hecho de GA un espejo de lo que la ciencia del derecho penal alemán aún no es, pero debe aspirar a ser, que la representa en sus principales cualidades, que son las que tantos extranjeros, entre los que me incluyo, admiran tanto: una ciencia de iguales, que solo se interesa por los argumentos, no por las personas. Y siempre en alemán, ya que es el idioma que mantiene la conexión con la más rica tradición de ideas sobre la pena y el derecho que se ocupa de ella que jamás se haya desarrollado.

Un legado perdura mientras expresa amor y dedicación incondicionales, es decir, que se entrega sin ninguna expectativa, ni siquiera de gratitud, y precisamente por eso todos merecemos estar agradecidos. Por último: GA durante los últimos 20 años ha sido un proyecto para una ciencia del derecho penal en la que creo, en la que tú me hiciste creer. Tu marcha de la revista me entristece. Pero aunque la dejes, tu legado permanece. Gracias.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

AUTORES VARIOS (2023) "Homenaje a Jürgen Wolter", pp. 8-44.

JÜRGEN WOLTER, GARANTE DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

Prof. Adjunto Dr. Alaor LEITE*

Cualquiera que se aventure en el mundo de la ciencia se da cuenta pronto del peso de la tradición, del encanto de los descubrimientos y de la inexplicable frescura de los trabajos publicados en viejas revistas de páginas amarillentas. Pronto surge la ambición de ver publicado algún día el propio trabajo en esa revista por la que han desfilado los autores más destacados del pasado. En derecho penal, esa revista es *GA*, lanzada en 1853. En las páginas ocultas por la inconfundible cubierta verde claro, ROXIN publicó en 1963 la piedra angular de la categoría de la dominación organizativa, por citar solo un ejemplo.

Esta reputación no es el producto repentino de la casualidad, sino el resultado del trabajo permanente de penalistas que, sin una gran suma de dinero a cambio, han dedicado su tiempo a la revista, precisamente para que pueda sobrevivir al implacable paso del tiempo. Durante los últimos veinte años, Jürgen WOLTER ha sido el director de GA. Para la ciencia, el tiempo no es dinero.

Las dos décadas de trabajo manual en la revisión de textos —conservo mis manuscritos corregidos por él con sus infatigables anotaciones—, de búsqueda minuciosa de nuevos autores y de apertura de la revista al mundo, autorizan a afirmar sin ambages que Jürgen WOLTER ha sido el verdadero *garante de la ciencia jurídica penal internacional* en los últimos años. Los números verde claro de 2001 a 2021 pueden leerse con la certeza de que contienen lo mejor de lo que se estaba produciendo en ese momento en Alemania y en el mundo. Es posible leer los artículos sin prestar atención al autor —ya fuera un emérito y honrado catedrático, o un joven sin títulos ostentosos—.[1] Era ciencia en estado puro.

El equilibrio encontrado en el punto justo entre *tradición e innovación* tal vez explique por qué los penalistas de todo el mundo se sintieron tan conmovidos por la transformación de lo que habría sido una despedida natural —el tiempo pasa— en una ruptura abrupta. Este contexto —que también explica este volumen— sugiere la necesidad de describir, en forma de testimonio personal de un brasileño residente en Alemania, lo que ha hecho de GA el foro por excelencia de discusión

* LLM.

[1] Lo digo por experiencia personal: en 2012, cuando ROXIN envió un artículo mío para su publicación en GA, que luego fue revisado y aceptado por WOLTER, yo ni siquiera había terminado mi doctorado, y nunca me habría atrevido a enviar yo mismo un artículo a GA. Yo era lector, no autor. No conocía personalmente a Jürgen WOLTER.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entre penalistas de diversas nacionalidades. Creo que se trata de un diagnóstico general, cuyos efectos aún no se han materializado todos.

En su lucha por una ciencia jurídica y penal (y procesal penal) auténticamente internacional,[2] que se practicara "cara a cara",[3] y no "mirar desde arriba", WOLTER creó lo que de hecho faltaba en la ciencia jurídica alemana, que siempre había atraído a tantos juristas, a saber: las *condiciones externas para un diálogo horizontal*, sin renunciar a la calidad como criterio rector. Antes, muchos autores extranjeros venían a Alemania en busca de un mentor, para poder regresar a sus respectivos países con la última novedad jurídica en el equipaje —y publicarla en sus revistas—. Por otra parte, traducían con generosidad y facilidad las obras más importantes publicadas en lengua alemana, todavía inaccesible para tantos. Este intercambio era fundamental para el desarrollo de la ciencia en varios países, pero a este penalista extranjero, alumno y traductor del maestro checo, le faltaba cierto *sentido de pertenencia real a* un debate internacional. Después de todo, es innegable que hay algo en nuestra ciencia que nos une a todos, algo profundo que no puede tratarse simplemente como el "último producto de exportación alemán" ansioso por pasar la aduana.

Todos, armados con sus pasaportes multicromáticos, estaban preocupados por la *pena,* esa poderosa (y omnipresente) manifestación del Estado que los juristas deben racionalizar. Esta tarea incumbe a todos por igual. La pena afecta a lo que todos tenemos como personas, a nuestros "derechos innatos".[4] Ella, la pena, es el *lenguaje común del* derecho penal.[5] Jürgen WOLTER sabía que no estaba exportando una pistola más fabricada en la industria alemana, sino entablando un diálogo sobre los fundamentos y los límites de la sanción penal, y en este asunto era necesario aprender de las experiencias de los demás. WOLTER es ante todo un humanista.

GA fue el escenario de estos esfuerzos conjuntos de racionalización, "cara a cara". Esta *nueva actitud* permitió, entre otras cosas, incluir a autores extranjeros en el consejo de redacción de la revista como "editor permanente" —como este suscriptor, sin la categoría de profesor— y publicar

[2] Así lo dije en *Leite*, La lucha por uma auténtica ciencia jurídico penal (y procesal), InDret 2020, p. 618 y ss. (accesible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1556.pdf), texto previamente publicado en GA, en el número 4/2020.
[3] En la imagen plástica y feliz que Wolter ha utilizado en varias ocasiones: GA 2016, 235; *ídem,* Libertas 5/2016, 13.; *ídem,* GA 2019, 658.
[4] Así, en una reflexión pionera, *Greco,* Strafprozesstheorie, p. 653 y ss.; siguiendo y desarrollando la idea, *Leite*, Notstand und Strafe, Berlín, 2019, p. 189, 193 y ss.
[5] Sobre este lenguaje común, *Leite*, Ciência penal internacional: possibilidade e limites, Jota 11/2021, disponible en: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/ciencia-penal-internacional-05112021

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sus trabajos junto a autores alemanes, en lugar de en una sección extranjera aparte, que en otras revistas estaba reservada a los exotismos. Consciente de las barreras lingüísticas, WOLTER barajaba la idea de realizar más publicaciones simultáneas en alemán y español, para aumentar la difusión de ideas en tiempo real. Nuestra última tarde en KARLSRUHE y DURLACH estuvo repleta de estas estimulantes ideas.

En el fondo, estas cualidades como científico —es el creador del famoso *Systematischer Kommentar*, que no necesita presentación— reflejan la *persona de* Jürgen WOLTER, el penalista alemán más afable y atento que he conocido. Un científico riguroso, una persona abierta. Como era riguroso y abierto, hizo GA a su imagen y semejanza: rigurosa y abierta. Me temo que es irrepetible.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023).

JÜRGEN WOLTER Y LA REVISTA GA COMO PROMOTORES DE UN DEBATE PENAL INTERNACIONAL

Prof. Dr. Vincenzo MILITELLO*

Como penalista italiano, quiero agradecer especialmente a mi ilustre colega *Jürgen* WOLTER el incansable empeño con el que ha contribuido, a través de GA, a revitalizar y enriquecer el debate internacional sobre derecho penal y política criminal.

En primer lugar, hay que señalar que la relación entre la ciencia penal alemana y la italiana se remonta a tiempos tan lejanos y es tan profunda que tratar de identificar un punto de partida concreto en esta historia, o un enfoque único de sus interconexiones, resultaría en dificultades insuperables. Para hacerse una idea general de esta antigua y profunda conexión, basta con mencionar algunos ejemplos. En lo que respecta al siglo XVIII, se considera significativa la introducción de la versión alemana, a cargo de Karl Ferdinand HOMMEL, de la obra de Cesare Beccaria "De los delitos y las penas", que se difundió por todo el mundo, así como, en lo que respecta al siglo XIX, la colección "Textos jurídico-penales alemanes" en su traducción italiana con más de 40 contribuciones de penalistas ilustres como MITTERMEIER y KLEINSCHROD (en cuatro volúmenes 1846-1847). Y, en el siglo XX, los múltiples puntos de contacto en el pensamiento entre penalistas alemanes e italianos ya fueron puestos de relieve por WÜRTENBERG en 1965, en el prefacio a la edición italiana de su célebre libro "Sobre el estado espiritual de la ciencia penal alemana". También es importante mencionar aquí la particular atención prestada a la ciencia penal italiana, inicialmente por el distinguido profesor de derecho penal comparado Hans-Heinrich JESCHEK, y más tarde por el conocido profesor de Gotinga Manfred MAIWALD.

También es cierto que, en las últimas décadas, el desarrollo de estos valiosos vínculos se habría perdido sin la contribución de una fuerza motriz.

La contribución de Jürgen WOLTER a través de la revista *GA* fue decisiva en este sentido, al igual que la reputación de la revista como la más antigua de derecho penal alemán. La revista mantuvo este antiguo canal de comunicación entre las dos tradiciones jurídicas, pero lo renovó y lo

* Universidad de Palermo.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

enmarcó en un diálogo internacional más amplio. A través de la inclusión de un número significativo de científicos de diferentes nacionalidades, que actúan como nexos con sus respectivos sistemas penales, GA y su editor Jürgen WOLTER han contribuido, en las últimas dos décadas, de una manera sin precedentes, a un cambio significativo en el espacio en el que se sitúan las cuestiones del delito y de los autores: a más tardar desde los maestros Karl BINDING y Arturo ROCCO, han sido objeto de la ciencia penal alemana e italiana, aunque el debate sobre ellas se ha desarrollado predominantemente en un contexto nacional. Ya en el siglo XIX, este era el contexto bien definido para las diferentes teorías de la pena, todas ellas basadas, sin perjuicio de sus particularidades, en el postulado de la indisolubilidad del binomio positivo sistema penal/soberanía del Estado.

Se trata de una idea profundamente arraigada: "El Código Penal, en su conjunto y en sus partes individuales, es el producto de la legislación nacional", como había dicho HESSTER, p. ej., hace 150 años en el primer número de lo que se convertiría GA entonces todavía titulado *Archiv für preußisches Strafrecht* ("Bemerkung über Anwendung und Auslegung des neuen Strafgesetzbuchs", 1853, S. 27). Sin embargo, este marco tradicional no podía dejar de ser susceptible de sufrir las profundas transformaciones que han tenido lugar desde finales del siglo pasado, a través de la creciente integración de los distintos ordenamientos jurídicos y la consiguiente interconexión de las interpretaciones de los tribunales nacionales, supranacionales e internacionales.

El mérito de Jürgen WOLTER fue, pues, doble. En primer lugar, por permitir comprender la novedad de los problemas a los que se enfrenta la ciencia penal en el moderno marco institucional multinivel. En segundo lugar —y sobre todo— la constatación de que la tradición sin parangón de una revista alemana de tanta relevancia como GA no requiere un encierro autorreferencial en sí misma, sino que necesitaba transformarse en un ágora abierta, en la que pudieran consultarse una pluralidad de voces para interpretar los cambiantes problemas penales en su manifestación actual.

El esmero puesto en la redacción de los distintos números, el control de calidad personal de cada contribución, así como el estímulo constante para comprometerse con una de las diversas secciones de la revista, son valores adicionales ya de por sí dignos de mérito, pero que han alcanzado una singularidad absoluta gracias al compromiso y la dedicación diarios de Jürgen WOLTER a lo largo de veinte años.

Mi agradecimiento se debe, por tanto, al menos a dos razones: el hecho de que la ciencia penal internacional haya encontrado un espacio donde es posible actualizar su debate, fruto de la

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

pluralidad de experiencias y sistemas jurídicos; y la confianza de incluirme como interlocutor en este diálogo internacional sobre derecho penal en calidad de colaborador permanente de GA.

No es fácil encontrar palabras a la altura de la amistad que me has demostrado, de la amabilidad que me has demostrado en cada contacto y de tu generosidad humana. Pero solo puedo decir que lo atesoraré todo como uno de los mayores regalos que me han hecho.

Gracias, Jürgen.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PALABRAS PARA JÜRGEN

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ricardo ROBLES PLANAS*

¿Por qué Jürgen WOLTER ha dedicado tantos años y esfuerzos de su vida a la labor de editor en el *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*? Esto es lo que se preguntó en voz alta Wilfried KÜPER en su intervención durante el acto de entrega del libro homenaje a su gran amigo Jürgen WOLTER en Karlsruhe en el año 2013. Por suerte estuve allí presente para oír la respuesta que el propio KÜPER ofreció: por amor a su disciplina. Me impresionó tanto que muchas veces, demasiadas, me cobijo ahí: cuando pienso que en la dramática situación actual de la universidad y de la ciencia penal solo se puede sobrevivir aplicando la fórmula WOLTER: hacer lo que uno cree por convicción, lo mejor posible y sin esperar nada a cambio. Aunque ello resulte quijotesco para muchos que calculan sus movimientos e invierten a corto. Estos, probablemente, se irán a la tumba sin saber lo que es el fracaso, pero tampoco habrán experimentado nada épico. Y épico ha sido el trabajo de WOLTER sosteniendo, contra viento y marea, el estandarte de una ciencia penal universal de excelencia, alemana y latina. Cierto que el camino solo está débilmente trazado y hay que pisarlo muchas veces más para que no se borre. Pero al girar la vista siempre veremos al gran WOLTER animándonos a avanzar, a llevar de las manos a otros y a hacerlo por amor a nuestra disciplina.

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023).

ADIÓS A LA UTOPÍA…

HASTA PRONTO, JÜRGEN WOLTER

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ*

I

La "situación espiritual" de la academia jurídico-penal alemana no es la mejor de su bicentenaria historia. Ciertamente, los debates de los últimos años sobre la calidad de las tesis doctorales o sobre el modo de llevar a cabo las recensiones en las revistas científicas son, pese a su virulencia y sus efectos devastadores, meras anécdotas que revelan algo más profundo. Ese mal profundo se llama crisis de identidad. En efecto, los profesores alemanes de Derecho penal no han superado todavía la crisis generada por la europeización y la globalización de las relaciones académicas y discuten sobre el modo de afrontarla. Para algunos, la fórmula consiste en mantener la tradición dogmática. Para otros, en cambio, es preciso abandonar esa tradición, incluso abandonar la lengua alemana, y afrontar debates en inglés sobre legislación comparada, así como sobre filosofía transnacional del Derecho penal —del delito y de la pena—. Para quienes observamos esa confrontación desde el mundo latino, el enfrentamiento es dramático. En efecto, la posición que defiende la tradición dogmática alemana es consciente de la enorme influencia que esta ha tenido sobre quienes cultivan el Derecho penal en lengua española, portuguesa o italiana. Coherentemente, apuesta por la profundización de la relación de las universidades alemanas con las de nuestro mundo. Los portavoces de la segunda posición, en cambio, solo aspiran a acceder a los circuitos de discusión angloamericanos. Tienden a menospreciar la relación centenaria de Alemania con el mundo latino. Es más, incluso la consideran una "colonización" que habría que lamentar.

II

Naturalmente, cabe discutir si la crisis del *Goltdammer's Archiv* y la salida de Jürgen WOLTER de la revista tienen que ver con ese debate o no. Está claro que han influido cuestiones técnicas y económicas, en las que ahora no procede entrar. Sin embargo, lo que también está claro es que su salida ha coincidido en el tiempo con aquel debate; y que mes a mes, en su actividad de editor de la revista, Jürgen WOLTER personificaba de modo claro la primera de las posiciones esbozadas.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Mirando hacia atrás, esto se ha revelado una utopía. En efecto, la pretensión de Wolter de que una revista científica alemana contara, en pie de igualdad, con un grupo de colaboradores permanentes del mundo latino, a los que además se les encomendaban realmente funciones editoriales, no ha logrado prosperar.

Las últimas décadas del *Goltdammer's Archiv* han sido ciertamente reales. Pero me temo que también pueden verse como un espejismo de la voluntad de la academia alemana. Esta, seguramente, no tuvo nunca la voluntad real de formar una comunidad científica igualitaria con el mundo latino. El nacionalismo —o el provincianismo— de siempre y la nueva anglofilia se lo impiden. Sin embargo, esta consideración pesimista no empequeñece la obra de Jürgen WOLTER. Por el contrario, la engrandece, pues le muestra en la auténtica soledad del héroe, como un Hércules oculto tras esa apariencia física frágil. Ciertamente, nos falta perspectiva para juzgar la plena trascendencia de su gesto. Sin embargo, creo que la historia de la ciencia del Derecho penal le tiene reservado por ello un lugar privilegiado.

III

A esto último quería referirme, porque WOLTER no necesitaba esa generosidad como editor para ocupar un sitial privilegiado en la ciencia del Derecho penal. Su obra de dogmática de la teoría del delito y de dogmática de la teoría del proceso penal le sitúan ya en ese lugar central. Más allá del conjunto de su obra, que impresiona por su extensión y profundidad, a Jürgen WOLTER le debemos dos aportaciones fundamentales. Por un lado, la integración de la teoría de las normas de conducta y el sistema teleológico del delito, contenida en su obra *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (1981). Por el otro, una propuesta de encuadramiento interdisciplinario del Derecho penal, ciertamente más modesta que la ciencia total de VON LISZT, pero más realista y, por ello, más factible. Me refiero, claro está, a la configuración de un "sistema integral del Derecho penal",[1] como programa de colaboración dogmática entre disciplinas estrictamente jurídicas. Como es sabido, la propuesta pretende promover el estudio sistemático del Derecho penal —en particular, de las instituciones de la teoría del delito— con el Derecho procesal penal, el Derecho de la individualización de la pena y el Derecho constitucional.

[1] WOLTER/FREUND (eds.), El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, 2004.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Conocí a Jürgen WOLTER antes de entrar en el círculo de los *ständige Mitarbeiter* del *Goltdammer's* leyendo su obra. Ahora, al agradecerle sus largos años de editor de la revista, quiero agradecerle también su obra, confiando en que tengamos la oportunidad de un reencuentro debatiendo sobre ella. *Vielen Dank, lieber Herr Wolter, für Ihre Herausgeberschaft sowie für Ihr Werk!*

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A JÜRGEN WOLTER: 20 AÑOS DE DIRECTOR DE *GOLTAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT*

Prof. Dr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ*
y Prof. Dra. Alejandra VERDE**

Conocimos a Jürgen WOLTER en circunstancias muy especiales para nosotros. Porque nos lo presentó nuestra querida amiga Barbara HUBER, cuyo fallecimiento aún reciente todavía nos conmueve. Ella ya había actuado siempre como una suerte de "*manager*" del más viejo de nosotros dos, cuando todavía llevaba a cabo, en Alemania, la investigación sobre el dolo para la tesis de doctorado. Así, en los congresos de derecho penal a los que asistíamos allá por el año 2001, Barbara decía, p. ej.: "tienes que conocer sí o sí a Frisch"; y entonces se dirigía hacia él y comenzábamos una conversación entre los tres.

Varios años después, cuando fuimos juntos a Alemania, mientras estábamos con Barbara en su casa en Freiburg ella nos pregunta: "¿conocen a Jürgen Wolter?". Cuando le respondimos que personalmente no, que solo lo habíamos leído, entre sorprendida y desafiante nos dice: "¡pero cómo puede ser que no conozcan a alguien tan encantador y a quien más ha hecho para darle un lugar serio en Alemania a la ciencia jurídico-penal de habla hispana!". "Además —agregó— un discípulo de Roxin *tiene que* conocer a Jürgen". Su pregunta, por supuesto, no había sido casual: ella estaba invitada en esos días a una celebración, en Karlsruhe, por la publicación del libro homenaje por los 70 años de Jürgen, y lo que quería era explorar la posibilidad de que nosotros también fuéramos invitados, para poder presentárnoslo. Por supuesto que aceptamos encantados y así es que, otra vez gracias a Barbara, aparecimos en esa velada. Conocimos allí a Jürgen, tuvimos una larga conversación pese a que él estaba rodeado de amigos y nos comprometimos a visitarlo nuevamente, muy pronto.

* Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).
** Doctora en derecho y ciencias sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Exbecaria doctoral del CONICET (Argentina) y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD, Alemania) en la Universidad de Múnich. Profesora adjunta interina de Teoría del Delito en la Universidad de Buenos Aires; profesora de cátedra y coordinadora de la Maestría y Especialización de Derecho Penal de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Así es que, durante ese año de estadía en Alemania, fuimos a Karlsruhe muchas veces a visitar a Jürgen y a Micaela, su encantadora esposa. Casi siempre con Barbara, alguna vez también con Luis GRECO, otra vez con Vincenzo MILITELLO. Otras veces éramos solo los dos matrimonios: Micaela, Jürgen y nosotros dos. Disfrutábamos tanto de esos almuerzos en el Novotel de Karlsruhe o de cenas en restaurantes tan agradables. Siempre él orientando la conversación para que nosotros le comentáramos con todo detalle qué estábamos investigando en ese momento. Lo que le contábamos lo entusiasmaba y nos ofreció todo lo que estuvo a su alcance para ayudarnos: insistió, p. ej., en que lo que estaba escribiendo Gabriel sobre teoría de la pena debía ser publicado en GA, en alemán. Y le regaló sus libros y artículos a Alejandra para que ella profundizara sus lecturas sobre "*Wahlfeststellung*", tema al que había llegado a partir de su interés por el delito de receptación, que fue el objeto de su tesis doctoral.

Jürgen no estaba muy convencido de que al argumento de la retribución hubiera que darle tanto lugar como el que Gabriel pretendía dispensarle en el discurso de la justificación de la pena, pero aun así fue muy enfático en estimular a que ese artículo fuese escrito y puso mucho de sí mismo, corrigiéndolo gramaticalmente varias veces, para que pudiera estar a la altura de ser publicado en GA. Y en especial Jürgen estaba en profundo desacuerdo con la concepción que iba abrazando Alejandra en materia de *Wahlfeststellung*, y no obstante alentó continuamente a que ella avanzara con esa investigación. Su actitud científica frente a nuestras discusiones y su paciencia y generosidad para escucharnos, objetarnos y obligarnos a argumentar mejor es algo que siempre recordamos y le agradecemos.

En el marco de todos esos encuentros, entonces, fue conformándose entre nosotros muy rápidamente una amistad genuina y profunda. Fue en alguna de esas conversaciones que anunció que incluiría a Gabriel como *ständiger Mitarbeiter* de GA, y que nos propuso que nos tuteáramos, algo que, para un alemán, es una prueba muy fuerte de amistad. Nosotros no podíamos creerlo: tan luego Jürgen WOLTER, una figura central inobjetable del derecho penal alemán, nos profesaba ese cariño y, además, nos permitía discutir de igual a igual, *con él*, sobre temas jurídicos. Estas son las razones que muestran cuánto le debemos, y su forma de ser maravillosa es la razón por la cual él consideraría muy extraño que nosotros sintamos que le debemos algo.

Pero ¿cómo no sentirnos así de honrados? Jürgen WOLTER representa, a nuestro juicio, la conjunción más lograda de lo mejor que tiene Alemania para ofrecer en derecho penal: profundidad y creatividad científica, por una parte, e institucionalidad en términos de Estado de derecho, por el otro.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Por un lado, en efecto, él ha publicado una serie de estudios monográficos imprescindibles para todo el que quiera adentrarse en temas fundamentales como imputación objetiva, subjetiva y subsunción alternativa en la condena, entre muchos otros. Sus libros *Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (1972) y *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionellen Straftatsystem* (1981) son, en efecto, de tanta hondura científica que resultan de lectura obligatoria. Esos aportes han sido esenciales para este primer aspecto que caracteriza a la ciencia penal alemana, vinculado a la indagación profunda y a la vez creativa en torno a los fundamentos de las categorías normativas que fundamentan la atribución de responsabilidad penal.

Ahora bien, además de ello, Jürgen WOLTER ha contribuido también —y de modo decisivo— a la construcción de eso que, con una expresión feliz de Javier WILENMANN, podría denominarse ciencia jurídico-penal "normal". Alemania, en efecto no se caracteriza solo por la profundidad y creatividad científicas destacadas en el párrafo anterior, sino también por la construcción paciente y continuada de una doctrina menos sofisticada pero indispensable en un Estado de derecho, y que en ese país, además, es de muy elevada calidad. Nos referimos, naturalmente, a eso que conocemos como "doctrina dominante".

Esa clase de doctrina —que en Latinoamérica no llega a ser suficientemente profusa como para conformar un "canon" y que, además, suele ser de baja calidad— se logra precisamente a través del colosal trabajo que llevan a cabo quienes escriben los muy numerosos manuales de derecho penal y los comentarios al código penal y a la ordenanza procesal penal de ese país. Ello, en tanto contribuye esencialmente a la clarificación del derecho, redunda en seguridad jurídica y, por tanto, en institucionalidad en términos de Estado de derecho. Pues bien, Jürgen WOLTER, como director y principial comentador de los monumentales *Systematische Kommentar* (al StGB y a la StPO), se ha erigido en una pieza fundamental de esa usina de información que perfecciona año tras año ese ejemplar Estado de derecho que es Alemania hoy.

Y como si todo eso fuera poco, resta referir lo que motiva este breve homenaje a nuestro querido Jürgen WOLTER: durante veinte años él ha dirigido una de las dos revistas más importantes de derecho penal en Alemania: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (nuestra admirada "GA"). Ya eso solo constituye un mérito enorme. Pero lo que aquí cabe resaltar es el modo en que Jürgen ha llevado a cabo su tarea de editor. Su dedicación talentosa a la lectura, revisión y corrección de los artículos enviados allí elevó la calidad de la revista a alturas difícilmente alcanzables por otras

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

publicaciones periódicas. Las revistas alemanas de derecho penal siempre han sido reacias al sistema de revisión anónima de pares para decidir la publicación de artículos. Y si pese a eso han logrado mantener tal nivel de calidad ha sido por la excelencia de sus editores. Pues bien, en el caso de GA, creemos que esa excelencia alcanzó su punto más alto durante la dirección de Jürgen WOLTER precisamente por sus cualidades científicas, que puso a disposición de GA en forma estrictamente personalizada, sin ninguna clase de delegación.

Además de ello, Jürgen WOLTER supo introducir a GA en la discusión internacional, pues decidió abrirla al mundo para que también pudieran publicar allí los académicos de los países receptores de la ciencia jurídico-penal alemana. Esto incluye tanto a Europa (España, Italia, Portugal) como Latinoamérica y Asia (fundamentalmente Japón y China). Esa apertura enriqueció a todos con un diálogo fructífero entre colegas alemanes y de otros países que Jürgen supo lograr que fuera entre iguales. Todos quienes pudimos participar de ese diálogo estamos en deuda con él por eso.

En estas cosas, sin embargo, los finales siempre llegan. Y en diciembre de 2021, lamentablemente, llegó el momento de la despedida de Jürgen WOLTER de GA, pese a que todavía tenía tanto para dar. Los órganos de dirección de la revista decidieron reemplazarlo por editores más jóvenes, con el objetivo de digitalizarla y "*aggiornarla*" en otros sentidos. Es una decisión comprensible si se la mira desde afuera, pero dolorosa si, al analizársela, se miran los ojos de Jürgen. A él esto lo afectado mucho, y también a quienes tanto valoramos sus veinte años de editor-jefe allí.

Frente al peso insoslayable de la realidad solo nos queda, por un lado, desearle lo mejor a los nuevos editores de GA, para que logren mantener la calidad que Jürgen supo darle a la revista. Y, por otro lado, recordarle a Jürgen, con este breve homenaje en honor a sus veinte años como director del *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, que lo que hizo con la revista valió la pena, que no será olvidado, y que —lejos de ello— será eternamente agradecido no solo por todos los que escribimos en GA y la leemos mes a mes desde hace años, sino también por sus futuros lectores.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023).

EL "ESPÍRITU" DEL *ARCHIV FÜR STRAFRECHT DE GOLTDAMMER*

Prof. Dr. Mark A. ZÖLLER[1]

Durante veinte años, desde 2002 hasta 2021, Jürgen WOLTER ha dirigido *el Archiv für Strafrecht de Goltdammer*. Así, con el final de 2021, una era también ha llegado a su fin. Para quienes estuvieron estrechamente vinculados a GA, una cosa es absolutamente clara: GA, con el liderazgo de Jürgen Wolter, fue siempre algo más que una revista jurídica o un producto editorial. Siempre fue la expresión de un determinado estado espiritual y de una tradición científica.

El azar quiso que yo pudiera seguir la "Era Wolter" de principio a fin, desde un asiento en primera o segunda fila. A principios de 1999, tras haber terminado mi primer examen final de la carrera de Derecho, comencé mi doctorado y también mi trabajo como asistente en la cátedra Jürgen WOLTER DE MANNHEIM. Allí pude presenciar de cerca los preparativos del muy armonioso, colegial y amistoso traspaso de la dirección de GA de Paul-Günter PÖTZ a Jürgen WOLTER. Después de todo, Paul-Günter PÖTZ había dirigido la revista durante nada menos que 30 años. Para nosotros, los asistentes en la cátedra de Jürgen WOLTER, GA *se* había convertido en una especie de "ruido de fondo" constante. Desde el principio, el trabajo relacionado con la revista estuvo casi exclusivamente en manos de Jürgen WOLTER, quien pudo contar con el apoyo activo de Wilfried KÜPER. Dado que el trabajo editorial se realizaba de forma remota principalmente en la redacción, en Karlsruhe-Durlach, el día a día de la cátedra de Mannheim apenas prestaba atención a la redacción de la revista de Derecho penal más antigua de Alemania. De hecho, había ciertas pistas para los *iniciados,* como las llamadas telefónicas ocasionales de Wilfried KÜPER o, una vez al mes, cierto ajetreo que se producía cada vez que había que entregar a la editorial las pruebas tipográficas corregidas del siguiente número de la revista, lo que se hacía, al modo típico de WOLTER, con poca antelación. Pero nada más.

Tras mi etapa como profesor ayudante y después de mi primer nombramiento como catedrático, en 2009 fui admitido en el ilustre círculo de colaboradores permanentes de GA, manteniendo así —aunque de forma diferente— mi conexión con la revista, a través de mis propias contribuciones o reseñas, o bien a través del intercambio científico con Jürgen WOLTER cuando recibía diversas propuestas de manuscritos, quien ocasionalmente me pedía consejo sobre la decisión de aceptación. A veces, tras la publicación de un número de la revista, también discutíamos

[1] Traducción del alemán al español de André HÖLZER.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

diferentes artículos y su significado y relevancia para el discurso científico. De todo ello aprendí mucho sobre el mundo del derecho penal y sus protagonistas y contextos. Cuando en el verano de 2021 quedó claro que Jürgen WOLTER sería apartado de todas las funciones activas de GA por la editorial, en contra de todos los acuerdos y planes previos, también quedó claro para mí que ya no podría asumir la responsabilidad de la revista. Asumir la edición, la redacción o incluso la colaboración permanente en un proyecto que, a lo largo de dos décadas, había estado tan profundamente marcado por mi amigo y mentor Jürgen WOLTER, sin que esa tradición pudiera continuar al menos durante una fase de transición con él, no solo me parecía impensable, sino francamente despiadado. Pero, ¿cuál es exactamente ese "espíritu" de GA que respira esta revista desde hace veinte años?

GA con Jürgen WOLTER representó el más alto nivel de *calidad*. En primer lugar, desde el punto de vista formal. No conozco a nadie que corrija manuscritos con tanta agudeza y atención al detalle. Hasta el más mínimo detalle, algo que salta inmediatamente a la vista cuando se observa que hasta un término abreviado de forma ligeramente diferente unas páginas antes era corregido. Bajo su dirección, GA se convirtió efectivamente en una revista libre de erratas y errores de imprenta. Estos criterios de calidad se aplicaban aún más al contenido de los artículos. Ya había adoptado el lema "¡La calidad prevalecerá!" de su mentor académico, Hans-Joachim RUDOLPHI. Y así procedía Jürgen WOLTER a la hora de decidir si aceptaba o no manuscritos. Por supuesto, en GA, como en cualquier revista científica sin una verdadera *revisión ciega por pares,* siempre había manuscritos que, dada la reputación del autor, nunca podían ser rechazados de antemano (y, por regla general, ni siquiera tenían que ser rechazados, ya que estaban a la altura de la reputación). No obstante, siempre se privilegiaba la calidad. Mientras que Paul-Günter PÖTZ consideraba la promoción de jóvenes promesas como un objetivo importante de GA*, el* grado de formación de los autores desempeñaba como mucho un papel secundario en opinión de Jürgen WOLTER. Por regla general, en cuanto se leían las dos primeras páginas se sabía si un manuscrito merecía o no ser publicado. El nombre del autor o su posición profesional eran secundarios.

Pero GA con Jürgen WOLTER también significaba *buscar manuscritos de forma constante* y *activa*. Durante muchos años había asistido a eventos como las Jornadas de Penalistas Alemanes, no tanto por las ponencias, sino más bien para aprovechar los descansos de las conferencias, que eran mucho más importantes desde el punto de vista del editor. Regularmente tenía en mente una lista definida de personas que quería conocer allí (y a quién no), con el fin de acordar con ellas un artículo para GA. De hecho, se dirigía selectivamente a los posibles autores de GA. Para ello se guiaba por su profunda convicción de que los mejores manuscritos no eran los que se presentaban

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

espontáneamente, sino los que resultaban de campañas selectivas. Su solicitud de manuscritos iba siempre acompañada de un encanto inimitable, capaz de vencer la resistencia más tenaz por parte de autores que, en realidad, no tenían tiempo que perder. A lo sumo, tras una conversación con él, alguien se convencía de que no había nadie más capaz de escribir un artículo así que él mismo.

De hecho, GA con Jürgen WOLTER siempre fue sinónimo de *cortesía en el trato con los demás*. Incluso cuando de vez en cuando le enviaban manuscritos de pésima calidad, nunca dio la impresión de ser débil. Nunca se ofendía ni se mostraba ofendido a la hora de formular un rechazo. Estas cuestiones se trataban siempre con cortesía y gran sutileza. A menudo, el autor recibía entonces una carta cortés o un correo electrónico en el que se le decía que él o ella, Jürgen WOLTER, había leído con gran interés el manuscrito presentado (lo cual solía ser cierto), pero que lamentablemente el programa de GA ya estaba cerrado para el año, año y medio siguiente (lo cual también era cierto la mayoría de las veces) y que el destinatario de este mensaje ciertamente no querría esperar tanto tiempo para la publicación (con lo cual, el destinatario solía estar de acuerdo). En estos casos, omitía hábilmente la información adicional de que el editor, incluso en una revista científica con un programa prácticamente agotado, tiene obviamente capacidad para agregar un artículo, siempre que sea de buena calidad y se desee realmente su publicación. Asimismo, WOLTER se enfrentó a solicitudes de publicación "desagradables", que también forman parte de la rutina diaria de cualquier revista especializada. Ejemplos de ello son las airadas respuestas a recensiones y citas que se consideraban inapropiadas, o las agudas críticas al trabajo académico en forma de recensiones o ensayos, a menudo motivadas por una comprensible irritación, pero que, de publicarse, no harían sino echar leña al fuego y, en ocasiones, destruir o, como mínimo, dañar carreras científicas. Jürgen Wolter se deshizo acertadamente de estos textos con su inimitable estilo, porque sus muchos años de experiencia le permitieron anticipar el poder explosivo que contenían.

Además, GA con Jürgen WOLTER significa la *promoción de una ciencia penal integral, interdisciplinaria y, sobre todo, internacional*. Así, bajo su liderazgo no solo se incluyeron temas de derecho constitucional y policial. También se publicaron proyectos de ley (alternativos) elaborados científicamente, informes sobre importantes reuniones científicas y a menudo organizó números especiales dedicados a ellos, p. ej. las Jornadas de los Penalistas Alemanes (*Strafrechtslehrertagung*) o las Jornadas de la Asociación de Juristas Alemanes *(Deutscher Juristentag*). Se tenían en cuenta tanto los informes prácticos como los artículos sobre literatura y derecho, algo que no es obvio para una revista especializada. Pero sobre todo le importaba el intercambio de ideas con el mundo internacional del derecho penal, es decir, la ciencia penal española, portuguesa, italiana y latinoamericana. Esto le valió críticas del mundo germanohablante e incluso de sus editores

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

adjuntos, que afortunadamente no cambiaron su enfoque. La composición internacional del círculo de colaboradores permanentes era también una prueba de que Jürgen WOLTER, durante su época de editor y redactor jefe, veía la ciencia penal extranjera orientada por el sistema penal alemán como una parte importante de una familia científica homogénea. Para él estaba claro que no solo era posible, sino también necesario aprender unos de otros a través del derecho comparado basado precisamente en cuestiones fundamentales del derecho penal y procesal penal. No solo catedráticos de renombre, sino también muchos investigadores jóvenes le deben a Jürgen WOLTER su primera publicación "importante" en alemán. En este sentido, incluso hoy en día no se puede evitar tener la impresión de que su popularidad fuera de Alemania fue incluso mayor que en Alemania.

Y esto me lleva al último punto que hay que señalar: GA con Jürgen WOLTER fue siempre —por muy cursi que esto pueda sonar a los de fuera— un poco como una *familia*. Con esto no quiero decir que haya una "escuela de pensamiento", como a veces se puede encontrar en la ciencia penal alemana, que da lugar a nombramientos y ventajas mutuas. Aunque un porcentaje nada desdeñable de los artículos procedía del círculo de colaboradores permanentes, la "familia GA" tenía las puertas abiertas a cualquiera que quisiera publicar con un tema fascinante, un pensamiento independiente y un manuscrito correctamente redactado. En mi opinión, la "familia GA" se caracterizaba por una base de valores común, a pesar de todas las diferencias y duras discusiones sobre cuestiones fundamentales: una orientación liberal guiada por los principios del Estado de Derecho, una preferencia por los principios dogmáticos fundamentales frente a las exigencias de política-criminal momentáneas de soluciones *políticas*, literalmente "baratas", procedentes de la práctica y dirigidas a ella, y una comprensión profunda, internacional e interdisciplinar de la ciencia penal.

Tal vez exista una tendencia a magnificar uno u otro aspecto en retrospectiva. Sin embargo, aun descontando cierta nostalgia y atenuación, nos queda una percepción clara: para mí ha sido un honor y un placer haber sido miembro de la familia GA durante 20 años, en cuyo centro siempre permanecerá Jürgen WOLTER para muchos de nosotros, aunque ya no forme parte de ella como editor y escritor.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
EN LETRA: DERECHO PENAL
Año VIII, número 16 (2023), pp.45-88.

ARTÍCULOS

INTERROGAR A LOS TESTIGOS DE CARGO: FUNDAMENTOS Y ALCANCES DEL DERECHO SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

¿UNA GUÍA PARA REPENSAR Y ESCLARECER LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA?*

Pablo ROVATTI**

Resumen: El derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo es ampliamente reconocido como parte integrante del debido proceso. Sus fundamentos y sus alcances frente a casos problemáticos son, sin embargo, intensamente discutidos desde hace algunas décadas, tanto en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos, como en el de altas cortes de justicia nacionales. En este trabajo se procura repensar y esclarecer algunos aspectos oscuros de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en esta materia, a la luz de las transformaciones que ha experimentado el influyente test elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar cuando se ha infringido aquel derecho. En este contexto, se aborda en particular la pregunta por los fundamentos del derecho a la confrontación y su posible incidencia a la hora de dar respuesta a los interrogantes específicos acerca de las restricciones admisibles en supuestos problemáticos, como el de testigos no disponibles.

* Este trabajo se apoya en ciertas ideas previamente desarrolladas en dos trabajos previos (ROVATTI, "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.° 1, 2020; ÍDEM, "Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho", en ROVATTI, P. (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), aunque con algunas modificaciones y, particularmente, la introducción de las referencias críticas a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina. Agradezco especialmente las lecturas y comentarios de Diana Veleda y Pablo Larsen.

** Abogado y Especialista en derecho penal por la Universidad de Buenos Aires. Magister en razonamiento probatorio por la Universidad de Girona. Profesor adjunto int. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y codirector de *Pensar la prueba*.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Palabras clave: derecho de interrogar a los testigos de cargo – debido proceso – regla del testimonio único o decisivo – fundamentos epistémicos y no epistémicos

Title: Questioning Witnesses: Basis and Ccope of the Right According to the European Court of Human Rights.

Abstract: The right to examine or have examined witnesses for the prosecution is widely recognized as an integral part of due process. However, its foundations and scope in problematic cases have been the subject of intense debate for several decades, both in international human rights tribunals and in national courts. This paper seeks to reconsider and clarify some obscure aspects of the Argentine Supreme Court's case law in this area, in light of the changes that have occurred in the influential test developed by the European Court of Human Rights to determine when this right has been violated. In this context, the question of the foundations of the right to confront witnesses and its possible occurrence in answering specific questions about the permissible limitations in problematic cases, such as that of unavailability of witnesses, is addressed.

Keywords: right to cross-examine witnesses - due process - single or decisive testimony rule - epistemic and non-epistemic grounds

Sumario: I. Introducción; II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina; III. El influyente test del Tribunal Europeo: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones; IV. ¿Una cuestión de principios?; V. A modo de conclusión: *Benítez* y *Gallo López* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo; VI. Bibliografía

I. Introducción

Tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos como las constituciones políticas de diversos países reconocen, con fórmulas ligeramente distintas, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. Así está reconocido, por ejemplo, en los artículos 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También llamado derecho

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de confrontación, según la redacción de la Sexta Enmienda de la Constitución norteamericana,[1] se lo reconoce como un aspecto central del debido proceso y forma parte de los derechos procesales de intervención de la persona acusada, que incluyen facultades de control de la prueba durante su práctica y con posterioridad. Este derecho se complementa, en el terreno probatorio, con otras manifestaciones del derecho de defensa, como la de exponer una versión propia de los hechos, proponer pruebas de refutación, aportar las propias pruebas y obtener una decisión motivada sobre los hechos probados.

A la confrontación se le atribuye una larga tradición[2] y cuando se habla de este derecho en general las discusiones vienen acompañadas de una poderosa retórica. En efecto, no es exagerado decir que la *cross-examination* —esa técnica específica de formular preguntas al testigo del "adversario"— despierta cierta fascinación, probablemente alimentada por escenas memorables de grandes filmes norteamericanos.[3] Las reformas procesales penales de las últimas décadas en la región, que *grosso modo* procuran instalar o acentuar los rasgos "adversariales" del modelo de investigación y enjuiciamiento, también tienden a ensalzar las virtudes de la confrontación, al punto de que, en ocasiones, se niega directamente el carácter de verdadera "prueba" a los testimonios que

[1] En este trabajo utilizaré indistintamente las expresiones derecho de "confrontación", derecho a "examinar" a los testigos "de cargo", de "interrogarlos" o de "contrainterrogarlos". Para algunos comentarios acerca de las distintas formulaciones del derecho y sus implicancias, pueden consultarse TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings,* Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 291-292, 311; JACKSON / SUMMERS, *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 325-335; ROVATTI, "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.° 1, 2020, pp. 35-37.

[2] Suele citarse como antecedente remoto el diálogo entre Festo y el rey Agripa sobre el trato debido al prisionero Pablo. Los sumos sacerdotes y ancianos judíos presentaban contra Pablo graves e insistentes acusaciones, y le pedían a Festo que lo hiciese trasladar de Cesarea a Jerusalén, mientras preparaban una celada para matarlo en el camino. Más tarde, Festo expone al rey el caso y recuerda: "A éstos respondí que no es costumbre de los romanos entregar un hombre a la muerte antes de que tenga delante de sí a sus acusadores, y pueda defenderse de la acusación presentada en su contra" (Hechos de los Apóstoles, 25:16).

[3] Para un abordaje epistemológico del contraexamen de testigos tal y como —se sostiene— debería ser realizado en el contexto de un sistema adversarial, véase RIMOLDI / ROVATTI, "Extraer la verdad del testigo adversario: ¿es el contraexamen un mecanismo epistémicamente justo?", en ROVATTI, P. (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2024 [en prensa]. En ese trabajo dejamos a la vista algunas inquietudes que sugieren cautela en la implementación de ciertos aspectos de las prácticas propias del modelo adversarial y, a la vez, abren nuevas posibilidades para pensar modelos virtuosos de intercambios testimoniales en el contexto legal.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

no hubieran pasado por el tamiz del contrainterrogatorio en la etapa de debate y se les atribuye algún otro nombre.[4]

Sin embargo, como se ha hecho notar con agudeza, este derecho presenta una serie de rasgos algo peculiares, de modo que no resulta sencillo determinar sus alcances.[5] En primer lugar, no siempre es claro qué se quiere decir exactamente cuando se afirma que al acusado debe asegurársele una oportunidad de "confrontar" a los testigos (para poner tan sólo un ejemplo: ¿el derecho incluye también la facultad del acusado de exigir la confrontación visual de los testigos?). En segundo término, es frecuente que se reconozca que este derecho está sujeto a excepciones y limitaciones en su concreta operatividad en los procesos criminales. Por último, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos y altas cortes de justicia nacionales no suele hacer explícito el fundamento o razón de ser de la "confrontación", ni hay consenso teórico a este respecto, lo cual influye evidentemente en la determinación de los alcances del derecho.

En este trabajo se busca explorar algunas de estas cuestiones, poniendo el foco en un problema recurrente, el de los testigos no disponibles, que ha suscitado debates en las últimas décadas, tanto en el ámbito de los tribunales internacionales de derechos humanos como en el de altas cortes de justicia a uno y otro lado del Atlántico.[6]

A ese fin, presentaré primero una reseña mayormente descriptiva de los dos precedentes más significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de nuestro país (CSJN), en los que se examina precisamente aquel problema (apartado II).

Tras ello, y considerando la influencia que en esta materia ha ejercido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), expondré y examinaré críticamente los aspectos más discutidos de la interpretación que ese tribunal ha hecho del derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo. Ello dará oportunidad para considerar la enriquecedora disputa que tuvo

[4] Véase, por ejemplo, la distinción entre verdaderas "pruebas" (que serían exclusivamente las practicadas bajo los principios de inmediación y del contradictorio) y simples "datos de prueba" (las recabadas en la etapa de investigación) en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 20.A.III) y, correspondientemente, en el Código Nacional de Procedimientos Penales mexicanos (especialmente, art. 261), que examino críticamente en ROVATTI, "Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho", en ÍDEM (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 178.
[5] DENNIS, "The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights", en *Criminal Law Review,* n.° 4, 2010, pp. 255-274.
[6] Véanse las referencias que a este respecto incluyo en ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 33-35, *passim*.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

lugar entre la Suprema Corte del Reino Unido y el Tribunal de Estrasburgo, a propósito de la llamada *sole or decisive rule*, y el saldo que ella ha dejado (apartado III).

Luego, abordaré brevemente la pregunta por los principios o fundamentos que subyacen al derecho de interrogar a los testigos de cargo, cuya importancia se hizo evidente en ese diálogo entre altas cortes. En particular, si más allá de su fundamento instrumental-epistémico cabe concebir a la confrontación como algo intrínsecamente valioso, apoyándose en fundamentos distintos y, en caso afirmativo, cómo esto incidiría en las respuestas a los interrogantes específicos acerca de las restricciones admisibles en supuestos problemáticos como el de testigos no disponibles (apartado IV).

Por último, emplearé las mencionadas discusiones como marco para intentar desentrañar qué fundamento subyace a los criterios que nuestra Corte Suprema ha adoptado y examinar sus precedentes a la luz de la jurisprudencia más reciente del TEDH. Argumentaré que esta puede ser una guía útil a la hora de esclarecer algunos aspectos todavía oscuros y, con ello, contribuir a una mayor elaboración y consistencia en la determinación de los alcances del derecho y el abordaje de los casos problemáticos (apartado V).

II. El derecho de interrogar a los testigos de cargo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

En lo que respecta al derecho de confrontación y, en particular, al problema que plantea el caso en que uno o más testigos no se encuentran disponibles para el juicio, la Corte Suprema de nuestro país se pronunció en dos precedentes importantes: *Benítez* (2006) y *Gallo López* (2011), publicados respectivamente en Fallos: 329:5556 y 334:725.

1. El caso *Benítez*

Benítez es el primer precedente en el cual la Corte tomó una posición sobre los alcances del derecho. En ese caso, Benítez había sido condenado como autor del delito de lesiones graves, agravado por haber sido cometido con un arma de fuego. Según la acusación del fiscal que la sentencia de la Corte reproduce, Benítez fue llevado a juicio por haber amenazado de muerte con un arma de fuego, junto con Pérez, a Bejarano, en la puerta del domicilio de este último. Luego de que Benítez intentara dispararle sin éxito, ambos comenzaron a forcejear, y en ese contexto se produjo un disparo que causó al damnificado lesiones graves. En apoyo de la acusación, el fiscal había indicado que "la evidencia de la responsabilidad de Benítez en el hecho que se le imputa se

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

basa principalmente en los dichos del damnificado Bejarano, de los testigos Gregorio, Herminio y Osvaldo Paredes, de Espínola y del personal policial interviniente; los informes médicos y de la División Balística".

En su declaración ante el tribunal, sin embargo, Benítez sostuvo una versión contraria a la de la acusación: afirmó que había sido Bejarano quien le había apuntado con un arma de fuego, y que por esa razón se produjo el forcejeo que derivó en el disparo. En el curso del debate se dejó constancia de que no fue posible lograr la comparecencia de varios de los testigos citados, entre ellos Bejarano, Gregorio, Osvaldo y Herminio Paredes, ni del coimputado Pérez. A pesar de la oposición de la defensa de Benítez, el tribunal decidió incorporar por lectura —de acuerdo con el art. 391, inc. 3°, del Código Procesal Penal de la Nación— las declaraciones de estos recabadas durante la etapa de instrucción, "mientras dicho imputado aún no había sido habido".

En la sentencia, el tribunal consideró que la incomparecencia al debate de Gregorio Paredes —testigo directo del hecho— y del damnificado, Bejarano, "impedían tener por acreditado el dolo de homicidio, pero que sí existían elementos de convicción suficientes con relación a las graves lesiones producidas por Benítez a Bejarano con un arma de fuego". La versión de Benítez fue descartada sobre la base de "las contestes versiones en contrario de Bejarano y Gregorio Paredes" así como "la intervención que le achaca [el coimputado] Pérez". El tribunal señaló, asimismo, que "la hipótesis de amenaza con un arma de fuego por parte de Bejarano y la negativa de Benítez […] no encuentran sustento sino cabal oposición en los contestes testimonios de Bejarano y Gregorio Paredes, ni siquiera fueron avaladas por el coprocesado Pérez, y resultan manifiestamente incompatibles con el testimonio de Espínola".[7]

En contraste, al examinar el recurso extraordinario presentado contra la confirmación de esa condena, la Corte consideró que "resultaba más que razonable que la defensa reclamara la posibilidad de interrogar ante los jueces del debate, al menos, a Bejarano, Gregorio Paredes y Pérez, toda vez que tales testimonios constituían *la base principal de la acusación*". En apoyo de esta conclusión, señaló que "la sentencia de condena parte de la base de que los nombrados, además de Benítez, fueron los únicos que estuvieron efectivamente presentes durante el incidente" y que "de los fundamentos expresados en [esa] decisión se deriva claramente que fueron los dichos de los

[7] La reseña de los antecedentes del caso y las citas textuales están tomadas de los considerandos 1° y 6° a 9° del fallo de la Corte Suprema.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

mencionados los que dieron verdadero sustento al rechazo de los descargos ensayados por el imputado".[8]

La Corte, a su vez, contestó dos argumentos que había empleado la sentencia de casación para confirmar la condena. Por un lado, consideró "inaceptable la afirmación del *a quo* relativa a que 'la defensa no ha demostrado que, excluida las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura ha sido puesta en crisis, la restante prueba colectada impida alcanzar certidumbre acerca de la forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable de Benítez'". En apoyo de esa conclusión, la Corte usó dos argumentos. Primero, que una exigencia como la reclamada por la casación a la defensa carecía de "de todo sustento" cuando, como en el caso, "*prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación* fue incorporada por lectura". Y, segundo, que "no es posible partir del presupuesto […] de que del interrogatorio de los testigos llevado adelante por la defensa durante el debate no podría surgir elemento alguno que corroborara la versión del imputado, y que dicho interrogatorio resulta *ex ante* inidóneo para lograr, al menos, echar alguna sombra de duda sobre un cuadro probatorio 'suficiente'".[9]

Complementariamente, la Corte contestó el argumento de la casación acerca de que el tribunal había aplicado una norma procesal clara que admitía la incorporación por lectura de las declaraciones previas en circunstancias excepcionales. En esta línea, consideró que el hecho de que el tribunal hubiera realizado todos los esfuerzos posibles para hallar a los testigos y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlos, "carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: *si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal*". En apoyo de esa posición, la Corte Suprema citó el precedente *Unterpertinger c. Austria* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[10] en el sentido de que "lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de

[8] Considerando 10, itálicas añadidas.
[9] Considerando 12, itálicas añadidas.
[10] TEDH, Serie A, N.° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. §31.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

defensa del acusado".[11] Asimismo, se añadió —con cita del caso *Castillo Petruzzi c. Perú*[12]— que la Corte Interamericana, siguiendo al Tribunal Europeo, "consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido contrainterrogar a los testigos *ni durante la instrucción ni con posterioridad*".[13]

En fin, la Corte entendió que el tribunal había fundado la condena "en *prueba de cargo decisiva* que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[14] y, en consecuencia, hizo lugar al recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia recurrida.

2. El caso *Gallo López*

Gallo López fue decidido por la Corte cinco años después. Según se indica en la sentencia, en ese caso se le habían atribuido al acusado tanto la promoción de la corrupción como los abusos sexuales con acceso carnal cometidos con violencia física y amenazas en perjuicio de su hija, con quien convivía desde el año 2000, cuando la víctima tenía doce años de edad. El tribunal de juicio resolvió condenarlo como autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente —al menos en dos oportunidades— en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de dieciocho años de edad, agravado por la misma circunstancia.

La defensa recurrió en casación esa condena con el argumento de que se la había privado de la posibilidad de controvertir los dichos de la joven y su tía, denunciante en la causa. Esto había ocurrido, "en el primero de los casos, como consecuencia de haber sido desaconsejada por las expertas su comparecencia en juicio a la luz del intento de suicidio y de los episodios psicóticos padecidos por la joven y en el segundo caso, por la imposibilidad de dar con el paradero de la denunciante". En la instancia de casación, la sala interviniente recogió ese motivo de agravio, "anuló

[11] Considerando 13, itálicas añadidas. Como la sentencia de condena se había apoyado también en la declaración de Pérez (coimputado), la Corte acudió a la jurisprudencia del TEDH y de la Comisión Europea de Derechos Humanos para aclarar la noción de "testigo de cargo" en el contexto del art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos y citó los precedentes *Säidi c. Francia* (TEDH, Serie A, N.° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de1993, §43) y *Barberá, Messegué y Jabardo c. España* (TEDH, Serie A, N.° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988), así como el caso *Bönisch c. Austria* (CEDH, Serie A, N.° 92, sentencia del 6 de mayo de 1985). De acuerdo con estos, "testigo de cargo" es cualquier persona que hubiera hecho declaraciones en las que se funde una acusación o sentencia condenatoria.
[12] Corte IDH, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, §154.
[13] Considerando 15, itálicas añadidas.
[14] Considerando 11, itálicas añadidas

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, para que se ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante, a fin de que se realizara un nuevo juicio".

El caso llegó a la Corte a raíz del recurso extraordinario federal presentado por la fiscalía general, que planteó la arbitrariedad del fallo con el argumento, entre otros, de que "las declaraciones omitidas en el juicio de referencia no constituyen el único 'hilo conductor' de la investigación y la responsabilidad del imputado en los hechos denunciados. En efecto, debe reconocerse que la prueba señalada *era de suma importancia* para dilucidar lo ocurrido, *mas no fue la única en la cual se basó la sentencia* que culminó en la condena de Gallo López".[15]

La Corte hizo lugar al recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia de la casación, por considerarla arbitraria. Por un lado, consideró contradictorio el criterio de la cámara "respecto de la salud mental de la joven pues no obstante considerarla comprometida, sostuvo que la declaración de aquélla debía llevarse a cabo de todos modos, si no se viera por ello afectada, 'aún más' […] o 'sin alto riesgo' […], entendiendo por este último algo más que el riesgo de vida oportunamente denunciado por los peritos profesionales de la salud intervinientes". Por el otro —y este fue el argumento central— sostuvo que la decisión recurrida había prescindido "de todo un *cúmulo probatorio independiente*".[16]

Respecto de este último señalamiento, la Corte enumeró otras pruebas —distintas de las declaraciones de la joven y su tía— que "resultaron determinantes para la construcción de la sentencia condenatoria": "a) el examen ginecológico […] por el que se constató que la menor presentaba a nivel genital desgarros himeneales de características antiguas —que habían completado su período de cicatrización de alrededor de 7 a 10 días—, cuyo mecanismo determinante fue la penetración de un objeto romo, duro o semiduro; b) las conclusiones del peritaje efectuado sobre el colchón de la víctima —en el que se habrían producido las vejaciones— toda vez que '…se comprobó la presencia de sangre y semen humano' compatible '…con la información genética obtenida de la muestra de sangre perteneciente al encausado, con una probabilidad del 99,9999999990385%' […], c) la declaración en el debate de la […] psicóloga del Cuerpo Médico Forense, quien señaló que la menor de edad —durante las entrevistas que realizó— siempre se mantuvo en su discurso sobre los abusos de los que había sido objeto por parte de su padre, que no existían dudas de las consecuencias traumáticas de lo que había sufrido y, por último, que la

[15] La reseña de los antecedentes del caso y las citas textuales están tomadas de los considerandos 1° y 2° del fallo de la Corte.
[16] Considerando 5°, itálicas añadidas.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

damnificada se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por las vivencias de intensa agresión padecidas, siendo factible que pudiera intentar suicidarse, lo que sumado al resultado de los peritajes médicos [...] permitirían corroborar la veracidad de la imputación".[17]

En suma, la Corte sostuvo que estas "pruebas objetivas", que no habían sido cuestionadas por la defensa, "debieron cuanto menos ser atendidas por el *a quo* en orden a *examinar si constituían un curso causal probatorio independiente*".[18]

La jueza Highton de Nolasco acompañó la solución, aunque con fundamentos distintos, que vale la pena recordar brevemente.

Por un lado, explicó con mayor detalle que la incomparecencia de la víctima en las condiciones del caso estaba justificada —pues la decisión del tribunal se había apoyado "en un informe médico que demostró objetiva y concretamente, superando toda mención genérica, el alto riesgo que para su salud mental una decisión en contrario podía aparejar"— y, en ese contexto, subrayó el deber estatal de proteger la integridad física y psicológica de la víctima y de evitar la victimización secundaria, esto es, de "procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia".[19]

Por el otro, reconoció que esa necesidad de preservar la salud psicofísica de la damnificada había implicado una cierta restricción del derecho a interrogar del acusado. Sin embargo, aclaró también que "[n]o toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de un juicio justo, en tanto y en cuanto [...] no se resigne definitivamente a mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa". Y, en las circunstancias concretas del caso, afirmó que ese límite al control de una prueba de cargo "fue compensado por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad al acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor", lo que permitía descartar una "iniquidad inaceptable entre los derechos colisionantes".[20]

III. El influyente test del Tribunal Europeo: aspectos problemáticos, críticas y transformaciones

[17] Considerando 6°.
[18] Considerando 7°, itálicas añadidas.
[19] Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 6° y 7°.
[20] Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerandos 7°, 8° y 9°.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

1. Consideraciones generales sobre la llamada *sole or decisive rule*

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio Europeo, constituye un aspecto específico del derecho al debido proceso (*fair trial hearing*) previsto en el parágrafo 1 de esa misma cláusula. Por ende, ese derecho específico debe ser tenido en consideración en todo análisis acerca de si el proceso judicial ha sido justo. En este sentido, el TEDH ha indicado reiteradamente que su preocupación principal bajo el artículo 6.1 es precisamente la de evaluar de modo global la justicia del procedimiento criminal. En esta tarea, el Tribunal de Estrasburgo mira al proceso judicial doméstico "como un todo", considerando los derechos de la defensa, pero también el interés general y el de las víctimas a que los crímenes sean debidamente perseguidos y, en su caso, los derechos de los testigos.[21]

En este contexto, el artículo 6.3.d del CEDH consagra el principio según el cual, antes de que un acusado pueda ser condenado, todas las pruebas en su contra deben normalmente presentarse en una audiencia pública donde él pueda estar presente, y donde tendrá lugar el debate contradictorio entre las partes. Se señala que este principio admite excepciones, pero estas no deben infringir los derechos de la defensa que, por regla general, exigen que se le otorgue al imputado una oportunidad adecuada y útil para cuestionar e interrogar a un testigo de cargo, ya sea cuando ese testigo presta su primera declaración o en una etapa posterior del procedimiento.[22]

De ese criterio general el TEDH extrajo tradicionalmente dos requerimientos específicos. En primer término, la incomparecencia de un testigo de cargo a esa audiencia pública debe estar justificada por una *buena razón*. Pero eso no basta: aunque concurra una razón atendible, los derechos de la defensa se verán restringidos en una medida incompatible con las exigencias del artículo 6 del Convenio cuando la condena se base *únicamente o en grado decisivo* en declaraciones prestadas por personas a quien el acusado no hubiera tenido oportunidad de interrogar o hacer interrogar, ya sea durante la etapa investigativa o en el juicio.

[21] TEDH, Gran Sala (GS), *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, nos. 26766/05 y 22228/06, 15 de diciembre de 2011, §118; GS, *Taxquet c. Bélgica*, no. 926/05, 16 de noviembre de 2010, §84; GS, *Gäfgen c. Alemania*, no. 22978/05, 1° de junio de 2010, §175.

[22] TEDH, *Isgrò c. Italia*, no. 11339/85, 19 de febrero de 1991, §34; *Saïdi c. Francia*, no. 14647/89, 20 de septiembre de 1993, §43; *Solakov c. "ex República Yugoslava de Macedonia"*, no. 47023/99, 31 de octubre de 2001, §57; GS, *Al-Khawaja*, §§118-119.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Esa es precisamente la llamada *sole or decisive rule,* en su versión original. Su germen se encuentra ya en *Unterpertinger c. Austria,* pero fue en *Doorson c. Países Bajos* donde el Tribunal sostuvo por primera vez que, incluso cuando hay una justificación razonable para la incomparecencia al juicio de un testigo, la condena basada única o decisivamente en la declaración previa de dicho testigo resulta contraria al debido proceso.[23]

La jurisprudencia de Estrasburgo en esta materia ejerció, como era esperable, una marcada influencia en los países que son parte en el Convenio Europeo y daría lugar, lustros después de su creación, a enérgicas disputas con la Suprema Corte del Reino Unido. Ese intercambio de argumentos condujo a que el TEDH se hiciera eco de algunas de las críticas sobre el funcionamiento de la *sole or decisive rule*, a través de un pronunciamiento histórico de su Gran Sala en *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*.[24]

La influencia de la regla, a su vez, se extendió más allá de los confines de Europa. Del otro lado del Atlántico, la jurisprudencia del TEDH ha sido tenida en consideración, en mayor o menor medida, por varias de las altas cortes de justicia de la región,[25] preocupadas por encontrar una interpretación razonable de los alcances del artículo 8.2.f de la CADH, cuya redacción es muy similar a su equivalente europea. A este uso "directo" de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo contribuyó el muy limitado tratamiento dado por la Corte IDH al derecho en cuestión,

[23] TEDH, *Unterpertinger c. Austria,* no. 9120/80, 24 de noviembre de 1986, §33; *Doorson c. Países Bajos*, no. 20524/92, 26 de marzo de 1996, §76. Véase, asimismo, *Lucà c. Italia*, no. 33354/96, 27 de febrero de 2001, §§40-45; *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido,* nos. 26766/05 y 22228/06, 20 de enero de 2009, §36-37. Para un análisis crítico y riguroso de la vasta jurisprudencia del TEDH hasta el primer *Al-Khawaja* (2009), consúltese [2009] UKSC 14, §§63-105 y Anexos 2 y 3 a la sentencia. Antes había emprendido esa misma tarea la División Penal de la Corte de Apelaciones británica: [2009] EWCA Crim 964, §§30-58. En doctrina pueden consultarse JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 337 ss.; SPENCER, *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings,* 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 43, 56-57.

[24] Como veremos luego, el TEDH indicó que, más que como una "regla inflexible", la *sole or decisive rule* debía ser comprendida como un "principio"; la flexibilización se produjo por obra de un tercer "paso" que se suma al test: la existencia de los llamados factores de contrapeso o contrabalanceo. El ciclo de reformas se completaría años más tarde, en *Schatschaschwili c. Alemania* (GS, no. 9154/10, 15 de diciembre de 2015). Allí la Corte intenta aclarar algunos aspectos todavía oscuros del test; en particular, la relación entre los componentes que lo integran.

[25] Además del caso argentino, véanse, a modo de ejemplo: §§11-14; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-537/06, 12 de julio de 2006, §V.5.1., así como los múltiples precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, que examino en ROVATTI, *supra* nota 4, pp. 129-144.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en general, y al problema específico que plantean los supuestos de testigos no disponibles, en particular.[26]

La Corte Suprema argentina no ha sido la excepción a esta tendencia. Como se ha visto, en el caso *Benítez* (2006) se utilizaron explícitas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo como criterio interpretativo autorizado —por ejemplo, sobre los alcances de la expresión "testigos" en el contexto de los instrumentos de derechos humanos—, al tiempo que se emplearon expresiones tales como "prueba de cargo decisiva" que parecen remitir a la *sole or decisive rule*. En *Gallo López* (2011), aunque no hubo remisiones explicitas, el voto particular de la jueza Highton de Nolasco recuerda en buena medida al análisis que ha hecho el Tribunal de Estrasburgo, como veremos en el último apartado.

Por estas razones resulta útil ofrecer una síntesis de esa jurisprudencia, que permita conocerla con mayor detalle y, a la vez, examinar con espíritu crítico ciertos aspectos de la regla del testimonio único o decisivo, comprender las razones que han llevado al TEDH a modificarla sensiblemente a partir de *Al-Khawaja* y, en el último apartado de este trabajo, trazar algunas comparaciones con los precedentes de la Corte Suprema argentina.

2. ¿Qué razones son "buenas razones" para la incomparecencia de un testigo?

De acuerdo con lo antes señalado, la práctica de la prueba testifical debe ocurrir en el juicio y las autoridades estatales deben hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar la comparecencia de los testigos a la audiencia. Por lo tanto, cuando un testigo no se presenta, se torna obligada la tarea de evaluar si esa ausencia está justificada. En este contexto, la exigencia de que exista una

[26] En referencia al artículo 8.2.f de la CADH, SALMÓN / BLANCO señalan que "[e]n la jurisprudencia de la Corte [IDH] encontramos escasos pronunciamientos en los que se ha aplicado esta disposición, en los cuales no se hace un desarrollo del alcance de esta" (*El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 289 ss.). Más tarde, la Corte IDH tendría oportunidad de pronunciarse sobre los problemas específicos que plantean los testigos de identidad reservada en el *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279, §§231-261. El Tribunal de San José, en líneas generales, siguió la jurisprudencia de su par europeo. Lo señalado en el §247 de esa sentencia (*i.e.* que "[i]ncluso cuando se hayan adoptado medidas de contrapeso que parecen suficientes, la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada"), sin embargo, invierte el sentido del test de tres pasos formulado por la Gran Sala del TEDH a partir de 2011 en *Al-Khawaja*, que desarrollaré en los próximos apartados. La ausencia de desarrollo argumental a este respecto impide saber si se trata de una cuestión que ha pasado inadvertida, o si —en cambio— la Corte IDH ha preferido distanciarse en ese aspecto del camino trazado desde Estrasburgo. Sólo ulteriores pronunciamientos podrán aclararlo.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

"buena razón" que explique la incomparecencia del testigo y justifique la decisión de incorporar la declaración previa es una cuestión que debe examinarse "preliminarmente".[27]

Incluso en casos donde no se trataba de un testimonio único o decisivo, el TEDH consideró que se había infringido el artículo 6.3.d del Convenio debido a que los tribunales domésticos no aportaban razones atendibles para justificar la restricción al derecho que deriva de la incomparecencia del testigo.[28] Pero esto no ha sido así de manera invariable: en otras oportunidades, se consideró que la falta de una buena razón que justificase la ausencia no era concluyente para declarar una violación al debido proceso si era patente que el testimonio no incidía significativamente en el resultado del caso.[29]

Estos vaivenes, sumados a la afirmación de la Gran Sala en *Al-Khawaja* acerca de que la pregunta por la existencia de una buena razón era una "preliminar", que antecedía a toda consideración sobre la "decisividad" del testimonio, exigirían un segundo pronunciamiento de la Gran Sala, dictado algunos años después. En *Schatschaschwili c. Alemania* el TEDH aclararía el punto, con dos señalamientos. Por un lado, que la palabra "preliminar" debía ser entendida en un sentido cronológico y solamente quería decir que un tribunal de juicio debe primero decidir si existe una buena razón para la incomparecencia del testigo y, con ello, si la declaración previa debería ser admitida. Sólo una vez que la declaración fue incorporada, el tribunal doméstico estará en condiciones de evaluar, al final del juicio y teniendo en cuenta toda la prueba producida, cuán significativa es la información aportada por el testigo no disponible y, en particular, si se trata del fundamento único o determinante de la condena.[30] Por el otro, el TEDH señaló algo especialmente importante: la falta de una buena razón para la ausencia de un testigo de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d, en conexión con el

[27] TEDH, GS, *Al-Khawaja*, §120.

[28] Véanse, por ejemplo: *Lüdi c. Suiza*, no. 12433/86, 15 de junio de 1992; *Mild y Virtanen c. Finlandia*, nos. 39481/98 y 40227/98, 26 de julio de 2005; *Bonev c. Bulgaria*, no. 60018/00, 8 de junio de 2006; *Pello c. Estonia*, no. 11423/03, 12 de abril de 2007; *Rudnichenko c. Ucrania*, no. 2775/07, 11 de julio de 2013, §§105-110; y *Nikolitsas c. Grecia*, no. 63117/09, 3 de julio de 2014, §35. Esto dio lugar a entender el carácter "preliminar" de esa pregunta en el sentido de que, en ausencia de buenas razones, no resultaría ya necesario examinar los otros dos pasos del test elaborado por el TEDH y existiría siempre una infracción del derecho de confrontación.

[29] Así, por ejemplo: *Khodorkovskiy y Lebedev c. Rusia*, nos. 11082/06 y 13772/05, 25 de julio de 2013, §§709-716; *Cevat Soysal c. Turquía*, no. 17362/03, 23 de septiembre de 2014, §§76-79; y *Suldin c. Rusia*, no. 20077/04, 16 de octubre de 2014, §§56-59.

[30] Aunque la aclaración del TEDH suena perfectamente bien si pensamos en sistemas donde existe un deber de dar razones de la decisión, el señalamiento no es fácilmente trasladable a sistemas de jurado clásico donde no existe un deber de motivar el fallo. En estos casos, el juez encargado de admitir o rechazar la evidencia ofrecida por la fiscalía debería examinar, antes de que la prueba se practique ante el jurado, si podría tratarse de una prueba única o decisiva. Véase *infra* nota 52.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

artículo 6.1 del Convenio, aunque sí se trata de "un factor muy importante", que debe considerarse junto con la "decisividad" del testimonio y con las medidas de contrapeso adoptadas, y que podría "inclinar la balanza" para afirmar que se ha infringido el debido proceso.[31]

En lo que respecta a la pregunta que da título a este apartado, el catálogo de buenas razones que el TEDH ha admitido[32] incluye al menos los casos de testigos que (i) han fallecido;[33] (ii) se encuentran física o mentalmente incapacitados, o padecen una enfermedad que les impide declarar;[34] (iii) no pueden ser localizados;[35] (iv) residen o se encuentran de viaje en el extranjero;[36] (v) invocan su derecho constitucional a permanecer en silencio;[37] (vi) invocan una previsión legal que los exime de declarar debido a la relación de parentesco con el acusado;[38] (vii) se encuentran en riesgo o atemorizados;[39] (viii) resultan especialmente vulnerables.[40]

Evidentemente, no todos estos casos son supuestos donde pueda afirmarse que el testigo no está disponible, en el sentido de que resulte objetivamente imposible asegurar su comparecencia. En algunos casos esto sí es evidente: cuando un testigo ha muerto, la única manera de que se pueda considerar la información que haya aportado es a través de la lectura o reproducción de su

[31] GS, *Schatschaschwili*, §§113 y 117.

[32] Tomo este catálogo de la sistematización que hace el juez Pintos de Albuquerque en su voto en disidencia en el caso *Murtazaliyeva c. Rusia*, GS, no. 36658/05, 18 de diciembre de 2018, §57.

[33] *Ferrantelli y Santangelo c. Italia*, no. 19874/92, 7 de agosto de 1996, §52; GS, *Al-Khawaja*, §121.

[34] *Bricmont c. Bélgica*, no. 10857/84, 7 de julio de 1989, §§78 y ss.; *Bobeş c. Rumania*, no. 29752/05, 9 de julio de 2013, § 39; *Vronchenko c. Estonia*, no. 59632/09, 18 de julio 2013, §58; y *Matytsina c. Rusia*, no. 58428/10, 27 de marzo de 2014, §163.

[35] *Artner c. Austria*, no. 13161/87, 28 de agosto de 1992, §§21-22.

[36] GS, *Schatschaschwili*, §§132-140.

[37] *Lucà*, §§32 y ss.; *Vidgen c. Países Bajos*, no. 29353/06, 10 de julio de 2012, §42.

[38] *Unterpertinger*, §§30-31; *Asch c. Austria*, no. 12398/86, 26 de abril de 1991, §28.

[39] *Kostovski c. Países Bajos*, no. 11454/85, 20 de noviembre de 1989, §§42-44; GS, *Al-Khawaja*, §§120-125. En el caso de testigos atemorizados, el TEDH ha distinguido dos situaciones de las que se derivan consecuencias distintas: por un lado, el temor atribuible a amenazas u otras acciones del acusado o de aquellos que actúan en su favor y, por el otro, el temor de orden general a lo que podría ocurrir si el testigo declara en el juicio. En el primer caso, se dice, debe asumirse que el acusado ha desistido de (o renunciado a) su derecho de interrogar a ese testigo bajo el artículo 6.3.d del Convenio, ya que lo contrario implicaría permitirle obtener un beneficio del miedo que, con su propia conducta, ha generado en los testigos. En la medida en que se trata de supuesto de renuncia al derecho (o, más bien, de *pérdida* de este), no tiene incidencia aquí el carácter único o decisivo del testimonio previo que se incorpora. Sin embargo, lo más común, como señala el propio TEDH, es que el miedo del testigo no pueda atribuirse directamente a amenazas o intimidaciones realizadas por el acusado o personas que actúen por él. El temor a perder la vida, o a que se lastime a un ser querido, o bien a pérdidas económicas, son todas consideraciones relevantes que el tribunal de juicio debe examinar a la hora de decidir si autorizará la incomparecencia al juicio, como medida extrema, u otras medidas especiales de protección que pudieran resultar idóneas. En todo caso, no basta con la mera alegación de temor; se debe examinar, primero, si el temor está fundado en bases objetivas y, segundo, si esos fundamentos objetivos están respaldados por evidencia.

[40] *P.S. c. Alemania*, no. 33900/96, 20 de diciembre de 2001, §§22-29.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

declaración previa. En buena medida, lo mismo puede decirse cuando una enfermedad o incapacidad psíquica o física impiden que la persona pueda comunicarse de algún modo, o afectan de tal modo la memoria que anulan toda posibilidad de evocar los acontecimientos relevantes.[41]

Las anteriores son razones de hecho, pero puede haber atendibles razones de derecho que conduzcan a resultados equivalentes. Si un coimputado invoca en el juicio su derecho a permanecer en silencio, o si una víctima invoca en la audiencia su "privilegio" o la facultad —establecida en la legislación interna— de abstenerse de declarar en perjuicio de su familiar, no puede decirse estrictamente que estas personas estén ausentes, o no disponibles, pero la situación es análoga: ni la defensa puede interrogar a estas personas, ni la autoridad estatal está en condiciones de adoptar medidas encaminadas a asegurar ese derecho, o restringirlo en menor medida.

En contraste, otros supuestos se prestan menos a un análisis de todo o nada y pueden entenderse mejor si se examinan en grados. Este carácter gradual puede presentarse al menos de dos maneras.

La más obvia es la que concierne a testigos especialmente vulnerables o a testigos cuya vida, integridad u otros bienes están en riesgo, o que se encuentran atemorizados. En el primer caso, que involucra usualmente a niños, niñas y adolescentes, víctimas de ciertas clases de delitos como agresiones sexuales o trata de personas, las legislaciones domésticas suelen prever medidas y procedimientos especiales para la presentación del testimonio. Aunque el modo de ejercer el derecho y la oportunidad de hacerlo pueden variar sensiblemente si se los compara con el modo en que se practica normalmente la prueba en los procesos, debe recordarse que el derecho reconocido en el artículo 6.3.d del Convenio, tal como ha sido interpretado por el TEDH, no requiere de

[41] Puede presentarse también el caso en que, durante el juicio, un testigo que ha comparecido simplemente se niegue a declarar y esto obligue a las autoridades a leer o reproducir una declaración tomada en una etapa anterior del procedimiento. Las legislaciones procesales y sustantivas suelen prever facultades coercitivas que el tribunal podría ejercer ante el testigo reticente, o amenazas de sanción; en última instancia, de todos modos, si la persona permanece callada se presenta una situación análoga a las consideradas, que puede ser vista como una buena razón para la lectura de la declaración previa. Los casos de retractación plantean problemas especiales, pero —creo que con razón— el TEDH no ha visto aquí un problema de confrontación, pues en estos supuestos el testigo concurre a la audiencia y contesta las preguntas, aunque el tribunal dé lectura a la declaración previa y, en su caso, condene sobre la base de esta y otras evidencias. Sobre el punto, que no puedo desarrollar aquí, véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 53-55; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 356-359. Sólo añado que no es correcto, como a veces se señala, que lo dicho por el testigo en el juicio merezca, por esa sola razón, mayor crédito que lo aseverado en etapas previas a la policía, el fiscal o el juez de instrucción. Hay numerosas razones (distintas de las de haber afirmado antes una mentira) por las cuales una persona puede retractarse; piénsese, en efecto, en cómo puede influir la dependencia afectiva o económica en las declaraciones de víctimas de violencia doméstica, o en el efecto sobre testigos de coacciones o amenazas por parte de organizaciones criminales. Parece razonable, por tanto, el criterio del TEDH en casos como *Doorson*, §78; *Camilleri c. Malta*, no. 51760/99, 16 de marzo de 2000; y *Fafrowicz c. Polonia*, no. 43609/07, 17 de abril de 2012, §59.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

confrontación "cara a cara" ni exige que los interrogatorios se conduzcan de manera adversarial, mediante la técnica angloamericana de *direct* & *cross-examination*.[42] Otras medidas especiales de protección sí traen aparejadas restricciones al derecho, como sucede a menudo en el caso de testigos en riesgo o atemorizados: en general, las legislaciones domésticas prevén una serie de medidas que los tribunales pueden adoptar antes de autorizar la incomparecencia, tales como la reserva de la identidad del testigo, el uso de distorsionadores de voz, etc. Aquí entrará necesariamente en consideración un examen de proporcionalidad.[43]

Hay un segundo modo en que puede ser entendido el carácter gradual de algunos supuestos considerados como buenas razones para la incomparecencia de un testigo. En el caso del testigo que no puede ser localizado —o, de modo similar, en el caso de residencia o viaje al extranjero— el TEDH requiere, con una fórmula que exige evaluación caso a caso, que se hubiesen hecho todos los esfuerzos razonables para dar con el testigo o para asegurar su concurrencia. En estos casos, siempre sería posible pensar en algún esfuerzo adicional que habría incrementado, en alguna medida, las chances de encontrar al testigo buscado. El TEDH, con buen tino, no exige que las autoridades agoten todas las diligencias teóricamente posibles para hallar a un testigo, con independencia de sus costos, de sus probabilidades de éxito o de la importancia de la declaración previa. Así, puede sostenerse como criterio de orden general que cuanto más decisiva parezca en principio la declaración —al momento de evaluar su admisibilidad— será razonable exigir mayores esfuerzos para ubicar al testigo, y viceversa. A su vez, la exigencia de mayores esfuerzos estará menos justificada cuanto más costosas sean esas medidas, o cuanta menos probabilidad de éxito tengan.

Por último, hay otro factor importante que, a mi criterio, debería ingresar en consideración en este primer paso, y que vale en principio para todas las "buenas razones" del catálogo, especialmente cuando la legislación doméstica prevé algún mecanismo procesal destinado a asegurar la práctica contradictoria de la prueba antes del comienzo del juicio, cuando resulte previsible la futura imposibilidad o dificultad del testigo para comparecer. En ocasiones esa oportunidad no se presenta, en otras sí: puede que el testigo haya fallecido de modo imprevisto en un accidente de tránsito, pero puede ocurrir también que se encuentre muy enfermo y se le pronostique una expectativa de apenas unos meses de vida; puede que, sin aviso a las autoridades, un testigo se hubiera mudado a otro país

[42] Véanse, sobre estos aspectos, TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 309-312; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 334-335.
[43] Sobre esto último, véase DENNIS, "The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On", en *Sydney Law Review*, n.° 33, 2011, pp. 345-357.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

y no sea posible localizarlo, pero también puede suceder que el testigo anuncie que viajará, o que se trate de un extranjero cuyo posible retorno a su país de origen sea evidente.

Institutos como la llamada "prueba anticipada"[44] procuran prevenir, en lo posible, estas situaciones que, debido al inevitable paso del tiempo entre la investigación y el juicio, se presentan con cierta frecuencia. Desde luego, el anticipo de prueba no es la cura para todos los males, ya que no es posible prever que un testigo morirá en un accidente de tránsito, o que desaparecerá sin dejar rastro.[45]

Ahora bien, en sistemas que prevén mecanismos procesales para la práctica anticipada de la prueba,[46] puede que resulte necesario evaluar si las autoridades estatales fueron responsables, y en qué medida, de que se hubiera perdido la oportunidad de la defensa de interrogar al testigo de cargo en algún momento del procedimiento. Me parece que tampoco este interrogante debe ser visto como uno que pueda contestarse por "sí" o por "no". Haciendo a un lado los casos de abuso deliberado, entre la crasa desaprensión o temeridad y una ligera imprudencia hay ciertamente matices. En todo caso, la pregunta acerca de cómo proceder en estos supuestos es probablemente

[44] El Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) prevé en su art. 200 un mecanismo de esta índole. Según esta disposición, "[l]os defensores de las partes tendrán derecho a asistir a […] las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate". En tales casos, el art. 201 exige, "bajo pena de nulidad, que sean notificados el ministerio fiscal, la parte querellante y los defensores; mas la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan". No se vincula este mecanismo de "anticipo de prueba", sin embargo, con los supuestos de excepción regulados en el art. 391, inc. 3º, del mismo Código (en el sentido de exigir que se hubiera acudido al anticipo de prueba cuando la futura incomparecencia fuera previsible). En general, los códigos procesales de las distintas provincias de Argentina prevén algún mecanismo de anticipo de prueba y un conjunto de supuestos excepcionales en los que se admite la incorporación de declaraciones recibidas en etapas previas. La relación entre estos dos extremos es lo que varía. En el Código Procesal Penal Federal el art. 262 prevé los supuestos de "anticipo jurisdiccional de prueba" y las pautas para su práctica, mientras que el art. 289 contempla como una de las "excepciones a la oralidad" la incorporación por su lectura o exhibición audiovisual de "[l]as pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto" (inc. "a"). No obstante, esa misma disposición admite también la incorporación de "[l]os registros de declaraciones anteriores de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas notificando previamente a la defensa…" (inc. "c").

[45] En el mismo sentido, SPENCER, *supra* nota 23, p. 74, indica que un mecanismo procesal de esas características no resuelve todos los problemas, pero ayuda a lidiar con el problema del testigo no disponible en ciertos supuestos, y cita el caso *Dragic* [1996] 2 Cr App R 232, en el cual el acusado había sido reconocido por un testigo inmediatamente después del delito, pero ese testigo contrajo cáncer luego de declarar ante la policía, y estaba demasiado enfermo como para testificar en el juicio seis meses después. Véase también, con cita de otros ejemplos, REDMAYNE, "Confronting Confrontation", en *Law, Society and Economy Working Papers*, n.° 10, 2010, pp. 27-28.

[46] Es bueno tener en cuenta que no todas las legislaciones prevén esa posibilidad; para el caso de Inglaterra, por ejemplo, véase SPENCER, *supra* nota 23, pp. 71-74.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

una de las más espinosas.[47] Aquí sólo me interesa destacar que se trata de una cuestión que, si se sigue el test elaborado por el Tribunal Europeo, podría analizarse dentro de la pregunta por la existencia de "buenas razones".

3. ¿Cuándo un testimonio es "decisivo"?

Como se ha visto, la Corte Suprema argentina ha empleado en algunos de los considerandos de *Benítez* (2006) referencias al carácter "decisivo" de la prueba de cargo que la defensa no había podido controlar, lo que —sumado a las citas de ciertos precedentes del TEDH— parece remitir en buena medida a la *sole or decisive rule* europea. Por ello, me parece pertinente dedicar este subapartado al examen de algunos de los aspectos menos claros de la célebre regla, y a otros que, si bien no parecen difíciles de interpretar, se han prestado a confusión en el ejercicio de "traducción" entre órganos internacionales y tribunales domésticos. Asimismo, llamaré la atención sobre los problemas que condujeron a la "flexibilización" de la *sole or decisive rule* y, para ello, diré algo sobre el diálogo entre altas cortes que condujo a ese cambio de criterio.

Un primer aspecto de la regla digno de análisis es que, según esta, la existencia de una infracción del derecho de examinar a los testigos de cargo (artículos 6.1 y 6.3.d del CEDH) depende de la importancia —el carácter "decisivo" o "determinante"— que se le atribuya a la declaración previa. De esta manera, el test del testimonio único o decisivo contradice la idea, repetida insistentemente en la jurisprudencia del TEDH, de que la valoración de la prueba compete a las autoridades nacionales y, por ende, no está entre sus funciones el pronunciarse acerca de si las declaraciones de testigos u otras pruebas fueron adecuadamente empleadas como evidencia[48]. Esa contradicción existe porque para determinar si la declaración previa incorporada por lectura fue decisiva en la condena el tribunal internacional no tiene otro método más que examinar todo el acervo probatorio del caso.[49] Y esto, podría argumentarse, vendría a alterar en cierta medida la naturaleza eminentemente *procedimental* de la garantía en favor de una mirada más *sustantiva*, al condicionar la violación del derecho a su incidencia en el resultado del proceso.

[47] Para algunos lineamientos a este respecto, véase *infra* nota 88.
[48] Así, por ejemplo, TEDH, *Visser c. Países Bajos*, no. 26668/95, 14 de febrero de 2002, §43 y sus citas.
[49] Véanse, en este sentido, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 339. Es cierto, como indican estos autores, que en ciertos casos el TEDH puede guiarse por lo señalado en las decisiones de los tribunales domésticos, donde suelen incluirse referencias a la importancia de las declaraciones empleadas para fundar la condena; no obstante, como reconocen, para asegurar el efecto útil del test, es evidente que la última palabra debe tenerla el propio TEDH: aún si los tribunales internos negaran el carácter "decisivo" de una prueba, el Tribunal de Estrasburgo bien podría sostener lo contrario.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Se ha intentado justificar este carácter peculiar del test a partir de la relación estrecha de este derecho con la práctica probatoria. TRECHSEL se refiere a un carácter "relativo" de la garantía: el mero hecho de que al acusado no se le provea la oportunidad de interrogar a un testigo no puede por sí mismo llevar a la conclusión de que el proceso ha sido injusto —señala— incluso cuando el acusado hubiera sido condenado. Una regla absoluta de esa clase constituiría un obstáculo desproporcionado para la administración de justicia y abriría la puerta a los abusos. Hay ciertos derechos, como el de ser asistido por un abogado, cuya infracción afecta la justicia (*fairness*) del proceso con carácter general, independientemente de la cuestión sustantiva que hubiera estado bajo disputa, pero, en cambio, la oportunidad de examinar a los testigos adquiere relevancia a la luz de las específicas circunstancias de cada caso. Si existen numerosos elementos de prueba —sostiene— puede que la declaración no testeada sea de mínima relevancia; en contraste, si hay poca evidencia adicional, ese testimonio podría ser determinante de la condena. Esto lo lleva a sostener que no es posible aplicar el artículo 6.3.d del Convenio sin tomar decisiones que al menos traen implícita una valoración acerca de si el peticionario debería o no haber sido absuelto; este sería, en esencia, el problema que hace difícil la aplicación de la garantía.[50]

Esta es una extendida manera de ver el asunto, pero no es la única, y tampoco me parece la más esclarecedora. TRECHSEL, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, dice querer responder al interrogante acerca de si el proceso "como un todo" ha sido justo, pero esto no es necesariamente idéntico a preguntarse acerca de si ha existido una restricción indebida de unos de sus componentes; en otras palabras, una y otra cuestión no tienen por qué confundirse. Por hipótesis, podría aseverarse que ha habido una infracción específica —*e.g.* la autoridad no ha dado ninguna buena razón para incorporar la declaración previa— sin que ello implique afirmar necesariamente que la sentencia de condena es ilegítima, de la misma manera que uno puede equivocarse en alguno de los ingredientes de una receta sin que por ello el plato deba ir a parar a la basura. Habrá casos en los cuales el plato será igualmente sabroso, otros en los cuales será bastante aceptable, y otros donde será incomible, pero en todos estará claro que hubo un error en el procedimiento (no se ha seguido la receta). Lo que parece difícil de discutir, en todo caso, es que el test diseñado por el Tribunal de Estrasburgo refleja la tensión característica de la doctrina sobre *harmless error*, esa tensión que existe entre perseguir la aplicación estricta de las reglas de procedimiento y conservar aquellas sentencias

[50] TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 294 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en las cuales la infracción procedimental no hubiera impactado en la corrección de las determinaciones de hecho.[51]

En segundo lugar, se ha señalado que otro aspecto problemático de la *sole or decisive rule* es la dificultad de hacerla operativa en los procesos con jurados, debido a la imposibilidad de calcular antes del juicio el peso que la declaración previa leída o exhibida al jurado tendrá en la decisión y al hecho de que el veredicto no expresa una motivación donde ello pueda examinarse después.[52]

De modo más general, puede decirse que ha habido importantes confusiones a la hora de "traducir" el test con el fin de implementarlo de manera consistente en los procesos domésticos: vistas las cosas desde la perspectiva del procedimiento penal interno, ¿se trata de una *regla de inadmisión* de toda declaración previa no testeada que pudiera resultar "determinante" de la suerte del caso? ¿O la declaración puede ser admitida, si hay buenos motivos, y la *sole or decisive rule* se asemeja, más bien, a una *regla de prueba tasada negativa*?[53]

Aunque muchas veces se ha examinado el asunto desde la perspectiva de la *admisibilidad* de la declaración previa que pretende incorporarse por lectura,[54] esta manera de ver las cosas no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH. Este no ha sostenido que, para cumplir con el test, los tribunales de

[51] Véase, en este sentido, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 341, quienes indican que esto sugiere que para el TEDH no existe una contraposición entre la justicia procedimental (como valor externo) y la búsqueda de la verdad, puesto que la primera promueve el objetivo de alcanzar decisiones correctas. Para algunos comentarios sobre la doctrina de *harmless error,* con referencias al modo en que se ha configurado en Estados Unidos, véase ROVATTI, "Reseña de *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*, de E. Matías DÍAZ", *En Letra: Derecho Penal*, n.° 10, 2020, pp. 253-265.

[52] Esta mayor dificultad que en principio plantea la aplicación de la *sole or decisive rule* en sistemas de jurado fue una de las razones que expuso la Suprema Corte del Reino Unido en el precedente *R. v. Horncastle* ([2009] UKSC 14, §§ 87 y ss.), del que diré algunas palabras luego. De todos modos, a la Gran Sala del TEDH no le convenció ese argumento: después de todo, la propia Sección 125 de la *Criminal Justice Act* (CJA) 2003, que exige al juez "paralizar" el proceso cuando la prueba *hearsay* ofrecida por la acusación pueda tornar "inseguro" el veredicto del jurado, presupone que los jueces pueden valorar la incidencia de un elemento de juicio en el caso como un todo. Véanse, sobre este punto, REDMAYNE, "Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber", en *The Modern Law Review*, n.° 75 (5), 2012, pp. 870-871; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 59-60.

[53] Esto es, una que afirma, de modo prestablecido, que cierto medio de prueba siempre será insuficiente para considerar probada una hipótesis, como en el caso de la vieja regla *testis unus testis nullus,* o de reglas legislativas que todavía encontramos en nuestras legislaciones (véase, por ejemplo, el artículo 15 de la ley 27.304, según el cual "[el] órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido…").

[54] SANCINETTI, *Análisis crítico del caso "Cabezas": el juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pp. 869-70; GARCÍA, "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso 'P.S. v. Alemania'", en *Revista La Ley*, 2002-F, 2002; O'BRIAN, "Confrontation: the defiance of the English courts", en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.° 15, 2011, p. 114; TRECHSEL, *supra* nota 1, p. 293.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

juicio de los Estados parte en el Convenio deban rechazar la admisión de toda declaración previa de un testigo no disponible que pudiera luego —al valorar la prueba— resultar "decisiva".

Como se ha visto, el TEDH ha aclarado que la pregunta por la existencia de una buena razón para no convocar al testigo de cargo es una "preliminar", en sentido estrictamente temporal: incide en la cuestión de la admisibilidad de la declaración previa. En cambio, la cuestión del peso de esa declaración no testeada por la defensa en el conjunto de las pruebas del caso no tiene por qué ser considerada, desde el punto de vista de un tribunal doméstico, a la hora de decidir sobre su admisibilidad. Por el contrario, es razonable que sea un asunto que las partes puedan discutir en sus alegatos y que el tribunal deba examinar cuidadosamente como parte del deber de motivar la decisión sobre la cuestión de hecho. Esto es perfectamente compatible con la regulación de los códigos de procedimiento de la tradición continental europea. En estos, las excepciones a los principios de inmediación y contradicción usualmente previstas están basadas exclusivamente en la existencia de alguna razón atendible, sin ninguna consideración a la "decisividad" del testimonio en la futura sentencia.[55]

Lo que ocurre, en fin, es que el tribunal de juicio y el tribunal internacional de derechos humanos miran el proceso desde lugares muy distintos. El primero se enfrenta a un proceso en curso en el cual la prueba todavía deberá practicarse, con un resultado que es, al menos en buena medida, incierto. Como es difícil pronosticar cuán "decisiva" ha de ser, en el conjunto de las pruebas, esa declaración previa, lo más sensato es, en este primer momento, hacerse de toda la información relevante que esté disponible[56] y dejar para después las tareas de valorar la prueba

[55] Sirvan como ejemplo: StPO §§250-251; LECrim española, arts. 448-449, 657, 730, 777, 781.1, 784.2 y 797; entre nosotros, art. 391, CPPN. Para referencias a la legislación y jurisprudencia alemana, francesa, española, neerlandesa, entre otras, pueden consultarse: MAFFEI, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 332-334; YOUNGS, *English, French and German Comparative Law*, 3ª ed., New York, Routledge, 2014, pp. 199-211; DELMAS-MARTY / SPENCER, *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 616-620; ROXIN, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela E. CÓRDOBA / Daniel R. PASTOR de la 25ª ed. alemana), Buenos Aires, Del Puerto, 2000, pp. 393-403; VOLK, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (trad. de Alberto NANZER / Noelia T. NÚÑEZ / Daniel R. PASTOR / Eugenio SARRABAYROUSE), Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pp. 345-358; PRADEL, *Procédure pénale*, 17ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2013, pp. 771-779; MUERZA ESPARZA, "Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal", en *Revista General de Derecho Procesal*, n.° 39, 2016.

[56] Un criterio elemental de racionalidad indica que, en principio, todo elemento de juicio relevante debería ser admitido (sobre el llamado "principio general de inclusión de toda la prueba relevante", véase, por todos, FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007, pp. 41-45, 68-90). Excluir de antemano piezas de evidencia

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

practicada y de decidir si ésta es, o no, suficiente para una declaración de culpabilidad. En contraste, un tribunal de derechos humanos está en una posición más parecida a la de un tribunal de apelación o casación: ambos intervienen *ex post facto* y observan un proceso que ha concluido.

En tercer lugar, hay un aspecto de la *sole or decisive rule* que ha generado considerables perplejidades y que aparece ya en su mismísima formulación. En efecto, ¿qué quiere decir, en este contexto, que una prueba sea "decisiva" o "determinante"? Responder a este interrogante no es una tarea sencilla. "Decisiva" podría ser toda información que, en caso de ser hipotéticamente suprimida, hiciera menos probable que se arribe a una sentencia de condena. Hay quienes han pretendido interpretar de ese modo laxo la "decisividad" de una prueba. TRECHSEL, por ejemplo, propone a los tribunales domésticos, como "método seguro" para evitar una violación del artículo 6.3.d del Convenio Europeo, no referirse en el fallo a la declaración que la defensa no ha podido controlar.[57]

Este, sin embargo, no ha sido el modo en que el TEDH entendió el asunto, aunque ciertamente este aspecto de la regla ha sido históricamente de los más oscuros.[58] A la falta de claridad en esta materia parece haber contribuido el hecho de que, en ocasiones, la cuestión de la *importancia* de una prueba se confundiera con la de su *confiabilidad*. Como se ha dicho, en verdad no hay ninguna conexión necesaria entre una cosa y la otra, la relación es puramente contingente.[59] Así, una declaración no testeada puede ser crucial para sostener una acusación —en este sentido, "decisiva"— pero, sin embargo, puede haber al mismo tiempo pruebas concluyentes sobre su confiabilidad, o existir herramientas o mecanismos procesales distintos del interrogatorio que la

porque podrían ser "decisivas" para la reconstrucción de los hechos no parece razonable desde ese punto de vista. Podría tener sentido hacerlo si hubiese una evidencia *mejor*, pero se trata justamente de casos donde no es posible producir la declaración del testigo en el juicio y someterla a los controles procedimentales habituales. En cambio, sí es razonable, desde el punto de vista del tribunal, intentar "compensar" a la defensa esa falta de una oportunidad adecuada de examinar al testigo no disponible. Esto puede hacerse de variadas maneras; se trata de las llamadas "medidas de contrapeso" o "contrabalanceo", sobre las que volveré más adelante.

[57] TRECHSEL, *supra* nota 1, pp. 297 s.

[58] JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 340-341, 365, critican precisamente esa falta de claridad del Tribunal de Estrasburgo. No obstante, examinando la jurisprudencia previa al pronunciamiento de la Gran Sala en *Al-Khawaja*, sugieren que una evidencia "decisiva", en este contexto, sería aquella que no encuentra corroboración en elementos de juicio independientes de la primera. Los autores derivan esta exigencia de que se trate de elementos de soporte "independientes" de que, en casos donde existía una confesión, evidencia física de cargo o la declaración de otros testigos, el TEDH no consideró que la declaración previa incorporada fuera "decisiva", mientras que la jurisprudencia fue mucho más vacilante en casos donde la declaración previa de la víctima aparecía respaldada por pruebas "indirectas", tales como informes expertos sobre la credibilidad de su relato, testimonios de familiares y la opinión de profesionales de la salud que habían atendido.

[59] DENNIS, *supra* nota 5, p. 272.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

defensa pueda emplear y que sirvan para estimar razonablemente bien su mayor o menor confiabilidad.

Ahora bien, si se entiende que la "decisividad" de la declaración depende sólo de su importancia, entonces la *sole or decisive rule* es pasible de otra crítica. En la medida en que la declaración previa resulte confiable, o que pueda evaluarse su confiabilidad por vías alternativas al contrainterrogatorio, la regla resultaría visiblemente sobreinclusiva, al menos si se admite que la razón de ser del derecho de examinar a los testigos de cargo es la de permitir a la defensa testear la confiabilidad de la prueba y, con ello, evitar errores en la decisión sobre los hechos (particularmente, evitar falsos positivos o falsos hallazgos inculpatorios).

Como se adelantó, estos aspectos problemáticos de la *sole or decisive rule* ocuparon un lugar destacado en la polémica que se suscitó entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte del Reino Unido. La disputa entre las altas cortes, sobre la que mucho se ha escrito,[60] tuvo como primer episodio el pronunciamiento de la Cuarta Sala del TEDH, que encontró al Reino Unido responsable de infringir los derechos de dos peticionarios, al considerar que las condenas de uno y otro se habían basado decisivamente en declaraciones previas de testigos que aquellos no habían podido examinar en ninguna etapa del procedimiento.[61]

Poco tiempo después, en un grupo de casos que involucraba el mismo problema, la División Penal de la Corte de Apelaciones y la Suprema Corte del Reino Unido tendrían oportunidad de elaborar una muy argumentada respuesta, en dos precedentes en los cuales se explica y defiende la regulación de la *hearsay rule* en la *Criminal Justice Act* (CJA) de 2003, se revisa exhaustivamente la jurisprudencia europea sobre el artículo 6.3.d del Convenio e incluso se le sugieren al TEDH mejoras en la manera de interpretarlo.[62]

En *R. v. Horncastle* el argumento central era que la *sole or decisive rule*, tal como había sido aplicada en la jurisprudencia del TEDH, no era necesaria en ese país para garantizar los requerimientos del debido proceso (*fair trial*), ya que la razón de ser del derecho reconocido por el artículo 6.3.d del Convenio —y, en general, los riesgos asociados con la prueba *hearsay*— habían sido ampliamente

[60] Véanse, por ejemplo, O'BRIAN, *supra* nota 54; REDMAYNE, *supra* nota 52; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 44-45, 55-62; ALCÁCER GUIRAO, "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", en *InDret*, n.° 4, 2013; DE WILDE, "A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases", en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.° 7 (2), 2013.
[61] *Al-Khawaja y Tahery* (2009), §§36-37.
[62] *R. v. Horncastle* [2009] EWCA Crim 964; [2009] UKSC 14.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

considerados en el proceso de discusión que condujo a la sanción de la CJA 2003, donde se prevé un "elaborado código"[63] de medidas destinadas a asegurar que la admisión de una declaración previa, en casos de excepción, no conduzca a resultados injustos en perjuicio del acusado. La otra cara de la misma moneda era que cargarle a este esquema una prohibición inflexible como la que derivaba de la *sole or decisive rule* conduciría en ocasiones a la injustificada absolución de personas cuya culpabilidad podía probarse más allá de toda duda razonable. Tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema Corte emplearon ejemplos para probar este punto. En palabras de este último tribunal:

> […] Habrá muchos casos en los que la declaración de un testigo que no puede ser llamado a declarar en juicio no será segura ni satisfactoria como base de una condena. Sin embargo, habrá algunos casos en los cuales sea posible demostrar la confiabilidad de la prueba en cuestión. La Corte de Apelaciones ha dado varios ejemplos. Solo daré uno, que es una variante de uno de los suyos. Una persona visita Londres y es testigo de un accidente de tráfico en el cual el conductor de un automóvil atropella a un ciclista, causándole la muerte, y huye del lugar. Este testigo memoriza el número de placa del automóvil y brinda una declaración a la policía en la que incluye no solo ese número, sino también la marca y el color del automóvil, así como el hecho de que el conductor era un hombre con barba. Luego, este testigo regresa a su propio país, donde muere también en un accidente de tráfico. La policía descubre que el automóvil registrado con el número que esa persona proporcionó es de la marca y el color informados, y que es propiedad de un hombre con barba. El propietario se niega a responder preguntas sobre su paradero en el momento del accidente. Parece difícil justificar una regla que excluya la condena del propietario del automóvil sobre la base de la declaración del testigo fallecido, pero ese es el efecto del test del testimonio único o decisivo.[64]

Mientras tanto, el gobierno del Reino Unido había requerido la intervención de la Gran Sala del TEDH en los casos *Al-Khawaja y Tahery*, cuya decisión se haría esperar. En este último episodio del diálogo,[65] y con una rotunda mayoría, el TEDH concedió el punto central sobre el que habían

[63] Así, Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §36.
[64] Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §91.
[65] Luego del fallo de la Gran Sala del TEDH, la Corte de Apelaciones tuvo oportunidad de interpretar el saldo del diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y la Suprema Corte en *R v. Ibrahim* [2012] EWCA Crim 837, y en *R. v. Riat and others* [2012] EWCA Crim 1509. Véase SPENCER, *supra* nota 23, pp. 62-68, para una síntesis de estos casos.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

insistido los tribunales británicos,[66] buscó clarificar el modo en que debía entenderse el carácter "decisivo" de una prueba y estableció que, en lo sucesivo, la *sole or decisive rule* no debía ser interpretada como una regla inflexible, sino más bien como un principio.

Este pronunciamiento significó un cambio de gran importancia en la jurisprudencia del TEDH. SPENCER lo explica en términos claros: antes de este caso, una condena basada única o "decisivamente" en la declaración previa de un testigo no disponible conduciría siempre a una infracción del derecho previsto en el artículo 6.3.d del Convenio; después de este caso, esa misma condena *podría* infringir ese derecho, pero no lo hará necesariamente. Eso dependerá, en todo caso, de la existencia de suficientes medidas de contrapeso.[67]

En lo que respecta a la "decisividad" de una declaración previa, y en respuesta a las críticas, el TEDH aclaró, primero, que "decisivo" significa más que "relevante";[68] en otras palabras, que significa más que aquella evidencia sin la cual la probabilidad de una condena retrocedería y la de una absolución avanzaría, porque este sería un test que prácticamente toda prueba satisfaría.[69] En cambio,

> [...] la palabra "decisiva" debería ser entendida estrictamente, como aquella prueba de una importancia tal que probablemente sea determinante del resultado del caso. Cuando la declaración previa de un testigo no examinado por la defensa está respaldada por otras pruebas que la corroboran [*corroborative evidence*], la evaluación acerca de si aquella es decisiva dependerá de la fuerza de la prueba de respaldo: cuanto más robusta sea ésta, menor será la probabilidad de que la declaración del testigo ausente deba ser tratada como decisiva.[70]

[66] Sin embargo, rechazó otros argumentos. Véanse, para mayor detalle, SPENCER, *supra* nota 23, pp. 59 s.; REDMAYNE, *supra* nota 52.
[67] SPENCER, *supra* nota 23, p. 55.
[68] Traduzco aquí "*probative*" como "relevante". Muy resumidamente, "una prueba es relevante si tenerla en cuenta cambia el estatus de justificación epistémica de esa proposición"; en contraste, "una prueba es irrelevante si incluirla en el conjunto de elementos de juicio no altera de ningún modo el estatus de justificación epistémica de esa proposición" (DEI VECCHI, "Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión", en *Pensar la prueba*, n.° 1, 2020, pp. 35 s.). Sobre la noción de relevancia, véase también ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 98-108; FERRER BELTRÁN, *supra* nota 56, pp. 68-76.
[69] Este era un señalamiento que había hecho ya la División Penal de la Corte de Apelaciones en *R. v Horncastle*, tal como la Gran Sala del TEDH reconoce en *Al-Khawaja,* §§54 y 131.
[70] GS, *Al-Khawaja*, §131; luego reiterado en GS, *Schatschaschwili*, §123.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Que el TEDH incluyese esta definición resultó útil en dos sentidos. Por un lado, sirvió para descartar definitivamente aquellas interpretaciones demasiado laxas, como la antes vista de TRECHSEL, bajo las cuales cualquier prueba de cargo podría resultar "decisiva". Por el otro, sirvió para aclarar que los elementos de juicio que corroboran o respaldan a la declaración previa no necesariamente deben ser "independientes", como sugerían JACKSON / SUMMERS, apoyándose en cierta jurisprudencia anterior.

Sin perjuicio de estos aspectos, a mi ver positivos, tiene razón REDMAYNE cuando señala que la conexión entre las dos oraciones del párrafo transcripto es algo desconcertante. El problema es que, como señalaba más arriba, una prueba puede ser "determinante del resultado del caso" —en el sentido de ser una pieza central para fundar la acusación— pero, al mismo tiempo, encontrarse bien corroborada. Por eso, si bien la segunda oración parece proveer una definición basada en la confiablidad de la prueba, esto resulta contradicho por la primera oración, que insiste en que "decisivo" significa "probablemente determinante del resultado del caso".[71]

De todos modos, debe observarse que esta disputa sobre la "decisividad" de una declaración previa perdió en cierta medida la importancia que tenía, una vez que el TEDH reconoció que la influencia decisiva de la declaración previa en la sentencia de condena ya no es una condición suficiente para declarar que ha existido una infracción del debido proceso bajo los artículos 6.1 y 6.3.d del Convenio. Según el nuevo criterio, si se reputase "decisiva" a esa prueba, sería necesario examinar, todavía, la presencia de suficientes medidas de contrapeso.

4. Las llamadas "medidas de contrapeso"

Como vimos, el diálogo entre la Suprema Corte del Reino Unido y el TEDH hizo que la *sole or decisive rule* se convirtiera en un test de tres pasos. A la pregunta "preliminar" por la existencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo y al interrogante sobre la "decisividad" de la declaración previa en la sentencia de condena, se añade una tercera cuestión. Esta última pregunta es la que le brinda flexibilidad al test y entra especialmente en consideración cuando se ha concluido que la declaración incorporada fue, en efecto, única o decisiva para sustentar la condena. La idea subyacente a la decisión tomada por la Gran Sala en *Al-Khawaja* fue la de abandonar una regla rígida y considerar, de acuerdo con el modo tradicional de interpretar las cláusulas del Convenio, la "justicia del proceso como un todo". Así reconstruye la cuestión el TEDH:

[71] REDMAYNE, *supra* nota 52, p. 870.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> […] cuando una condena está basada única o decisivamente en la evidencia de un testigo ausente, el tribunal debe sujetar los procedimientos al más minucioso escrutinio. Dados los peligros de la admisión de tal evidencia, constituye un factor muy importante para ponderar en la balanza […] y uno que requeriría suficientes factores de contrapeso, incluida la existencia de fuertes salvaguardas procedimentales. La cuestión en cada caso es saber si hay factores de contrapeso suficientes, incluyendo medidas que permitan evaluar debidamente la fiabilidad de la evidencia. Esto permitiría que una condena se base en tal prueba sólo si es suficientemente confiable dada su importancia en el caso.[72]

Este párrafo pone en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho de examinar a los testigos de cargo es uno de tipo estrictamente epistémico o, con otras palabras, que este derecho es uno cuya razón de ser es la de contribuir a la rectitud o corrección de la decisión, poniendo en manos de la defensa un instrumento idóneo para testear la calidad de la prueba y alertar al decisor sobre sus potenciales debilidades. Como sostuve en otro trabajo,[73] cuando la confiabilidad de la declaración de un testigo no disponible —aun de uno "decisivo"— puede ser cuestionada o examinada por vías alternativas al interrogatorio de la defensa, resultará difícil predicar la injusticia del proceso que condujo a la condena, al menos desde la perspectiva de aquel fundamento. Precisamente por ello, las llamadas medidas de contrapeso remiten al análisis del modo en que el juzgador se ha aproximado a la valoración de la declaración previa del testigo ausente, de la disponibilidad y fuerza probatoria de otra evidencia de cargo y de la existencia e idoneidad de medidas procesales que hubieran sido adoptadas para compensar la falta de una oportunidad de interrogar a uno o más testigos en el juicio.

Entre tales medidas, el TEDH considera si la aproximación del tribunal a la evidencia no testeada ha sido cuidadosa y demuestra que se ha tenido en cuenta la potencial debilidad de la declaración; la motivación detallada del fallo sobre la confiabilidad de la declaración del testigo no disponible; la existencia e importancia de otras pruebas que la defensa sí hubiera podido controvertir en el juicio y, especialmente, de prueba de corroboración; el modo en que ha sido registrada la declaración previa (por ejemplo, si lo ha sido en audio y video, en lugar de un acta); si se ha dado al acusado la oportunidad de exponer su propia versión de los hechos y de poner en duda la credibilidad del testigo ausente, señalando cualquier incoherencia o contradicción con las declaraciones de otros

[72] GS, *Al-Khawaja*, §§146-147.
[73] ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 40-49.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

testigos; o la posibilidad de que se adopten medidas de investigación destinadas a evaluar si el testigo puede tener algún motivo para mentir o si pudo haberse equivocado.[74]

5. El orden de los tres "pasos" del test y algunas aclaraciones ulteriores

Algunos años después, en *Schatschaschwili,* el TEDH debió clarificar la relación entre los tres pasos del test. De acuerdo con el criterio de *Al-Khawaja* era claro que, cuando hubiera una buena razón para incorporar la declaración del testigo no disponible y esta prueba, a su vez, fuese decisiva para la condena, resultaba obligado examinar si habían existido suficientes medidas de contrapeso para compensar a la defensa, que permitiesen una apreciación correcta de la fiabilidad de la prueba. Sólo en caso afirmativo podría descartarse una violación del artículo 6.3.d del CEDH.

En cambio, no era tan claro qué pasaba si el TEDH llegaba a la conclusión de que en un cierto caso no existían buenas razones para la incomparecencia del testigo o si no se trataba de una prueba única o decisiva. En el primer caso, ¿la ausencia de buenas razones conducía automáticamente a una violación del derecho? En el segundo, ¿hacía falta examinar si se habían adoptado medidas de contrapeso?

Ya hemos visto que a la primera de estas preguntas el TEDH contestó negativamente. Si bien es un factor muy importante, la ausencia de una buena razón que justifique la incomparecencia del testigo de cargo no es, por sí misma, concluyente para afirmar que ha existido una violación del artículo 6.3.d del CEDH.[75] Aquí parece entrar en consideración la ya mencionada idea de *harmless error*, de la que el TEDH echa mano al vincular la garantía específica del apartado 3.d del artículo 6, con la noción más general de la justicia (*fairness*) del proceso "como un todo": si se constata una equivocación del tribunal doméstico al admitir la declaración, pero el peso de ésta en la condena no es demasiado importante, o bien existieron suficientes medidas de contrapeso, puede resultar exagerado decir que se han violado los derechos humanos del condenado.

En lo que respecta a la segunda pregunta, el TEDH indicó que debe examinarse la existencia de suficientes factores de contrapeso no sólo cuando la condena se hubiera basado única o decisivamente en la declaración del testigo ausente. En casos donde resulte difícil determinar si se alcanzó ese umbral de importancia, pero la declaración hubiera tenido un "peso significativo" y su admisión pudiera haber perjudicado a la defensa, también debe evaluarse la incidencia de medidas

[74] GS, *Al-Khawaja*, §§147-165; GS, *Schatschaschwili,* §§107, 114-116, 125-131 y 145-160.
[75] GS, *Schatschaschwili*, §§111-113.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

procesales que se hubieran adoptado para contrarrestar ese déficit. En definitiva, cuanto más importante sea la declaración previa en el conjunto del acervo probatorio, más intensos deberán ser los factores de contrapeso a fin de que el proceso "como un todo" se adecue a los requerimientos del debido proceso.[76]

Además de dar respuesta a estos interrogantes, el TEDH aclaró que si bien generalmente resultará apropiado examinar los tres pasos del test en el orden propuesto en *Al-Khawaja*, esto no necesariamente debe ocurrir en todos los casos. Ello es así porque, en ocasiones, uno de los pasos puede resultar concluyente por sí mismo para pronunciarse acerca de si se ha transgredido o no el derecho al debido proceso del condenado. Si, por ejemplo, resultase evidente que la declaración previa incorporada tuvo muy poco peso en la condena, y que esta decisión se sustenta independientemente en múltiples testimonios que la defensa sí pudo examinar en juicio, podría abordarse directamente el segundo paso, sin necesidad de examinar si ha existido o no una buena razón para la incomparecencia del testigo no disponible.[77]

Es interesante notar que todas estas aclaraciones son especialmente útiles para los tribunales domésticos de apelación o casación y aquellos encargados de revisar cuestiones constitucionales. En efecto, estos tribunales, en caso de constatar un error del tribunal encargado de decidir las cuestiones de admisibilidad, deberán expedirse necesariamente acerca de las consecuencias de ese error (¿corresponde anular el juicio y ordenar que se celebre uno nuevo? ¿el error ha sido inocuo y la sentencia puede ser confirmada?). La jurisprudencia del TEDH representa, como se ve, una cierta guía en materia de *harmless error*, que los tribunales domésticos con funciones de revisión pueden aprovechar.

IV. ¿Una cuestión de principios?

Antes de que la Gran Sala del TEDH se pronunciase del modo en que lo hizo en *Al-Khawaja*, se discutía intensamente acerca de quién saldría airoso del contrapunto entre la Cuarta Sala de ese

[76] GS, *Schatschaschwili*, §§114-116.
[77] GS, *Schatschaschwili*, §118, con cita de *Nechto c. Rusia*, no. 24893/05, 24 de enero de 2012, §§119-125 y 126-127; *Mitkus c. Letonia*, no. 7259/03, 2 de octubre de 2012, §§101-102 y 106; *Gani c. España,* no. 61800/08, 19 de febrero de 2013, §§43-45; y *Şandru c. Rumania,* no. 33882/05, 15 de octubre de 2013, §§62-66, en todos los cuales el segundo paso —*i.e.* la pregunta acerca de si la declaración previa del testigo no disponible fue la prueba única o decisiva— fue examinado antes del primero —*i.e.* la pregunta sobre la concurrencia de una buena razón para la incomparecencia del testigo—.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Tribunal y la Suprema Corte del Reino Unido.[78] Un aspecto central en estas discusiones era la cuestión del fundamento del derecho cuyos alcances se disputaban.

Los tribunales británicos asumían que el fundamento de la confrontación no podía ser otro más que el de proteger al acusado del riesgo de ser condenado equivocadamente a partir de testimonios mendaces o imprecisos. En la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido se señalaba incluso que, si bien el TEDH no había expuesto en *Doorson* y su jurisprudencia ulterior cuál era el principio subyacente al *sole or decisive test*, una serie de razones indicaban que el Tribunal de Estrasburgo había establecido ese criterio sobre la premisa de que una condena basada única o decisivamente en las pruebas de un testigo cuya identidad no ha sido revelada, o que no ha sido sometido a un contrainterrogatorio, o ambos, no sería "segura" (*i.e.* traería consigo, necesariamente, un riesgo muy alto de condenar a una persona inocente). Entre aquellas razones estaban, primero, que no parece haber nada intrínsecamente objetable o injusto en tener en consideración la declaración previa de un testigo cuando simplemente no es posible convocarlo para que declare en juicio; segundo, el énfasis que, en general, el TEDH le había concedido en su jurisprudencia a la fiabilidad de las pruebas; por último, que no resulta sencillo identificar alguna justificación alternativa convincente para el test de la prueba única o decisiva.[79]

En contraste, parte de la doctrina sostenía que la posición del TEDH —la tradicional *sole or decisive rule*— parecía expresar (también) un valor no epistémico, una suerte de "valor procesal simbólico", que podría apoyarse en fundamentos como el respeto a la autonomía y dignidad del acusado o en las obligaciones morales de aquellos testigos que, con su declaración, *acusan* a otra persona.[80] Esa faceta no epistémica del derecho serviría, como es fácil advertir, para intentar defender a la *sole or decisive rule* de críticas como las que le dirigía la Suprema Corte del Reino Unido. En efecto, si se independiza al derecho de su fundamento epistémico, entonces se puede seguir sosteniendo, sin problemas de consistencia, que una condena perfectamente "segura" en términos

[78] JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, p. 337, por ejemplo, auguraban que la Gran Sala confirmaría el criterio que el gobierno británico discutía y se mantendría en la idea de que no hay modo de contrarrestar el empleo de evidencia decisiva no testeada que pueda garantizar suficientemente los derechos de la defensa.

[79] Lord Phillips, [2009] UKSC 14, §86. Véase, asimismo, JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 327-334. Según estos autores, la jurisprudencia de los tribunales ingleses parte de la base de que se debe asegurar a la defensa una oportunidad de contrainterrogar a los testigos, pero, si esto no es posible, otras medidas bien podrían ser suficientes para garantizar que la evidencia es confiable y, en definitiva, que la condena no es "insegura". La confrontación, como se aprecia, se justifica en términos de confiabilidad de la prueba y se piensa como una herramienta, entre otras, que procura evitar el riesgo de que se arribe a una decisión equivocada.

[80] Véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 12, 44-45; DENNIS, *supra* nota 43, pp. 348-349; JACKSON / SUMMERS, *supra* nota 1, pp. 362 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

epistémicos es, no obstante, "injusta" por haber infringido en un grado no tolerable el derecho del acusado a confrontar a sus acusadores.[81] SPENCER lo ha expresado de esta manera:

> Detrás de este choque —o, para ponerlo en términos más positivos, del "diálogo"— entre los tribunales ingleses y Estrasburgo, se esconde una cuestión filosófica sobre la naturaleza de la garantía contenida en el artículo 6(3)(d). ¿El derecho de confrontar a testigos de cargo es puramente instrumental o representa algún tipo de valor procesal superior [*higher procedural value*]? O, para decirlo de otro modo, ¿es solo una de las herramientas diseñadas para proteger a los inocentes de una condena, una que se puede dejar en la caja jurídica de herramientas cuando otros instrumentos pueden ser usados en su lugar para hacer el mismo trabajo? ¿O tiene el derecho de confrontación, por sí mismo, una importancia tal que constituye un ingrediente esencial del debido proceso, cuya ausencia significará inevitablemente que se infrinjan los derechos que el Convenio garantiza a la persona condenada, independientemente de su culpabilidad o inocencia, como sucede (por ejemplo) con el requisito de un tribunal independiente?[82]

Creo que hay buenas razones para ser escépticos acerca de que el derecho de confrontación pueda, en última instancia, encontrar un fundamento autónomo en razones distintas de las de evitar el *riesgo de injusticia sustantiv*a (*i.e.* de castigar a quien es materialmente inocente)[83]. En otras palabras,

---

[81] No obstante, como indica agudamente DENNIS (*supra* nota 43, pp. 353 s.), si se acepta una dimensión no epistémica del derecho de confrontación, basada en nociones tales como la idea de respeto a la dignidad del acusado como ciudadano, es necesario advertir que *todo* ciudadano (no sólo el acusado) puede invocar un derecho tal. Esto explica que el reclamo del acusado por un trato justo pueda entrar en conflicto con el mismo reclamo de víctimas y testigos, sin que desde esa perspectiva quepa priorizar la posición del primero sobre la de los segundos. En contraposición, la dimensión epistémica del derecho —y, en general, de la noción de debido proceso— tiene, como señala también DENNIS, un "contenido mínimo no negociable": si el procedimiento acarrea un riesgo cierto de conducir a un falso positivo, y no hay modo de compensarlo a través de medidas destinadas a asegurar la precisión del fallo, ese derecho habrá sido infringido. Y cabe notar que con respecto a la corrección fáctica de la decisión el acusado sí tiene un interés único y distintivo, que está por encima de los intereses de cualquier otra parte, pues es aquél quien será condenado y castigado si se lo encuentra culpable siendo inocente (*supra* nota 43, p. 352). También las víctimas y la sociedad toda tienen, por supuesto, un interés en la corrección fáctica del fallo, pero en la medida en que se considere moralmente más grave la condena de una persona inocente que la absolución de una culpable, la idea de DENNIS sobre el interés "único y distintivo" del acusado puede compartirse.

[82] SPENCER, *supra* nota 23, p. 45.

[83] Sobre las razones para ser escépticos acerca de fundamentos no-epistémicos como clave interpretativa del derecho de confrontación, véase ROVATTI, *supra* nota 1, pp. 50-56 y, más ampliamente, STEIN, *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, pp. 31-33; ALEXANDER, "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?", en *Law and Philosophy,* n.° 17, 1998.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

si nos preguntarnos por el porqué de tal "garantía mínima", me parece que la única respuesta convincente es que queremos evitar, como dice el proverbio, *que paguen justos por pecadores.*[84]

En cambio, no me parece que añada demasiado, ni que ayude a esclarecer las cosas, decir que, como ciudadanos, tenemos derecho a que se nos trate como *personas* en lugar de como *cosas*, como *sujetos* y no como meros *objetos* del proceso, o a que se nos *consulte* en lugar de simplemente *encargarse* de uno;[85] o bien poner el foco en la obligación moral de una persona que nos acusa de presentarse públicamente y "dar la cara", en lugar de tirar la piedra y esconder la mano,[86] entre otras propuestas que procuran hallar algo intrínsecamente valioso en derechos procedimentales como el de confrontación.

En todo caso, como apunta con agudeza DWORKIN, las afirmaciones de qué trato considera a la persona como persona son, a lo sumo, conclusiones de argumentos, no premisas. Según lo veo, consideramos que se nos trata como personas y no como objetos de los que hay que ocuparse cuando se nos permite controlar la prueba, o cuando se nos permite ser oídos antes de que se tomen decisiones importantes sobre nosotros, *precisamente porque* esas han demostrado ser técnicas idóneas

[84] Las lecciones de la historia tienden a confirmar esta misma hipótesis. En efecto, pareciera que, en un proceso tristemente célebre como el de Sir Walter Raleigh en 1603, cualquiera puede terminar decapitado, con independencia de su culpabilidad o inocencia (es esta falta de consideración al riesgo de castigar al inocente lo que nos resulta intolerable). En la cultura jurídica del *common law*, el juicio de Sir Walter Raleigh a menudo se considera un ejemplo paradigmático de la posibilidad de abuso en un sistema sin confrontación. Raleigh fue acusado de traición, bajo la alegación de que había participado de un complot para poner a Arabella Estuardo en el trono, en lugar de Jacobo I. La acusación descansaba casi exclusivamente en una "confesión" escrita de Lord Cobham, otro supuesto conspirador que, en el curso del procedimiento ante el *Privy Council*, había nombrado a Raleigh como uno de los involucrados. Cobham no testificó en el juicio y, a pesar de los requerimientos de Raleigh y de que aquél estaba disponible, el tribunal se negó a ordenar que fuera llevado ante sí para declarar bajo juramento y someterse al interrogatorio del acusado. El argumento fue que si Cobham fuese convocado al juicio quizá se retractaría. Sobre la base de aquella "confesión" escrita Raleigh fue condenado como traidor y, quince años después, decapitado (véanse SPENCER, *supra* nota 23, pp. 41-42; REDMAYNE, *supra* nota 45, p. 16; para mayor detalle, STEPHEN, "The Trial of Sir Walter Raleigh: A Lecture Delivered in Connection with the Raleigh Tercentenary Commemoration", en *Transactions of the Royal Historical Society*, n.° 2, 1919). Para un análisis histórico de las características del sistema de administración de justicia criminal en la época en que nació, entre otras, la regla de exclusión de la prueba *hearsay*, véase LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003. Llaman la atención sobre la importancia de considerar las diferencias radicales entre los procedimientos propios de ese contexto histórico y los procesos judiciales actuales, ALLEN, "From the Enlightenment to Crawford to Holmes", en *Seton Hall Law Review,* n.° 39 (1), 2009; SPENCER, *supra* nota 23, pp. 2-4.

[85] Véanse, por ejemplo, TRIBE, *American Constitucional Law*, New York, Foundation Press, 1978, pp. 503-504; MASSARO, "The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations", en *University of Florida Law Review*, n.° 40 (5), 1988, p. 904; SCALLEN, "Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause", en *Minnesota Law Review,* n.° 76, 1992, pp. 626-627, 641-643; CHOO, *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 37-42; O'BRIAN, *supra* nota 54, p. 113.

[86] En ese sentido, CLARK, "An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause", en *Nebraska Law Review,* n.° 81 (3), 2003.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

para evitar o reducir el riesgo de injusticia sustantiva. Hay, en última instancia, un derecho moral a no ser deliberadamente condenado cuando se sabe que uno es inocente, y hay también un derecho a que los procedimientos que se adoptan le asignen la importancia debida al riesgo de que aun siendo inocente una persona pueda ser encontrada culpable.[87] Ahora bien, si de lo que se trata es de prestar la atención debida al riesgo de injusticia sustantiva, entonces parece sensato —siguiendo la metáfora de SPENCER— que se pueda acudir a la "caja de herramientas" en busca de reemplazos idóneos para el trabajo cuando la confrontación no está disponible.[88]

[87] Véase, con mayor detalle, la posición de DWORKIN, *Una cuestión de principios* (trad. Victoria d. l. A. BOSCHIROLI), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 103-139. *Grosso modo*, para DWORKIN la adopción o rechazo de cierto tipo de procedimientos está en función de la especial consideración debida al riesgo de *daño moral*. El *factor injusticia* de una pena o *daño moral* es una noción objetiva que supone que alguien sufre un daño especial cuando recibe un tratamiento injusto, sin importar si lo sabe o si le importa, pero no lo sufre si no recibe un tratamiento injusto, aunque así lo crea y le importe. Hay costo o daño moral no sólo cuando deliberadamente se condena al que se sabe inocente, sino también cuando se condena a alguien por error, siguiendo procedimientos generales, en cierta medida riesgosos, dispuestos de antemano, aunque el factor injusticia sea mayor en el primer caso que en el segundo. Los ciudadanos no tienen derecho a ser juzgados en los juicios más precisos posibles, cueste lo que cueste, ni a un determinado nivel de precisión (postulados extravagantes), pero tampoco es cierto que una persona imputada de un delito no tenga derecho a ningún grado de precisión (postulados nihilistas). En materia de procedimientos penales, DWORKIN da cuenta de dos tipos de derechos "en sentido fuerte" (ajenos a un cálculo utilitarista estándar): por un lado, los ciudadanos tienen derecho a que estos procedimientos asignen la importancia debida al riesgo de daño moral; por el otro, tienen derecho a una ponderación coherente de la magnitud del daño moral. En lo que respecta a lo primero, por ejemplo, no le asignaría la importancia debida al riesgo de daño moral una comunidad que decidiera casos penales lanzando una moneda al aire, o no permitiera que el acusado estuviera presente en su juicio, o impidiera que tuviese un abogado defensor o que presentase pruebas si así lo considerase conveniente (IBIDEM, p. 123), pero esto no quiere decir que alguien tenga derecho a tal o cual arreglo procedimental específico, sino más bien que se tiene derecho a que se tome especialmente en cuenta el factor injusticia (IBIDEM, p. 136). En relación con lo segundo, se parte de la base de que en casos difíciles el valor otorgado al riesgo de daño moral resulta objeto de debate y puede no haber consenso al respecto entre personas razonables y sensatas. El segundo derecho, señala, tiene especial importancia práctica en escenarios como ese, pues permite que un ciudadano alegue, aun en supuestos donde la respuesta correcta al problema del daño moral es muy discutida, que tiene derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la comunidad asigna al daño moral de acuerdo con lo plasmado en sus leyes; se apela, así, a la justicia de respetar los compromisos asumidos (IBIDEM, pp. 120, 123).

[88] Esto es claro cuando la confrontación no está disponible por motivos no imputables a las autoridades estatales (el fiscal ha hecho todo bien, pero el testigo muere en un accidente). Distinto sería si son las autoridades estatales las que "esconden" la herramienta (como en el juicio de Sir Walter Raleigh) o si lo que explica que una buena herramienta no pueda ser usada por el acusado y su defensa es una crasa desaprensión de esas mismas autoridades (era evidente que el testigo no estaría disponible para el juicio, pero el fiscal no requiere la práctica anticipada de esa prueba). Este último supuesto es ciertamente el que plantea mayores dificultades. A favor de la incorporación de la declaración previa está el hecho de que, por las mismas razones que concurren cuando la ausencia es imprevisible, esa declaración podría resultar en ciertos supuestos confiable y, a la vez, determinante del resultado del caso. En tales supuestos, que la absolución deba ser el "remedio" para la negligencia del fiscal puede parecer una solución excesiva si se contemplan en el balance los derechos de las víctimas a una decisión conforme a la prueba y el interés de la sociedad, que abarca tanto el diligente desempeño de los funcionarios como el castigo

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

De cualquier modo, si no se compartiese el señalado escepticismo y se considerase a la confrontación como *algo valioso en sí mismo*, ello no respondería aún a los interrogantes específicos acerca de las restricciones o limitaciones admisibles en supuestos problemáticos como el de testigos ausentes, especialmente vulnerables o atemorizados, a menos que se elevase a la confrontación a la categoría de derecho absoluto, algo que, hasta donde sé, nadie ha sugerido seriamente.[89] Para ser consistentes, habría que preguntarse, por ejemplo, a partir de cuándo un determinado arreglo procedimental demuestra que se ha dejado de tratar al acusado como persona y se lo ha empezado a tratar como cosa, o en qué supuestos puede decirse que se lo trata como objeto y no como sujeto del proceso, o bajo qué condiciones puede sostenerse que el testigo de cargo infringe su obligación moral de dar la cara y hacerse cargo de la acusación dirigida al inculpado.

No me parece que las respuestas sean evidentes, ni creo que deban ser muy distintas a las que resultan de la mirada epistémica del derecho. Por poner un ejemplo, si la alegada víctima ha muerto, o está físicamente incapacitada para declarar, parece difícil sostener que quiera rehuir al interrogatorio de la defensa, de modo que el último fundamento moral según el cual una persona que acusa debe "dar la cara" no entraría en consideración. O bien: si la causa de la incomparecencia del testigo resulta imprevisible para las autoridades y estas, a su vez, procuran compensar procesalmente a la defensa la imposibilidad de interrogarlo, parece algo desmesurado afirmar que esas mismas autoridades dispensan al inculpado el trato de "cosa" o de "objeto" del procedimiento.

---

de los criminales contra los que hay prueba suficiente de su culpabilidad. Si el objetivo es el de evitar futuras negligencias de esa índole, quizá otras medidas podrían ser tomadas, en lugar de una tan drástica como la inadmisión de esa evidencia (véase, en sentido similar, FERRER BELTRÁN, *supra* nota 56, p. 79). Otro modo de aproximarse al asunto es incorporar al análisis una perspectiva dinámica y considerar la diferencia conceptual entre *honrar* y *promover* un valor o un principio, planteada en el ámbito de la filosofía política por PETTIT ("Consequentialism and Respect for Persons", en *Ethics*, n.° 100 (1), 1989, p. 117), que FERRER BELTRÁN (*supra* nota 56, pp. 73-74) ha usado para evaluar la justificación de algunas reglas jurídicas que excepcionan el principio general de admisión de toda prueba relevante. Un valor o principio son honrados si se actúa de acuerdo con ellos en cada caso; es posible, sin embargo, promover ese valor o principio infringiéndolo en un caso concreto, si, pese a ello, se maximiza su aplicación en el futuro. El principio de la mejor evidencia disponible (que subyace a la *hearsay rule* en el ámbito del *common law*, tanto como a los principios de inmediación y contradicción en la tradición continental) podría incorporar esta perspectiva dinámica y hacer aplicación fructífera de la señalada distinción. Incluso si, en el momento del juicio, no hay mejor prueba disponible que la declaración previa en cuya práctica la defensa no ha podido intervenir, aún podría considerarse apropiado inadmitir la declaración si cabía esperar que la acusación hiciese las cosas mejor, lo que ocurre cuando la futura ausencia del testigo era fácilmente previsible. Pues, a diferencia de lo que ocurre en casos donde la ausencia no se ha podido prever, aquí adquiere sensatez el argumento de que excluir la declaración obtenida al margen de las reglas del anticipo de prueba proporcionaría un incentivo para utilizar los mejores procedimientos previstos para investigar los crímenes (REDMAYNE, *supra* nota 45, p. 27). En fin, no pretendo dar respuesta a este espinoso interrogante, pero creo que estos son al menos algunos de los aspectos que deberían tenerse en cuenta.

[89] Véanse, en el mismo sentido, SPENCER, *supra* nota 23, pp. 12-13 y, con una propuesta de método para determinar la validez de excepciones y calificaciones a las distintas garantías integrantes del debido proceso, DENNIS, *supra* nota 43.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Comoquiera que sea, a partir de los pronunciamientos de la Gran Sala en *Al-Khawaja* y *Schatschaschwili* ha quedado en evidencia que para el TEDH el fundamento del derecho es uno de tipo instrumental-epistémico. Tener esto en cuenta tiene indudable importancia para aquellas altas cortes de justicia que pretendan seguir de manera consistente la guía del Tribunal de Estrasburgo.

V. A modo de conclusión: *Benítez* y *Gallo López* a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo

Con lo expuesto hasta ahora estamos mejor equipados para analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, presentada en el segundo apartado. A eso dedicaré los próximos párrafos, a modo de conclusión, y con la expectativa de que su evaluación a la luz de la jurisprudencia del TEDH contribuya a esclarecer algunos puntos oscuros y sirva como punto de partida para reflexionar sobre la consistencia entre los criterios que se han adoptado.

En primer término, vale la pena aclarar que la Corte Suprema no ha abordado directa y explícitamente la cuestión de los fundamentos o principios subyacentes al derecho del acusado de interrogar a los testigos de cargo. No obstante, algunas de sus consideraciones parecen dar apoyo al fundamento epistémico. En *Benítez*, por ejemplo, se reseña con especial cuidado la existencia de versiones contrapuestas entre acusación y defensa y se pone énfasis en que "prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura", de modo que no pudo ser testeada mediante el interrogatorio de la parte perjudicada por esas declaraciones. Asimismo, la Corte Suprema reconoce al ejercicio de ese control al menos potencial idoneidad para "echar alguna sombra de duda" sobre la hipótesis de la fiscalía, esto es, para exponer alguna debilidad o poner en cuestión la calidad epistémica de la prueba de cargo y, con ello, advertir sobre el riesgo de error. Y en *Gallo López* se citan los múltiples elementos de juicio que corroboraban la declaración de la víctima, de modo que esta —a pesar de no haber sido testeada a través del interrogatorio— resultaba ciertamente confiable y, con ello, disipaba el riesgo de condenar equivocadamente a una persona inocente.

En lo que concierne a los fundamentos del derecho, por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina pareciera estar en línea con el criterio que, como se ha visto, asumió abiertamente la Suprema Corte del Reino Unido en *Horncastle* y, tiempo después, la Gran Sala del TEDH en *Al-Khawaja*. Si esto es así, los argumentos que esos tribunales emplearon resultarían de utilidad a la hora de intentar clarificar nuestra propia jurisprudencia constitucional sobre los alcances del derecho.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En segundo lugar, puede afirmarse que en la interpretación del derecho los puntos de partida de la Corte Suprema han sido similares a los empleados por el TEDH: normalmente, la prueba testifical debe practicarse de conformidad con los principios de inmediación y contradicción, pero existen supuestos en los cuales es razonable incorporar por lectura o exhibición la declaración previa de un testigo de cargo no disponible. Como hemos visto, en *Benítez* y *Gallo López* se presentaban dos de los supuestos que el Tribunal Europeo ha considerado "buenas razones" o "razones atendibles": la imposibilidad de localizar a un testigo, pese a la realización de esfuerzos razonables por parte de las autoridades estatales, y la necesidad de preservar la salud psicofísica de una testigo (en el caso, de la víctima).[90] En el primero de esos precedentes, la Corte Suprema argentina se cuida de aclarar, siguiendo explícitamente en esto al Tribunal de Estrasburgo, que "lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado".[91]

Con esta última afirmación la Corte Suprema deja a salvo el mecanismo procesal de incorporación por lectura de declaraciones previas siempre que exista una razón atendible para la incomparecencia del testigo. Sin embargo, la referencia genérica a la necesidad de que, al utilizar esas declaraciones, "se respete el derecho de defensa del acusado" deja abierto el interrogante central: ¿en qué casos puede decirse que la utilización de prueba testimonial de cargo no testeada en ninguna etapa del procedimiento restringe el derecho de defensa del acusado de un modo intolerable?

En mi opinión, la Corte Suprema no ha contestado de manera suficientemente clara a este interrogante. Por un lado, las expresiones empleadas en *Benítez* para afirmar la existencia de una infracción al derecho —"base principal de la acusación", "prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación"; "prueba de cargo decisiva"— recuerdan bastante a la *sole or decisive rule* europea. Por otro lado, bajo la luz de la jurisprudencia del TEDH, se aprecia fácilmente que el

[90] Estos supuestos, por lo demás, suelen estar contemplados como excepciones al principio de inmediación en los códigos procesales, de modo que no suelen suscitar demasiada polémica, más allá de su concreta acreditación en el caso concreto. A esto último se refiere específicamente la jueza Highton de Nolasco en *Gallo López* cuando destaca que el "alto riesgo" para la salud mental de la víctima estaba bien probado con informes médico y no constituía una simple "mención genérica".
[91] Considerando 13, con cita de *Unterpertinger c. Austria*.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

lenguaje empleado por la Corte Suprema en *Gallo López* es desafortunado, como se ha hecho notar con acierto.[92]

En este último caso, como vimos, la Corte hace referencia a un "cúmulo probatorio independiente" y a "un curso causal probatorio independiente". Estas expresiones, cuando menos, inducen a confusión. Para decirlo brevemente: los elementos de juicio que la Corte Suprema cita en el considerando 6° ciertamente tienden a corroborar la hipótesis de la acusación construida a partir del relato de la víctima; sin embargo, es incorrecto afirmar que se trate de prueba "independiente", en el sentido de que, excluida esa declaración, la hipótesis acusatoria y la condena pudiesen sostenerse de todos modos.[93] Esto último, en efecto, es falso, pues elementos tales como los hallazgos ginecológicos del examen practicado a la víctima, la presencia de indicadores psicológicos de abuso sexual y el semen del imputado hallado en el colchón no permiten por sí mismos construir una hipótesis concreta que los integre y les dé sentido —o, más bien, permitirían construir muchos relatos distintos, algunos de ellos compatibles con la inocencia del acusado—. Pero es claro que, al mismo tiempo, tales elementos de juicio robustecen la declaración de la víctima, pues corroboran varios aspectos de su relato y permiten descartar una serie de hipótesis alternativas que la defensa podría plantear o que podrían concebirse.[94] En fin, la decisión de la Corte Suprema en *Gallo López* es correcta, pero sus fundamentos son, en el mejor de los casos, confusos y, en el peor, simplemente equivocados.

En contraste, el voto de la jueza Highton de Nolasco evita referirse a la existencia de un "curso probatorio independiente" y armoniza bien con el criterio del Tribunal Europeo en la materia. En

[92] PIQUÉ, "El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de 'Gallo López'", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.° 16, pp. 147-149.

[93] Nótese que, como se ha visto en el segundo apartado, en el recurso extraordinario la fiscalía general no había planteado la existencia de un "curso probatorio independiente", sino —correctamente— que las declaraciones previas de la víctima y de su tía eran "de suma importancia para dilucidar lo ocurrido", pero que no se trataba "de la única [prueba] en la cual se basó la sentencia que culminó en la condena", sino que existía poderosa prueba de corroboración.

[94] Por ejemplo, la de un "relato fabricado", que pudiera tratarse de otro autor, etc. Un esquema probatorio similar al del caso *Gallo López* es el que explica la decisión de la Gran Sala en *Al-Khawaja*. Según el Tribunal Europeo, "[l]a confiabilidad de evidencia tenía apoyo en el hecho de que S.T. le había contado lo sucedido a dos amigos, B. F. y S. H., poco tiempo después de los acontecimientos, y que solo había diferencias mínimas entre su declaración previa a la policía y lo declarado en el juicio por esas dos personas de su confianza. Más importante aún, había notables similitudes entre la descripción del presunto abuso hecha por S.T. y el de otra víctima, V.U., sin que existiera ninguna evidencia de confabulación entre una y otra. En casos de abuso sexual cometidos por un médico contra una paciente durante una consulta privada, sería difícil concebir una prueba de corroboración más fuerte, especialmente cuando cada uno de los otros testigos fue llamado a declarar en el debate y su credibilidad pudo ser testeada mediante el contraexamen" (§156).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

efecto, en su voto subraya que en el caso estaba bien acreditada la existencia de una razón atendible para la incomparecencia de la víctima (primer paso del test). Y luego explica, como hemos visto, que la restricción al derecho de la defensa de interrogar a las testigos de cargo "fue compensad[a] por otras pruebas en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad al acusado, que la defensa pudo fiscalizar y que habían confirmado el relato de la menor".[95] En este párrafo parecen confluir tanto el juicio sobre la "decisividad" de los testimonios no controlados, como el examen de la existencia de medidas de "compensación" suficientes que permitan evaluar debidamente la fiabilidad de la prueba y, con ello, la "seguridad" de la condena. Y esto nos recuerda tanto las aclaraciones del TEDH sobre el significado de "decisivo" en el contexto de su jurisprudencia,[96] como la incorporación de un tercer paso al test a fin de corregir las soluciones indeseables que —como señalaban los tribunales británicos— podrían derivarse de una aplicación inflexible la *sole or decisive rule*.

El voto de la jueza Highton de Nolasco es, por lo tanto, el más prometedor y podría complementarse con los desarrollos ulteriores de Tribunal Europeo, particularmente con las decisiones citadas de su Gran Sala. En este sentido, parece aconsejable una mayor elaboración y claridad en futuros pronunciamientos, de modo que la jurisprudencia de la Corte Suprema pueda funcionar como una buena guía para los tribunales inferiores. Lo mismo cabría esperar de otros órganos judiciales como los superiores tribunales de las distintas provincias o las cámaras de casación nacional y federal, que podrían contribuir a la tarea de clarificar los aspectos problemáticos señalados.

El test de tres pasos elaborado por el Tribunal Europeo a partir de *Al-Khawaja* —y precisado luego en *Schatschaschwili*— es uno que ha sido fruto, como vimos, de intensas discusiones entre altas cortes de justicia y que ha procurado mejorar algunos aspectos oscuros de la clásica regla del testimonio único o decisivo. Parece, por ende, una buena guía, al menos si se atiende al fundamento epistémico del derecho y se mantiene la línea de acudir al derecho internacional para interpretar el alcance de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos ratificados por Argentina.

Por último, uno de los aspectos que valdría la pena aclarar para evitar los errores de implementación del test que todavía pueden encontrarse en la práctica[97] es que los tribunales de

[95] Voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 8°.
[96] GS, *Al-Khawaja*, §131; GS, *Schatschaschwili,* §123.
[97] Véanse MASARO / CASSANI, "El derecho a controlar la prueba de cargo y la incorporación de prueba por lectura", en *Estudios sobre jurisprudencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2016, con variados ejemplos de la jurisprudencia argentina donde se incurre en ese error.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

juicio no se encuentran obligados por ese test a examinar cuán "decisivo" puede resultar un testimonio o conjunto de testimonios al evaluar la *admisibilidad* de esas declaraciones previas. Como se ha visto, en ese primer momento basta con examinar —en línea con lo que prevén los códigos procesales— si hay o no una "buena razón" para la incomparecencia. En caso de que se acredite una razón atendible, la declaración previa debería ser incorporada. En cambio, los otros dos factores del test —*i.e.* la evaluación de cuan "determinante" de la condena es la información que la defensa no ha podido testear mediante el interrogatorio y la suficiencia de las medidas de contrapeso que se hubieran adoptado— son cuestiones sobre las cuales las partes pueden expedirse en sus alegatos, luego de practicada toda la prueba, y que el tribunal debería examinar cuidadosamente, al expresar los fundamentos de la sentencia.

VI. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH", en *InDret*, n.° 4, 2013, pp. 1-15.

ALEXANDER, Larry, "Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?", en *Law and Philosophy,* n.° 17, 1998, pp. 19-42.

ALLEN, Ronald J., "From the Enlightenment to Crawford to Holmes", en *Seton Hall Law Review,* n.° 39 (1), 2009, pp. 1-16.

ANDERSON, Terence / SCHUM, David / TWINING, William, *Analysis of Evidence,* 2.ª ed., New York, Cambridge University Press, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)", en *Jueces para la Democracia*, n.° 46, 2003, pp. 57-66.

CHOO, Andrew L., *Hearsay and confrontation in criminal trials*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

—, "Criminal Hearsay in England and Wales: Pragmatism, Comparativism, and Human Rights", en *Canadian Criminal Law Review*, n.° 17, 2013, pp. 227-252.

CLARK, Sherman J., "An Accuser-Obligation Approach to the Confrontation Clause", en *Nebraska Law Review,* n.° 81 (3), 2003, pp. 1258- 1286.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

DAMAŠKA, Mirjan R., "Of Hearsay and Its Analogues", en *Minnesota Law Review*, n.° 76, 1992, pp. 425-458.

—, *El derecho probatorio a la deriva* (trad. Joan PICÓ I JUNOY), Buenos Aires, Marcial Pons, 2015.

DEI VECCHI, Diego, "Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión", en *Pensar la prueba*, n.° 1, 2020, pp. 27-54.

DELMAS-MARTY, Mireille/ SPENCER, John R. (eds.), *European Criminal Procedures*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

DENNIS, Ian H., "The Right to Confront Witnesses: Meanings, Myths and Human Rights", en *Criminal Law Review,* n.° 4, 2010, pp. 255-274.

—, "The Human Rights Act and the Law of Criminal Evidence: Ten Years On", en *Sydney Law Review*, n.° 33, 2011, pp. 333-357.

DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios* (trad. Victoria d. l. A. BOSCHIROLI), Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

FERRUA, Paolo, "Contradictorio y verdad en el proceso penal" (trad. Alberto FILIPPI / María F. LÓPEZ PULEIO), en GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.), *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Bogotá, Temis, 2008, pp. 218-257.

FRIEDMAN, Richard D., "Thoughts from Across the Water on Hearsay and Confrontation", en *Criminal Law Review*, 1998, pp. 697-709.

GARCÍA, Luis M., "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso 'P.S. v. Alemania'", en *Revista La Ley*, 2002-F, 2002, pp. 15ss.

HO, Hock L., *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

JACKSON, John D. / SUMMERS, Sarah J., *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, New York, Cambridge University Press, 2012.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

LANGBEIN, John H., "The Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources", en *Columbia Law Review*, vol. 96, 1996, pp. 1168-1202.

—, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

MAFFEI, Stefano, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006.

MASARO, Mauro / CASSANI, María E., "El derecho a controlar la prueba de cargo y la incorporación de prueba por lectura", en *Estudios sobre jurisprudencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, 2016, pp. 1-31.

MASSARO, Toni M., "The Dignity Value of Face-to-Face Confrontations", en *University of Florida Law Review*, n.° 40 (5), 1988, pp. 863-918.

MUERZA ESPARZA, Julio J., "Sobre los límites a la prueba preconstituida en el proceso penal", en *Revista General de Derecho Procesal*, n.° 39, 2016, pp. 1-22.

NANCE, Dale A., "The Best Evidence Principle", en *Iowa Law Review,* n.° 73, 1988, pp. 227-297.

—, "Rethinking Confrontation After Crawford", en *International Commentary on Evidence*, n.° 2 (1), 2004, pp. 1-17.

O'BRIAN, William E., "The Right of Confrontation: US and European Perspectives", en *The Law Quarterly Review,* n.° 121 (3), 2005, pp. 481-510.

—, "Confrontation: the defiance of the English courts", en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.° 15, 2011, pp. 93-116.

PARK, Roger C., "Is Confrontation the Bottom Line?", en *Regent University Law Review*, n.° 19, 2007, pp. 459-467.

PETTIT, Philip, "Consequentialism and Respect for Persons", en *Ethics*, n.° 100 (1), 1989, pp. 116-126.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PIQUÉ, María L. (2014), "El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas de no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de 'Gallo López'", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n.° 16, pp. 124-157.

PRADEL, Jean, *Procédure pénale*, 17ª ed., Paris, Éditions Cujas, 2013.

REDMAYNE, Mike, "Confronting Confrontation", en *Law, Society and Economy Working Papers*, n.° 10, 2010, pp. 1-30.

—, "Hearsay and Human Rights: *Al-Khawaja* in the Grand Chamber", en *The Modern Law Review*, n.° 75 (5), 2012, pp. 865-893.

RIMOLDI, Florencia / ROVATTI, Pablo, "Extraer la verdad del testigo adversario: ¿es el contraexamen un mecanismo epistémicamente justo?", en ROVATTI, P. (coord.), *La defensa penal: cuestiones fundamentales*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, 2024 [en prensa].

ROBERTS, Paul / ZUCKERMAN, Adrian, *Criminal Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

ROVATTI, Pablo, "Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.° 1, 2020, pp. 31-66.

—, "Reseña de *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*, de E. Matías DÍAZ", en *En Letra: Derecho Penal*, n.° 10, 2020, pp. 248-266.

—, "Interrogar a los testigos de cargo: fundamentos y alcances del derecho", en ROVATTI, P. (coord.), *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 125-185.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal* (trad. Gabriela E. CÓRDOBA / Daniel R. PASTOR de la 25ª ed. alemana), Buenos Aires, Del Puerto, 2000.

SAKS, Michael J. / SPELLMAN, Barbara A., *The Psychological Foundations of Evidence Law*, New York, New York University Press, 2016.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

SALMÓN, Elizabeth / BLANCO, Cristina, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis crítico del caso "Cabezas": el juicio*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

SCALLEN, Eileen A., "Constitutional Dimensions of Hearsay Reform: Toward a Three-Dimensional Confrontation Clause", en *Minnesota Law Review,* n.° 76, 1992, pp. 623-654.

SPENCER, John R., *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings,* 2ª ed., Oxford, Hart Publishing, 2014.

STEIN, Alex, *Foundations of Evidence Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005.

STEPHEN, Harry L., "The Trial of Sir Walter Raleigh: A Lecture Delivered in Connection with the Raleigh Tercentenary Commemoration", en *Transactions of the Royal Historical Society*, n.° 2, 1919, pp. 172-187.

TRECHSEL, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings,* Oxford, Oxford University Press, 2005.

TRIBE, Laurence H., *American Constitucional Law*, New York, Foundation Press, 1978.

VARELA, Agustín, "Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba 'hearsay' en el derecho anglosajón", en *El debido proceso penal*, n.° 2, 2016, pp. 179-218.

VOGLER, Richard / HUBER, Barbara (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

VOLK, Klaus, *Curso fundamental de Derecho Procesal Penal* (trad. de Alberto NANZER / Noelia T. NÚÑEZ / Daniel R. PASTOR / Eugenio SARRABAYROUSE), Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

WILDE, Bas de, "A fundamental review of the ECHR right to examine witnesses in criminal cases", en *The International Journal of Evidence & Proof*, n.° 7 (2), 2013, pp. 157-182.

YOUNGS, Raymond, *English, French and German Comparative Law*, 3ª ed., New York, Routledge, 2014.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
En Letra: Derecho Penal
Año VIII, número 14, pp. 89-105.

¿Cuándo el "corte de calle", como protesta social, es delito? Un análisis del artículo 194 del Código Penal

Patricia Gallo (UBA)*

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2023
Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2023

Resumen

Se aborda en este trabajo la solución al problema presentado por la doctrina y la jurisprudencia como el conflicto entre el derecho a protestar en la vía pública, cortando calles o rutas ("piquetes") y el derecho a circular libremente de los ciudadanos. En el centro de esta cuestión se encuentra la posibilidad de encuadrar dicho comportamiento en el tipo penal del art. 194, CP. Los criterios de aplicación del precepto citado están directamente relacionados con sus diferentes interpretaciones (doctrinarias y judiciales). Luego de analizar esas diversas posturas, se propone aquí lo que considero una exégesis adecuada del tipo penal, que tiene la virtualidad de solucionar el conflicto referido.

Palabras clave: peligro común – peligro idóneo – peligro individual – riesgo permitido – principio de insignificancia

Title: When is "blocking the street" as a social protest, a crime? An analysis of article 194 of the Penal Code

Abstract

This work addresses the solution to the problem presented by doctrine and case law as the conflict between the right to protest on public roads, blocking streets or routes ("picketing") and the right of citizens to move freely. My main interest here lies in the possibility of classifying such behavior as a crime under article 194 of the Penal Code. However, this crime has led to different interpretations (doctrinal and judicial). After analyzing these various positions, I propose what I

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (Posgrado) y otras universidades latinoamericanas y españolas. Contacto: patricia_gallo@yahoo.com

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

consider to be an adequate exegesis of the criminal and try to solve the conflict between the right to protest and the right to move freely.

Palabras clave: common danger – suitable danger – individual danger – permitted risk – principle of insignificance

Sumario: I. Planteo de la cuestión; II. Análisis del artículo 194 del Código Penal; III. Causales de atipicidad; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Planteo de la cuestión

El "piquete" o "corte de ruta" como metodología de protesta surgió en una época relativamente reciente, en un contexto de crisis de representatividad y de exclusión social, en el cual el mecanismo de lucha tradicional de los sectores populares —la huelga y la presión o negociación de los sindicatos— resultaba inidóneo para representar y defender los intereses del sector social afectado, ya que estaba conformado en general, por gente desocupada o excluida del mercado laboral.[1] En ese orden de ideas, el recurso a los "cortes ruta" como técnica de manifestación social ha sido estratégica, porque, de ese modo, los problemas de circulación que provocaban, captaron la cobertura de los medios que dieron visibilidad a los conflictos de los trabajadores desocupados. Sin embargo, esta modalidad de protesta se ha ido consolidando en los últimos años y extendiendo a otros sectores de la sociedad, así como también a los "cortes de calle", en zonas urbanas.[2]

Esta clase de manifestaciones sociales (cuando sea pacífica, no tenga carácter sedicioso y su finalidad no sea ilícita) está amparada constitucionalmente por el *derecho de reunión*. En este sentido,

[1] OTRANTO, "Las protestas en la vía pública: el riesgo propio de vivir en una sociedad democrática", en ZIFFER (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 123.

[2] La interrupción del tránsito vehicular, como método de protesta social organizada, constituye un fenómeno que se ha venido consolidando en Argentina en los últimos años y que ha generado un profundo debate en torno a la razonabilidad, necesidad y conveniencia de su criminalización. Estos cortes comenzaron a generalizarse a partir del año 1996, a raíz los sucesos ocurridos en Cutral-Có y Plaza Huincul, provincia de Neuquén, cuando un importante grupo de trabajadores despedidos de YPF, bloquearon la ruta nacional 22 por seis días, en reclamo de la creación de nuevos puestos de trabajo. Con el paso del tiempo, esta modalidad de lucha se trasladó a las distintas regiones del país, adquiriendo cada vez mayor fuerza y organización. Con la crisis económica y social del año 2001, que dio lugar al "cacerolazo", las fronteras del movimiento "piquetero" se fueron ampliando. En efecto, ya no participaban exclusivamente de la ocupación de rutas y calles, los sectores marginados de la sociedad, sino que, aunque con intereses distintos —fondos atrapados en el "corralito"— se sumó a la protesta, la clase media. Así pudo observarse como diferentes sectores sociales, con intereses claramente divergentes, coincidieron en la utilización de este método de reclamo. En estos años, el reclamo público de derechos, materializado a través de los cortes de calle y reuniones púbicas, ha crecido mucho y constituye en la actualidad, un método de protesta fuertemente instaurado en toda la sociedad, no solo utilizado por la población excluida del sistema productivo, sino por otros sectores que expresan otro tipo de necesidades —reclamos ambientales, mejoras en el sistema educativo, mayor seguridad ciudadana, construcción de viviendas, aumentos salariales, etc.— (ELOSU LARUMBE, *Los cortes de ruta y el artículo 194 del Código Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2011, pp.15-17).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

se entiende que el derecho de reunión tiene carácter instrumental, porque sirve de soporte al ejercicio de los demás derechos fundamentales y a través suyo, se logran fines no prohibidos por la ley.[3] Ha sido definido por la Corte Suprema, del siguiente modo: *"Cada ciudadano o habitante tiene la libertad de ir a donde le plazca y expresar sus ideas en privado o en público y la reunión de este habitante o ciudadano en un lugar donde hay otros con el mismo derecho para un fin permitido, que puede ser político, social, económico, religioso, y de una manera legal, es lo que esencialmente constituye el derecho de reunión".*[4]

Más allá del reconocimiento constitucional y de la entidad de este derecho, lo cierto es que, cuando es ejercido en la vía pública, en particular sobre las vías de circulación terrestre, colisiona de manera inevitable con el derecho a transitar libremente de las otras personas.

La tensión entre los dos principios podría resumirse así: "todos los habitantes de la Nación tienen derecho de libertad de protesta, expresión y petición a las autoridades", por un lado y "todos los habitantes de la Nación tienen derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino", por el otro. Estas dos garantías se encuentran explicitadas en el art. 14 de la Constitución Nacional (CN) y en Tratados Internacionales que integran el bloque constitucional (art. 75, inc. 22 CN). El primer principio fue consagrado en los art. 13, 15 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); art. 4, 21, 22 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH) y art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Asimismo, el derecho a la protesta se encuentra reconocido en diversas disposiciones de la carta magna argentina, más precisamente, aquellas que reconocen la libertad de expresión y de opinión (art. 19) y la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Respecto del segundo principio, se halla expresamente previsto en el art. 7, CADH y art. 4, DADyDH.[5]

En este panorama, la aplicación de estos dos conjuntos de preceptos constitucionales a una situación en la que se realiza una manifestación sobre las vías de circulación terrestre, *parece* plantear una contradicción normativa: si se sostiene que prevalece el derecho al tránsito libre, el ejercicio del derecho de reunión queda anulado; y a la vez, si se sostiene que prevalece el derecho de reunión, es el ejercicio del derecho al tránsito el que queda suprimido.[6]

En efecto, *así presentada la cuestión*, todo indicaría que el derecho de "protesta" y el de "circulación", son derechos contrapuestos que *no admiten un punto de equilibrio* que permita a los

[3] OTRANTO, *supra* nota 1, pp. 116 ss.
[4] CSJN, Fallos: 156:81.
[5] VADALÁ, "Colisión de derechos constitucionales en el marco de la protesta social", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.°5, 2012, p. 198.
[6] OTRANTO, *supra* nota 1, pp. 116 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ciudadanos un ejercicio simultáneo de ellos, ya que la protesta es sinónimo de "corte de calle o ruta" y en consecuencia, el derecho de circulación quedaría "suspendido".

En la raíz de este dilema se encuentra la *adecuación típica* del comportamiento de protesta social que corta calles o rutas, en el art. 194 del Código Penal. Ello por cuanto, en una interpretación "literal" del tipo, cualquier manifestación que se realice sobre las vías de circulación terrestre —rutas, autopistas, avenidas o calles— es ilegítima con tal de que —indistintamente— impida, estorbe o entorpezca el tránsito, y configura por tanto, el delito del precepto citado.

En efecto, el art. 194 del código de fondo, en su parte pertinente, establece que será reprimido con prisión de tres meses a dos años quien *"sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra…"*.

Esta disposición, *en su concepción literal*, contiene una prohibición *absoluta* a la realización de manifestaciones en cualquier vía de circulación terrestre, lo cual implica privar de contenido al derecho de reunión como se lo viene definiendo, ya que no hay modo de manifestarse, sin al menos "estorbar" el normal funcionamiento del servicio de transporte.

Esta problemática, a pesar de que hace tiempo ocupa la atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, no ha recibido aún una respuesta jurídico-penal adecuada (ni por la doctrina ni por la jurisprudencia mayoritaria)[7] y la explicación a ello es que, la forma de plantearla no es como un conflicto entre dos principios constitucionales "contrapuestos", ni la "solución" a ello es tratar de determinar en abstracto una limitación razonable de ambas garantías, *sino partir de la interpretación correcta —y no meramente literal— del tipo penal del citado art. 194.*

La hipótesis de este trabajo consiste en lo siguiente: la norma penal en cuestión requiere de una profunda hermenéutica, que trascienda la literalidad, para poder discernir cuáles comportamientos de "cortes de calles" están abarcados por la prohibición y cuáles son atípicos.

En otras palabras, la respuesta al problema planteado *está en el tipo penal y su adecuada interpretación,* a través de la cual, solo se puede concluir que el legislador no ha querido impedir o desconocer el derecho constitucional de reunión, sino prohibir determinadas conductas —o formas de ejercerlo— que afecten al bien jurídico protegido por la norma. Ello, sin perder de vista que, el

[7] Las decisiones judiciales sobre este tema han generado amplios debates que trascienden el Derecho penal. En este sentido cabe destacar especialmente a GARGARELLA que ha abordado este tema en numerosos trabajos como: *El derecho a la protesta. El primer derecho,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005; "Porqué el fallo Alais es (jurídicamente) inaceptable", *JA, 2004-III-296*; "El derecho frente a la protesta social", en GARGARELLA (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. III, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, entre otros.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

"corte de calle" solo puede ser delito, en la medida que implique la arrogación de un ámbito de organización ajena, como manifestación del *neminen laedere*.

Dicho esto, corresponde ahora comenzar con la exégesis del art. 194, partiendo de la determinación de su objeto de protección.

II. Análisis del art. 194 del Código Penal

1. Bien jurídico protegido

El tenor literal del tipo en cuestión dispone que: *"El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años".*[8]

La determinación del bien jurídico protegido por la norma, *incide* necesariamente en la consideración del tipo penal como delito de lesión o de peligro, y en este último caso, si se trata de peligro abstracto, concreto o peligro abstracto-concreto (idóneo). Las diferentes concepciones en este sentido, tienen directa implicancia, como se verá seguidamente, respecto del significado que corresponde darle a la expresión típica "*sin crear una situación de peligro común*".

Según la doctrina tradicional, se entiende que el objeto de protección de la norma, es el "regular desenvolvimiento del transporte por sus correspondientes vías de circulación, terrestres, acuáticas o aéreas".[9] Esta línea doctrinaria, considera que la protección no recae en la "seguridad" del transporte, sino en la "circulación normal" de estos. Así, toda acción que impida, estorbe o entorpezca la circulación, afectando el funcionamiento del transporte configura, en principio, el delito. Esta es también, la postura mayoritaria en la jurisprudencia.[10] Según esta posición, se interpreta al tipo como un delito de lesión que requiere para su consumación, la "efectiva destrucción o menoscabo del objeto de protección", esto es, haber impedido, estorbado o entorpecido el normal funcionamiento de los objetos tutelados. En este contexto, la expresión "*sin crear una situación de peligro común",* constituye una "mera condición negativa", una previsión que se

[8] El precepto alude a los transportes en general, de manera que quedan comprendidos tanto aquellos destinados al uso público como los de uso particular, estén o no afectados al transporte de pasajeros. Los "servicios" son los públicos, ya sea que la prestación esté a cargo del Estado o de concesionarios autorizados (BUOMPADRE, *Tratado de Derecho Penal*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 514).

[9] En este sentido, SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tea, 1987, pp. 540 ss.; NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, t. V, Córdoba, Lerner, 1992, pp. 93 ss.; ELOSU LARUMBE, *supra* nota 2, pp. 40 ss., entre otros.

[10] Ver p. ej., C.Fed.La Plata, Sala II, 30/5/2006, "Alí",; CNCas.Penal, Sala II, 15/6/2001, "Caminos del Valle Concesionarios S.A."; CF de Ap de LaPlata, Sala III, EXPTE. 3193, 16/3/2005; CNCas.Penal, Sala I 3/7/2002 "Schifrin" (posición de la mayoría); CNCasPenal, Sala III, 23/4/2004, "Alais" (posición de la mayoría).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

limita a descartar supuestos de subsunción, *pero que nada agrega a los elementos que fundamentan el reproche*.[11]

Para una postura minoritaria, en el precepto estudiado se protege la "libertad de tránsito y los servicios públicos esenciales como medio de satisfacción de otros derechos como el de propiedad, trabajo, salud e integridad física". [12] Desde esta perspectiva, se lo entiende como un delito de "peligro abstracto". Es decir, se considera que con la expresión típica "*sin crear una situación de peligro común*", el legislador pretendió distinguir el art. 194 de los arts. 190 y 191, que aluden a la seguridad de las personas, primordialmente la vida y la integridad física, en el transporte aéreo, marítimo o ferroviario (en el art. 194, la protección de tales bienes jurídicos, "no tendría la misma entidad" que la aludida en los otros artículos citados).[13]

Más allá de que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han entendido que el bien jurídico inmediatamente tutelado es el "desenvolvimiento de la circulación del transporte por vías públicas" o la "eficiencia del transporte o del servicio público, su normal cumplimiento y prestación", lo cierto es que no es posible conceptualizarlos *sin referencia al Título de los delitos contra la Seguridad Pública, que el tipo penal integra* (Capítulo 2 del Título VII, "Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación"). De modo tal, que el bien jurídico protegido por esta figura debe verse en el marco de su pertenencia al Capítulo del Código Penal que lo comprende, por lo que, la situación objetiva propia de los delitos contra la "seguridad pública" *no le puede ser ajena*.[14]

En esta dirección, se ha señalado que el bien jurídico protegido es la eficiencia del transporte o del servicio público, su normal cumplimiento y prestación. Pero ello no impide considerarlo como un delito destinado a la protección de la seguridad común, debido a su ubicación sistemática. Así,

[11] ELOSU LARUMBE , *supra* nota 2, pp. 39 ss. En igual sentido, BUOMPADRE entiende que se trata de una infracción material o de resultado y se consuma al impedirse o frustrarse el normal funcionamiento del transporte o del servicio (BUOMPADRE, *supra* nota 8, p. 515)

[12] CASTELLI / BERÓN DE ASTRADA, "Comentario al artículo 194 del Código Penal", en BAIGÚN / ZAFFARONI (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 962 ss.

[13] *Ibídem*.

[14] MARTÍNEZ, "Sobre el delito de entorpecimiento de los medios de transporte. Entre la criminalización de la protesta social y la tesis de la tolerancia", *TR LALEY* 0003/800416, pp. 12 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

"el normal funcionamiento de aquellos es una garantía de preservación de la seguridad común ya que, por lo general, su entorpecimiento puede producir situaciones que la afecten".[15]

Ahora bien, este señalamiento se traduce en dos críticas centrales que corresponde hacer a las concepciones antes expuestas. Veamos.

En primer lugar y respecto de la primera postura señalada (mayoritaria), el "regular desenvolvimiento del transporte por sus correspondientes vías de circulación, terrestres, acuáticas o aéreas" *desvinculada de la seguridad*, no puede constituir el bien jurídico tutelado sino el "objeto de acción" del delito. En efecto, mientras el bien jurídico es un "valor ideal" que solo puede ser "afectado" normativamente, el *objeto de la acción* es la entidad concreta, real, existente, en la cual *desemboca la acción típica,* es decir a la que va dirigida y, por lo tanto, puede ser lesionado o puesto en peligro "naturalísticamente".

El concepto de "resultado" es ambiguo y puede referirse tanto a la afectación que puede sufrir el bien jurídico (*desvalor de resultado:* lesión o puesta en peligro del objeto de protección) o a la idea de un efecto separable espacio-temporalmente de la acción. Ahora bien, la distinción entre delito de lesión y delito de peligro se realiza a partir de la primera versión del concepto de resultado, mientras que la diferencia entre delitos "de mera actividad" y "de resultado", parte de cómo se define el resultado según la segunda idea. Ambas clasificaciones son por lo tanto, compatibles entre sí: los delitos de peligro no requieren la lesión del bien jurídico (entendida como su menoscabo o destrucción) y pueden consistir en conductas en las cuales la acción misma sea peligrosa para el objeto tutelado —simple actividad— o en conductas en las que el peligro provenga de un efecto (separable espacial y/o temporalmente de la acción) que es el que origina el peligro para el bien jurídico protegido (resultado).[16] Identificar al objeto de acción con el objeto de protección, es muchas veces el efecto de equiparar un delito de resultado con un delito de lesión. En este sentido, una cosa es el "resultado" en sentido material (como elemento típico)[17] y otra, el "resultado jurídico" (lesión del objeto tutelado). Un delito puede ser de *resultado* en el primer sentido, pero a la vez ser

[15] CREUS, *Derecho penal. Parte Especial,* t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 44-45. En este sentido se ha expresado cierta corriente jurisprudencial: CFed.CC, Sala I, del 8/7/88, C., O.H s/Delito contra la libertad y contra la Seguridad común; CNFed.Crim y Corr., Sala I, 31/7/87, "Linder Salomons, A."; voto del juez Tragant en el fallo "Alais". A pesar de que entiende correctamente que el delito requiere "cierto peligro" para su consumación, interpreta que ese peligro debe ser "concreto" (*idem*, p. 46). En estos términos, se ha expresado la juez Ledesma (ver su voto de en disidencia en el fallo "Alais"), quien señala que el bien jurídico protegido abarca también "la seguridad de las personas y los bienes transportados", interpretándolo como un delito de peligro concreto y no de lesión. Como se verá más adelante, entiendo que el peligro exigido por el art. 194, no es concreto.

[16] DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 259 ss. y nota 8; LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 18 ss., p. 30 y p. 37; ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal,* Barcelona, Bosch, 1976, pp. 37 ss.

[17] Con la expresión "resultado material", hago referencia a un resultado "palpable", tangible o perceptible desde un punto de vista "naturalístico".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de *peligro* y no de lesión (p. ej., cuando a través de un incendio, en tanto resultado material, se crea un peligro común, configurándose un delito de peligro —contra la seguridad pública—, art. 186, inciso 1, CP).

Entonces, la consecuencia dogmática de la posición mayoritaria analizada es "convertir" al art. 194 en un delito "formal" de lesión[18], cuando por su estructura típica y su ubicación sistemática, *configura un delito de peligro*. El impedimento, entorpecimiento y/o estorbo del normal funcionamiento del transporte, más allá de ser un *resultado* (material) en tanto elemento objetivo exigido por el tipo, no es en sí mismo una lesión (normativa), *sino que debe implicar necesariamente una puesta en peligro de bienes jurídicos individuales*.[19]

Con relación a la segunda postura (minoritaria), aun cuando hace referencia a "otros valores o intereses", señala como bien jurídico "inmediatamente protegido" a la "libertad de tránsito y los servicios públicos esenciales como medio de satisfacción de otros derechos" y, en esa exegesis, la frase "*sin crear una situación de peligro común*" definiría al delito como de peligro abstracto, entendiendo que las conductas que afecten el normal funcionamiento de los transportes y servicios "menoscabarán o podrán menoscabar a personas y bienes *en forma indeterminada*". De ese modo se alude a un peligro meramente *presunto* y no real, que —como se analizará en el punto siguiente— pone en tela de juicio la legitimidad de la prohibición penal en cuestión.

Dicho lo anterior, corresponde ahora dilucidar qué clase de peligro requiere entonces, el tipo penal del art. 194, objeto del presente análisis.

2. Clase de peligro exigido en el tipo penal del artículo 194 del Código Penal

[18] El término "formal" alude aquí a un sentido meramente "formalista" (de forma y no de contenido).

[19] Respecto de este punto, ELOSU LARUMBE señala que el articulado del Título VII reprime acciones que generen situaciones de peligro común, es decir que afecten la seguridad del ciudadano de manera general. Por ende, todos los peligros que no sean comunes, se encuentran fuera del ámbito represivo de los delitos contra la seguridad pública y, en consecuencia, de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte. En su razonamiento, esto implica, que los delitos contra la seguridad pública no persiguen acciones que provoquen peligros particulares. De este modo, ante la "expresa condición excluyente de peligro común" incluida en el tipo y ante la posibilidad de considerar la producción de un "peligro particular" como un elemento del tipo objetivo, la única interpretación posible es que se trata de una figura de lesión que, pese a estar inserta dentro de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte, tutela la normal circulación de estos. El autor nombrado, agrega que el art. 194 no menciona la creación de un peligro como elemento del tipo objetivo. Según su opinión, una buena técnica legal aconseja que los elementos del tipo que fundan el reproche, sean mencionados dentro de la descripción abstracta del hecho prohibido por la norma. Con base en ello, el autor concluye que el argumento que afirma que si el precepto fuese un mero tipo de lesión, su redacción hubiera excluido todo peligro y no solo el peligro común, no debe considerarse como una razón determinante, ya que no hay motivos para entender que se decidió incluir un elemento fundamental del tipo, de manera tácita (*supra* nota 2, pp. 42-43).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En la determinación del peligro típico, deviene fundamental el sentido correcto que cabe asignarle a la expresión típica "*sin crear una situación de peligro común*".

Como se viene señalando, una interpretación adecuada e integral, debe partir no solo de la función que cumple dicha fórmula en la estructura típica, sino del contexto en el que se ubica el delito estudiado.

En primer lugar, desde el punto de vista semántico, está claro que la cláusula analizada no excluye "todo peligro", sino solo el peligro caracterizado como *común*.

En esa dirección, ZAFFARONI ha expresado que la única posibilidad de interpretar al art. 194, de forma acorde con la Constitución Nacional, es entendiendo que se trata de una conducta que con el impedimento, estorbo o entorpecimiento *pone en peligro al bien jurídico, fuera de la hipótesis del peligro común*, de lo contrario se estaría incriminando la afectación del mero "derecho a no sufrir retrasos", lo que sería irrazonable. Esto sería así, porque la tipicidad no puede agotarse solo con la comprobación de los extremos objetivos requeridos por el precepto, sino que es necesario, además, evaluar si esa tipicidad objetiva *resulta ofensiva* (por lesión o por peligro) para un bien jurídico. Según este autor, olvidar esta premisa (no requerir peligro) o presumir el peligro (es decir, darlo por cierto cuando no se haya producido) es violatorio del principio de ofensividad, consagrado junto con el principio de reserva en el art. 19, CN.[20]

En segundo término, y respecto de la ubicación sistemática del tipo penal, cabe destacar que "seguridad pública" implica, seguridad de los bienes considerados *en común*, como pertenecientes un grupo indeterminado de personas. Es decir, no se trata estrictamente de un bien jurídico en sí mismo o con entidad propia, sino más bien de un conjunto de conductas delictivas que se caracterizan por una especial modalidad de "ataque", esto es, que generan un peligro común, general o abierto.

En otras palabras, en los delitos contra la seguridad pública, se protegen bienes jurídicos individuales (principalmente vida, salud, integridad física) frente a esta clase particular de agresiones.

Dicho esto, la fórmula típica en cuestión tiene el sentido de expresar que este ilícito, aunque se encuentre ubicado entre los delitos contra la seguridad pública, no requiere un peligro común, *si no otra clase de peligro*.

Ahora bien, ¿a qué clase peligro nos remite el tipo penal entonces? La respuesta a ello es que la exégesis correcta del peligro "no común", es el *peligro individual o particular.*

[20] ZAFFARONI, "El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social", en *Jurisprudencia Argentina,* IV-384, 2002.

DR © 2023. En la Letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En efecto, los delitos de peligro común o general, se caracterizan por presentar en su tipo objetivo, una pluralidad indeterminada de sujetos pasivos, tanto en su número como en su identidad.[21] Es decir, el peligro general implica en primer lugar, que una *pluralidad de personas* se encuentra amenazada por un peligro y, en segundo lugar, que los sujetos expuestos al peligro *no están determinados*.

Por el contrario, la característica principal del "peligro particular", es justamente, individualizar o especificar a los bienes jurídicos amenazados y a los sujetos pasivos, portadores de estos.[22]

Sentado lo anterior, corresponde ahora determinar cuál es el *estadio de evolución* (hacia la lesión) de ese peligro particular exigido en el tipo, es decir si se trata de un peligro abstracto, concreto o abstracto-concreto.

En mi opinión, este delito no debe interpretarse como de peligro abstracto.

Ello por cuanto, en ese caso, al ser la peligrosidad *general o estadística* de la conducta el fundamento del injusto, pudiendo faltar en el caso concreto, el peligro para el bien jurídico, el contenido de injusto material de estas infracciones es cuestionable, porque se vulnera la exigencia de la *real eficacia lesiva de la acción* (presupuesto de la antijuridicidad material).[23] Por eso se los considera meros "delitos de desobediencia" en la medida en que la sola realización de la acción típica, como infracción de la regla de comportamiento, sería sin más, punible.[24] Nótese, que para quienes interpretan de ese modo el delito analizado, no existe la posibilidad de poner límite a los comportamientos abarcados por el tipo, y en esa exégesis, siempre el estorbo o entorpecimiento, por mínima que sea la simple "demora" que cause en la circulación del transporte, habrá configurado el delito.

Sin embargo, tampoco considero que el legislador haya querido abarcar un peligro *tan cercano* a la lesión, como el que implica el "peligro concreto". Esta técnica legislativa alude a un peligro donde

[21] MARTÍN LORENZO / ORTÍZ DE URBINA, "Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción", en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la construcción: aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo,* Granada, Comares, 2012. pp. 362 ss. Ver también: SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, p. 205; DOVAL PAIS, *supra* nota 16, pp. 318-319; ESCRIVÁ GREGORI, *supra* nota 16, pp. 67-68.

[22] ESCRIVÁ GREGORI, *supra* nota 16, pp. 37 ss.

[23] CEREZO MIR, "Los delitos de peligro abstracto", en *Revista de derecho penal*, n.º 2, 2001, pp. 719 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro", en *Revista de derecho penal, Delitos de peligro I,* n.º 2, 2007, pp. 147 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑES, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 292-293.

[24] MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2002, pp. 80-81.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la lesión del bien jurídico es *inminente*, es decir requiere un resultado de peligro, que responde a una perspectiva *ex post,* lo que conlleva ineludibles dificultades probatorias.[25]

La situación de peligro concreto implica, en primer lugar, un *pronóstico de suma probabilidad de lesión* en el caso de que el sujeto activo, la víctima y terceros permanezcan inactivos y en segundo lugar, el pronóstico hace referencia a la inexistencia de medidas de salvación racionalmente fiables.[26] También se ha señalado que en el peligro concreto, el bien jurídico protegido se encuentra en una situación objetiva de "aguda crisis", en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales —ordinarios u extraordinarios—, pues el sujeto *ha perdido el control del curso causal* y este solo podrá detenerse por un acontecimiento *casual*.[27]

En este esquema propuesto, entiendo que la configuración del delito estudiado se produce en un momento anterior, conforme a un peligro abstracto-concreto, y que se conforma con la *idoneidad ex ante* de la conducta para poner en peligro concreto los bienes jurídicos individuales de las personas expuestas a la afectación del normal funcionamiento de los transportes o servicios de comunicación. En otras palabras, no se trata de un peligro estadístico o presunto (motivo del legislador), ni de un resultado de peligro (perspectiva *ex post*) sino de un peligro *real*, cuya idoneidad debe ser valorada *en cada caso* por el juzgador.[28]

En efecto, el "peligro idóneo particular" estará condicionado no solo por el impedimento, estorbo o entorpecimiento *per se* (que pueden ser *además* peligrosos en sí mismos por su modalidad, p. ej., cortar una calle con medios violentos o incendiando neumáticos) sino también, por la situación propia en la que se encuentra el individuo frente a la fuente de riesgo (conducta típica peligrosa). Esto lo diferencia del peligro común que abarca del mismo modo a una pluralidad indeterminada de personas, que se encuentran *igualmente* expuestas a ese foco de riesgo común (p. ej., el peligro que genera un artefacto explosivo en un barco, para el colectivo de individuos que se encuentra a bordo, en cuyo caso la aplicación del art. 194 quedaría descartada por la del art. 190).

3. Análisis de la idoneidad del peligro particular

[25] Sobre la distinción entre delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, ver: MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1996, pp.208 ss.

[26] LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo,* Madrid, Civitas, 1994, p. 383.

[27] AGUADO CORREA *El Principio de proporcionalidad en Derecho penal,* Madrid, Edersa, 1999, p. 95. Ver también, KISS, "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo "adelantado"?", en *InDret,* n.° 1, 2015, pp. 16 ss., disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1102b.pdf [enlace verificado el día 22 de abril de 2024]

[28] MENDOZA BUERGO, *supra* nota 24, p. 41; TORÍO LÓPEZ, "Los delitos de peligro hipotético", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2-3, 1981, pp. 830 ss. disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848 [enlace verificado el día 22 de abril de 2024].

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Partiendo como se dijo, de que la real trascendencia a terceros de la peligrosidad de la acción típica, debe verificarse empíricamente (en cada supuesto de hecho) solo pueden fijarse "en abstracto" estándares generales que el juzgador deberá tener en cuenta en su valoración. Desde esta lógica corresponde distinguir el impacto que en este sentido puede tener cada verbo típico.

Según el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española), "impedir" significa suspender o imposibilitar la ejecución de algo; "estorbar" implica molestar, incomodar o poner dificultad a su ejecución; y "entorpecer" es retardar o dificultar. Como se observa, las posibles modalidades que puede asumir la conducta típica, presentan diferentes niveles de aptitud: está claro que "impedir" conlleva *per se* una idoneidad más intensa para poner en peligro concreto bienes jurídicos de los individuos que intentan transportarse con normalidad. Ello por cuanto, "impedir" el funcionamiento del transporte hace referencia a su *total paralización*, mientras que "estorbarlo" o "entorpecerlo", a situaciones que *dificultan* ese funcionamiento, porque lo hacen *más lento*, pero no lo paralizan. En la base de esta diferenciación "de grado" subyace como criterio esencial la extensión del retraso o la demora ocasionada (que en la modalidad "impedir" es indefinida en el tiempo). Respecto del "estorbo" y "entorpecimiento", el nivel de la idoneidad tendrá que ver con la duración de tales obstaculizaciones. En ese contexto, tendrá relevancia la posibilidad de acceso por una "razonable" vía alternativa, el horario en el que se realice (p. ej., un corte de calle efectuado en un "horario pico", genera siempre una demora mayor), también cabe distinguir si se trata de una interrupción programada o sorpresiva (en el primer caso se pueden planear opciones especiales de acceso para el caso, organizar la intervención de personal policial, etc.), entre otros criterios.

Ahora bien, no quiere decir esto que el baremo de la aptitud del peligro lo constituya la simple demora o el retraso *en sí mismos considerados*, sino que estos serán relevantes o no, dependiendo del impacto que generen. Ese efecto implica la posibilidad de poner en peligro concreto (idoneidad) algún bien jurídico individual, por no poder su titular "trasladarse a tiempo" a un determinado sitio para impedir perjuicios, p. ej. con relación a la vida, salud, propiedad, entre otros. Y es allí cuando entra en escena la consideración de la particular situación de las personas que pretenden circular. Piénsese en este sentido, en el caso de enfermos o ancianos (respecto de quienes un retraso en la circulación puede poner en peligro su vida o salud) o de aquellos que requieren transportarse en un tiempo perentorio, para evitar un perjuicio en su patrimonio (p. ej., presentarse en una audiencia judicial donde esté en juego su derecho a la propiedad), etc.

Finalmente, es necesario destacar que todo peligro castigado penalmente debe ser *necesariamente grave,* en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, aunque ese requisito no esté contemplado expresamente en el tipo. Y, como el peligro es un concepto dependiente respecto de los delitos de lesión, pues su finalidad es tratar de evitar el menoscabo del bien jurídico, si se pone en relación el peligro con el resultado lesivo, la gravedad estará vinculada no solo con la aptitud de la conducta para generar un daño severo o agudo (intensidad), sino también con la importancia

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

del bien jurídico expuesto al peligro (en este sentido no será lo mismo que el interés protegido que esté en juego sea la vida o el derecho de propiedad).

Se desprende de todo lo expuesto, que los impedimentos, estorbos o entorpecimientos, en los términos del citado art. 194, *que no generen ese plus de peligro (grave) idóneo serán, atípicos.* Ello, independientemente de que se trate de protestas sociales o no.

IV. Causales de atipicidad

Sentado lo anterior, la correcta exegesis del art. 194, conlleva distinguir *tres niveles* de atipicidad. En efecto, el comportamiento peligroso allí descripto puede quedar fuera del espacio típico, en virtud de ser abarcado por el riesgo permitido (primer nivel), por el riesgo no permitido pero penalmente atípico (segundo nivel), o a consecuencia de la aplicación del "principio de insignificancia" (tercer nivel).

Respecto del primer nivel, las protestas sociales públicas, están permitidas por el orden jurídico extrapenal, es decir, por el conjunto de disposiciones constitucionales que abarcan el derecho de reunión, en la medida que esta sea pacífica, no tenga carácter sedicioso y su finalidad no sea ilícita y, por las normas de tránsito y sus reglamentaciones, y en su caso, por protocolos que regulan las reuniones en la vía pública, siempre que se las respete. En ese contexto, dichas conductas no estarán abarcadas por el tipo penal ya que una interpretación adecuada del art. 194, partiendo de la coherencia del ordenamiento jurídico general, implica que el "impedimento, estorbo o entorpecimiento" del normal funcionamiento del transporte, conllevan implícitas infracciones a la norma extrapenal. Cuando dichos incumplimientos no se configuran, el mero riesgo de sufrir demoras o retrasos en la circulación del transporte, a consecuencia de una protesta social, constituye *riesgo permitido*.[29]

Con relación al segundo nivel de atipicidad, se alude aquí a comportamientos que si bien no están permitidos por el orden jurídico extrapenal, p. ej., acciones que impiden, entorpecen o estorben la normal circulación viaria, infringiendo normas que hacen a la regulación del tránsito o a la reglamentación del derecho de reunión en la vía pública (p. ej. un protocolo específico sobre ese tema), no implican *ex ante* un peligro particular con aptitud para poner en peligro concreto bienes jurídicos individuales de las personas expuestas a esa afectación de la normalidad del

[29]En este sentido, cabe recordar que *"en una sociedad democrática el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación sino también, un espacio de participación"* (sent. STC. 66/1995, del 8/5/1995, citada por MARTÍNEZ, *supra* nota 14, p.15). De ello se deduce que la posibilidad de sufrir meras demoras o retrasos en la circulación vial, a causa de las protestas es un riesgo (permitido) intrínseco de "vivir democráticamente".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

transporte.[30] En esos supuestos (*riesgo no permitido pero penalmente atípico*), se justificarán *otras* sanciones, *no penales*, establecidas en el ordenamiento jurídico extrapenal.

Finalmente, el tercer nivel (insignificancia), se diferencia de los anteriores, en el sentido de que no se trata de conductas formalmente permitidas por el orden jurídico extrapenal o no permitidas pero que no generen peligro idóneo individual alguno, sino de acciones que encajan en el tipo y que afectan al interés tutelado (tipicidad formal o "literal"), pero se trata de afectaciones *nimias* y que por lo tanto no constituyen una ofensa relevante a los fines que se persiguen con el tipo penal. El fundamento del principio de insignificancia se vincula entonces, con el carácter *fragmentario* del Derecho penal: se protegen los bienes jurídicos más importantes para la convivencia social, pero esa tutela se limita a las acciones que atacan de manera *más intensa* a esos intereses y se excluyen aquellos ataques insignificantes.[31]

IV. Conclusiones

De todo lo desarrollado, se desprende que la dificultad con la que se encuentra tanto la doctrina como la jurisprudencia para resolver la problemática aquí expuesta está en parte determinada *por el modo en el que se plantea el conflicto*, esto es, como una "confrontación entre derechos" (a protestar por un lado y a la circulación, por el otro) lo que conduce a buscar la solución en la limitación —en abstracto— de ambos derechos que permitan un ejercicio simultáneo, satisfactorio y pacífico, de ambos. Sin embargo, se debe comenzar por determinar cuándo la conducta de "cortar una calle" —independientemente de que sea por una protesta social o por otro motivo— está abarcada por el art. 194, CP. Es decir, el pretendido límite al derecho de protestar, "cortando calles" surge de la correcta interpretación del tipo penal.

[30] SILVA SÁNCHEZ, explica la diferencia entre un riesgo permitido y un riesgo no permitido pero penalmente atípico, a partir del art. 379, CP español. Ese precepto prohíbe conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana, a la permitida reglamentariamente. En ese marco, la conducción de un vehículo de motor a una cierta velocidad, solo es un riesgo permitido si el conductor se atiene a lo "reglamentariamente permitido". La circulación a una velocidad por encima de ese límite ya constituye un riesgo no permitido, aunque siga siendo un riesgo "penalmente atípico", salvo que la velocidad autorizada se supere en 60 km/h en vía urbana o en 80km/h en vía interurbana, como lo exige el tipo penal (*Riesgo Permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 19).

[31] BUSTOS RUBIO, "Insignificancia y Derecho penal económico", en *InDret*, n.° 1, 2024, pp. 135-136, disponible en: https://indret.com/insignificancia-y-derecho-penal-economico/ [enlace verificado el día 23 de abril de 2024]. Sobre el tema del principio de insignificancia, ver también: NAVARRO MASSIP, "La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.° 8, 2011, pp. 49 ss. y CASTELLÓ NICÁS, "Principio de intervención mínima versus adecuación social, tolerancia social, e insignificancia en delitos de corrupción privada", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.° 137, 2022, pp. 27 ss.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En este entendimiento, si partimos de que no tendría sentido que el ordenamiento jurídico permita una conducta determinada, pero al mismo tiempo, la incluyera dentro de un tipo penal y teniendo en cuenta que la razón de toda prohibición penal solo encuentra fundamento en la adecuada protección de los bienes jurídicos, se configuran los ya señalados tres niveles de atipicidad de la conducta relativa a las protestas sociales que afectan la circulación viaria.

Así, las alteraciones viales, en virtud de las protestas públicas, serán atípicas cuando estén abarcadas por el riesgo permitido, cuando se incumplan disposiciones del orden jurídico extrapenal, pero solo generen el riesgo de demoras o retrasos, desvinculados de cualquier otro peligro o cuando a pesar de ser dicha conducta idóneamente peligrosa para afectar bienes jurídicos individuales, el posible daño no alcance el umbral mínimo de relevancia requerido por la prohibición penal (principio de insignificancia).

V. Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa, *El Principio de proporcionalidad en Derecho penal,* Madrid, Edersa, 1999.

BUOMPADRE, Jorge, *Tratado de Derecho Penal*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2009.

BUSTOS RUBIO, Miguel, "Insignificancia y Derecho penal económico", *InDret*, n.º 1, 2024.

CASTELLI, Germán/ BERÓN DE ASTRADA, Ezequiel, "Comentario al artículo 194 del Código Penal", en BAIGÚN, David / ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 8, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria, "Principio de intervención mínima versus adecuación social, tolerancia social, e insignificancia en delitos de corrupción privada", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.° 137, 2022.

CEREZO MIR, José, "Los delitos de peligro abstracto", en *Revista de derecho penal*, n.º2, 2001.

CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte Especial,* t. 2, Buenos Aires, Astrea, 1999.

DOVAL PAIS, Antonio, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

ELOSU LARUMBE, Alfredo, *Los cortes de ruta y el artículo 194 del Código Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal,* Barcelona, Bosch, 1976.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro", *Revista de derecho penal, Delitos de peligro I,* n.°2, *2007.*

GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

— "Porqué el fallo Alais es (jurídicamente) inaceptable", en *Jurisprudencia Argentina, 2004-III-296.*

— -"El derecho frente a la protesta social", en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Gargarella (coor.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

KISS, Alejandro, "Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo "adelantado"?", en *InDret,* n.°1, 2015.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo,* Madrid, Civitas, 1994.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

MARTÍNEZ, Marcela., "Sobre el delito de entorpecimiento de los medios de transporte. Entre la criminalización de la protesta social y la tesis de la tolerancia", en *TR LALEY* 0003/800416.

MARTÍN LORENZO, María / ORTÍZ DE URBINA, Íñigo, "Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción", en POZUELO PÉREZ, Laura (coord.), *Derecho penal de la construcción: aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo,* Granada, Comares, 2012

MENDOZA BUERGO, Blanca, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2002.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1996, pp.208 ss.

NAVARRO MASSIP, Jorge, "La adecuación social y el principio de insignificancia como causas de exclusión de la tipicidad en relación al principio de intervención mínima", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.° 8, 2011.

NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, t. V, Córdoba, Lerner, 1992.

OTRANTO, Guido S., "Las protestas en la vía pública: el riesgo propio de vivir en una sociedad democrática", en ZIFFER, Patricia (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, t. 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, José María., *Riesgo Permitido en Derecho penal económico*, Atelier, Barcelona, 2022.

SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tea, 1987.

SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Los delitos de peligro hipotético", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Fascículo 2-3, 1981.

VADALÁ, Diego, M., "Colisión de derechos constitucionales en el marco de la protesta social", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.°5, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio R., "El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social", en *Jurisprudencia Argentina,* IV-384, 2002.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
En Letra: Derecho Penal
Año VIII, número 16, pp. 106-161.

Los nuevos sistemas acusatorios. Desde una tradición inquisitiva a una actualidad no-adversarial

Eduardo Harrington (UBA)*

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2022
Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2023

Resumen

El presente trabajo presenta una caracterización de los sistemas procesales "acusatorios" desarrollados en buena parte de América Latina a partir del proceso de reforma iniciado en este continente a finales del siglo XX. En contraposición a la clásica distinción "inquisitivo/adversarial", se sostiene que la categoría "acusatorio" resulta relevante para definir estos nuevos modelos de persecución penal. Para ello, se analiza comparativamente el rol del fiscal en los esquemas típicamente adversariales (cuyo modelo en este trabajo es el del sistema federal de los Estados Unidos de América) y de los procesos reformados, para los que se toma como referencia el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del sistema federal argentino. La comparación del rol del fiscal se realiza con relación a los alcances del deber de objetividad, el rol de la verdad y, finalmente, de la actuación del fiscal en la etapa de investigación preliminar. Las diferencias entre ambos modelos, permiten establecer notas características de estos "procesos acusatorios" que los separan de los esquemas inquisitivos y que, a la vez, los distinguen de los sistemas adversariales. El trabajo concluye que la adecuada caracterización y comprensión de la lógica de estos sistemas procesales permite dotarlos de mayor coherencia, facilitar su análisis comparativo con otros modelos procesales, adecuar las prácticas y los métodos de enseñanza.

Palabras clave: Reforma procesal – Sistema acusatorio – Rol del fiscal – Objetividad – Verdad y proceso penal

Title: The new accusatorial criminal systems. From an inquisitorial tradition to a non-adeversarial present.

* Abogado (UBA). LL.M en derecho internacional y comparado (UCLA). El trabajo es una adaptación de una investigación independiente realizada en la Universidad de California en Los Ángeles. Las traducciones fueron realizadas por el autor.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Abstract

This paper presents a characterization of the "accusatorial" procedural systems developed in Latin America through the reform process initiated in this continent in the end of the last century. In contrast to the classic "inquisitorial/adversarial" distinction, it is argued that the "accusatorial" category is relevant for defining these new models of criminal prosecution. To do so, the role of the prosecutor in typically adversarial models (based on the federal system of the United States of America) and in the reformed criminal systems, particularly those of the Autonomous City of Buenos Aires and the federal Argentine system, is comparatively analyzed. The comparison of the prosecutor's role is carried out in relation to the scope of the duty of objectivity, the role of truth, and, finally, the prosecutor's role in the preliminary investigation stage. The differences between both models allow for the establishment of characteristic features of these "accusatorial processes" that set them apart from inquisitorial schemes and, at the same time, distinguish them from adversarial systems. The paper concludes that the adequate characterization and understanding of the logic of these procedural systems allow for greater coherence, facilitate comparative analysis with other procedural models, and to adapt the working schemes and teaching methods to to this particular design.

Keywords: Procedural Reform – Accusatorial systems – Role of the Prosecutor – Objectivity – Truth and criminal procedure

Sumario: I. Introducción; II. Contextualización; III. El rasgo "acusatorio" como una característica definitoria de los nuevos procesos penales argentinos; IV. El rol del fiscal; V. Conclusión; VI. Bibliografía

I. Introducción

El derecho estadounidense ha tenido una influencia directa en el derecho argentino en un aspecto central: la Constitución de la Nación Argentina estuvo en parte basada en el texto constitucional de los Estados Unidos. De un modo similar, en ambas constituciones se garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio, se establece el requerimiento de orden judicial para la detención de una persona y se garantiza en los juicios criminales el derecho del acusado a ser juzgado por un jurado de pares.

Partiendo de esa base podría argumentarse que los procesos penales de ambas Naciones deberían haberse desarrollado por caminos similares. Si los juicios penales se organizan en consonancia con

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

lo dispuesto por la Constitución, o, en otras palabras, si las leyes procesales son reglamentarias de la Constitución, ambos procesos que parten de normas constitucionales similares deberían tener características semejantes.

Sin embargo, por razones históricas y culturales, el proceso penal federal argentino no fue organizado siguiendo la forma adversarial típica del mundo anglosajón que se definen por basarse en un modelo de disputa que cuenta con un decisor imparcial en donde la investigación está a cargo de las partes de un modo no-colaborativo[1]. Por el contrario, se basó en el modelo inquisitorial francés que aún es ley vigente en muchas jurisdicciones del país, centrado en la actuación del juez en su doble rol de investigador y decisor, donde la verdad histórica jugaba un papel saliente. De hecho, el derecho a un juicio criminal por jurados, típico del sistema del *common law*, no ha sido aún implementado en el sistema federal argentino, a pesar del mandato claro de la Constitución Argentina de 1853.

Durante las últimas décadas, Argentina y buena parte de Latinoamérica, ha comenzado un proceso de transformación de sus sistemas inquisitivos y la influencia del modelo estadounidense es evidente en los diferentes intentos de reforma. De esta manera, la ley de los Estados Unidos aparece nuevamente en el centro de la escena a fin de (re)pensar al proceso penal argentino.

En este contexto, el objeto de este trabajo es analizar algunos modelos de procesos reformados argentinos para establecer si y hasta qué punto son adversariales, entendiendo esta noción de un modo similar al que tiene en los Estados Unidos. A partir de allí, se podrá establecer, en primera medida, las características distintivas de estos procesos locales y, consecuentemente, en qué medida los esquemas adversariales estadounidenses pueden ser la base para guiar las políticas públicas, entrenamiento y educación en la implementación de estos procesos penales reformados.

La determinación de adversarialidad se realizará a través del análisis de un aspecto central del proceso penal adversarial: el rol del fiscal. Será planteado a lo largo del trabajo que estos procesos penales no son adversariales en el sentido angloamericano, pero tampoco pueden ser considerados inquisitivos al carecer de elementos esenciales que definen a ese tipo de procesos. Se trabajará

[1] "Por adversarial me refiero al sistema de adjudicación en los que la acción es controlada por las partes y el decisor permanece esencialmente pasivo. En el escenario de determinación de los hechos, esto implica que los litigantes y sus abogados deciden qué hechos van a ser objeto de prueba. Implica además que los litigantes y sus abogados deben encontrar material probatorio, prepararlo para usarlo en el juicio y presentarlo al debate". DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997, p. 75.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entonces con la noción de "sistema acusatorio", dado que se trata del rasgo que mejor define a este tipo de procesos. En ese sentido, se concluirá que el foco de los reformadores fue puesto en general en desarrollar un sistema acusatorio antes que uno adversarial.

Como cuestión metodológica del desarrollo del trabajo, es pertinente aclarar desde el comienzo que tanto Argentina como los Estados Unidos son Estados Federales, por lo que los procesos penales varían en las diferentes provincias/estados. De hecho, la reforma procesal latinoamericana, si bien tiene un punto de partida común, no es uniforme a lo largo de todo el continente y mientras algunos procesos tendrán los rasgos acusatorios que se identifican en el trabajo, otros pueden tener características que los acerquen al sistema adversarial de los Estados Unidos.

De esta manera, si bien el análisis será general, las referencias a alguna regulación específica estarán limitadas a ciertas jurisdicciones de ambos países. Respecto de los Estados Unidos, la jurisdicción elegida es la del sistema federal. La elección está justificada parcialmente en el hecho de que el punto de partida del trabajo se basa en una comparación constitucional que es, a su vez, la base de las reglas del proceso penal federal. Por esa misma razón, el trabajo también se enfocará, en la parte argentina, en el sistema federal. De todas maneras, como la reforma del proceso penal federal se encuentra en vías de implementación, el estudio del derecho argentino se complementará con el análisis del proceso penal reformado que fue implementado en la Ciudad de Buenos Aires. Se incluirán también, en algunas ocasiones, referencias a otras legislaciones de la región.

Más allá de esta selección para el estudio comparativo, la estructura de esos procesos acusatorios que el trabajo identifica resulta válida como categoría de análisis comparativo de diferentes modelos procesales. La identificación de los matices propios que presentan los modelos acusatorios posibilita un mejor entendimiento general de su funcionamiento y, de esa manera, se obtienen bases más sólidas para análisis comparativos futuros.

La siguiente sección del trabajo, de carácter introductorio, se centrará en un análisis histórico de la Constitución Argentina como así también en las diferentes normas que regulan el proceso penal federal. Se presentará una breve síntesis del desarrollo procesal argentino y sus fuentes de influencia continentales, pero también del mundo anglosajón a través del texto constitucional.

En la Sección III, se analizará la noción de "sistema acusatorio" en tanto se constituye en la manera apropiada de definir a los procesos penales reformados que no son ni inquisitivos ni adversariales.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En la Sección IV, se analizará el rol del fiscal a los dos extremos del continente para mostrar ese compromiso de los procesos penales reformados argentinos con un ideal acusatorio antes que con uno adversarial. Para ese propósito, será examinado el requisito de objetividad del fiscal, el rol de la verdad en ambos procesos, y las características de la etapa de investigación en ambos lados del continente.

Por último, en la Sección V se elaborará una breve conclusión sobre los temas desarrollados y posibles vías de futuras exploraciones.

II. Contextualización

1. Marco Histórico

Tal como fue mencionado en la introducción, podría argumentarse que el sistema adversarial angloamericano estaba en el pensamiento de los constituyentes argentinos cuando se ideó la Constitución de 1853. Si los procesos penales son la regulación de las normas constitucionales, y si los constituyentes argentinos tuvieron en miras la constitución estadounidense, sería plausible sostener que en efecto intentaron sentar unas bases constitucionales similares a las que habían permitido en los Estados Unidos el desarrollo del sistema adversarial característico del mundo anglosajón.

Este argumento inicial, sin embargo, no es decisivo para sostener esa afirmación, ya que la Constitución de los Estados Unidos no fue la única fuente de la Constitución Argentina. En efecto, más allá del hecho de que aproximadamente dos tercios del texto constitucional argentino está basado en aquella, algunas normas tienen una mayor similitud con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789. Esto, además, es particularmente cierto en las normas constitucionales vinculadas con las garantías penales[2].

[2] "Estimativamente dos tercios del texto utilizó la misma aproximación del proyecto de Alberdi y aproximadamente dos tercios se originaron en la Constitución de los Estados Unidos —usualmente a través de Alberdi—. Con respecto a algunas de las libertades individuales, la Constitución de 1853 se parece a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano francesa de 1789". MILLER, "The Authority of a Foreign Talisman: A study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite´s Leap of Faith", en *American University Law Review,* v. 46, 1997, PP. 1483, 1511.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

No obstante, el hecho de que los constituyentes argentinos hayan incluido expresamente en el texto constitucional el derecho a ser juzgado por jurados[3] es una indicación fuerte de que el modelo de proceso penal adversarial del mundo anglosajón estaba efectivamente en los planes de los constituyentes cuando se ideó el texto constitucional. Argentina, colonia española, había heredado lógicamente la tradición inquisitorial típica del mundo continental europeo[4], donde el juicio por jurados era ciertamente un concepto extraño. Consecuentemente, si la idea misma del juicio por jurados es una de las características más salientes del sistema adversarial angloamericano, la inclusión de esa garantía en la Constitución de 1853 podría ser considerada convincentemente como una indicación sólida de que el sistema adversarial estaba en consideración de los constituyentes argentinos de 1853[5].

En este sentido, debe notarse que otros intentos de introducir el sistema adversarial en contextos inquisitivos, generalmente incluyeron al juicio por jurados como una de sus características centrales. La reforma posrevolucionaria que ocurrió en Francia al final del siglo dieciocho puede servir como ejemplo. Francia, pretendía reformar su sistema inquisitivo por los repetidos abusos que ese tipo de procesos penales permitían. Luego de la revolución, y antes de que Napoleón

[3]Tres secciones de la Constitución Argentina se refieren al juicio por jurados: el art. 24 dispone que "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados"; el art. 75, inc. 12 regula como atribuciones del Congreso la de "(dictar las leyes) que requiera el establecimiento del juicio por jurados" y el art. 118 dispone que "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito…".

[4]Para un análisis del desarrollo de los procesos inquisitivos en España ver: ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure with Special reference to France*, 1914, p. 295.

[5]La existencia de regulaciones específicas en la Constitución ha sido considerada, p.ej., por la Suprema Corte de los Estados Unidos como una indicación de un intento de los padres fundadores de adoptar un tipo de proceso penal específico. Ver, p.ej., el voto del Juez Scalia en Crawford ("El mal principal que la Cláusula de la Confrontación atacaba [art. 6 de la Constitución de los EE. UU. que establece el derecho del acusado a "confrontar a los testigos que haya en su contra] era el sistema procesal del derecho continental europeo y particularmente el uso de declaraciones realizadas por una sola de las partes como evidencia en contra del acusado. Ver Crawford v Washington, 541 U.S. 36, 2004, p. 50. Ver también SARMIENTO, *Comentarios a la Constitución Nacional*, Ed. América Unidad, Buenos Aires, p. 53. "El derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante en los puntos análogos o idénticos, hace autoridad en la República Argentina, pueden ser alegadas en juicio, sus autores citados como autoridad reconocida, y adoptada su interpretación genuina de nuestra propia Constitución. El Congreso quiso que la joven Federación, inexperta en la práctica de la forma de gobierno que ella había abrazado, no se lanzara a un nuevo camino ciega y sin guía, y por ello le dio toda la ciencia y toda la práctica de la única federación que existe", citado en PEREZ SAMMARTINO, "La Influencia de los Estados Unidos en el Constitucionalismo Argentino", en *Res Pública Argentina*, 2006-1, p. 43. Asimismo, ver BINDER, *Derecho Procesal Penal*: *Hermenéutica del Proceso Penal*, t.1, Ad-Hoc, 2017, p. 256. Este sostiene que la inclusión en el art. 24 de la Constitución Argentina de establecer el juicio por jurados no es otra cosa sino el "reflejo de la necesidad de desembarazarse del pasado, vivido como cepo colonial" al considerar al modelo inquisitivo como un "obstáculo al desarrollo de las nuevas ideas".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

implementara su Code d′ Instruction Criminelle (CIC) en 1808, hubo un intento en ese país de emular el sistema adversarial anglosajón. El derecho a un juicio por jurados era central en las ideas de los reformistas[6].

Finalmente, no puede ser obviado del análisis que al menos algunos de los ideólogos de la Constitución Argentina de 1853 claramente intentaron romper con algunas de las tradiciones heredadas del Viejo Mundo[7]. Los Estados Unidos eran vistos por algunos de los intelectuales argentinos que estaban además involucrados en el proyecto constitucional como un modelo exitoso de un Estado recientemente independizado. Parte de ese éxito era atribuido al tipo de inmigración que había poblado el territorio norteamericano. Al emular algunas de las prácticas de ese país se intentaba atraer entonces al mismo tipo de inmigrantes cuyos derechos también fueran semejantes a los que se garantizaban en los Estados Unidos[8].

[6] "Las reformas propuestas, que formarían la base de la legislación en 1791, eran un desvergonzado intento de importar el modelo angloamericano en su totalidad" (…) "El juicio por jurados fue instaurado el 30 de abril de 1790 pero sin ninguna reglamentación acabada para su funcionamiento". VOGLER, *A World of Criminal Justice*, Routledge, 2005, pp. 49-57.
"Como resultado del trabajo de Beccaria y otros en el siglo dieciocho, el sentimiento público contra los abusos del proceso penal se volvió muy fuerte y la reforma del proceso penal se transformó en uno de los principales objetivos de las revoluciones europeas. Los reformistas de la época apuntaron al proceso penal inglés como un ejemplo de un sistema justo y democrático, y llamaron a reformar sus propios procesos en línea con las reglas del common law. Las demandas más prominentes se centraban en (1) la implementación de los jurados, (2) el reemplazo del proceso penal escrito y secreto por uno oral, (3) el establecimiento del derecho del acusado a un juicio, (4) la restricción de los poderes inquisitivos del juez, (5) la abolición del requerimiento de que el acusado declare bajo juramento, y (6) la abolición de la tortura y (7) de la intervención arbitraria del soberano en un proceso penal ya sea a través de una sanción o de un indulto. En el fervor de la Revolución Francesa se hizo un intento de abolir el viejo régimen en un todo y sustituirlo por un nuevo procedimiento basado en el modelo inglés". MERRYMAN. *The Civil Law Tradition*, Standford University Press, 2007, p. 129.

[7] "Las 'Bases y Puntos de Partida Para la Organización Política de la República Argentina' de Juan Bautista Alberdi, argumentaba que la Constitución Argentina no debía limitarse a un marco legal que incorporara el statu quo porque ese statu quo en la América española había fracasado". MILLER, *supra* 2, p. 1502.

[8] "Alberdi ofrecía un programa concreto. Con tan solo un millón de habitantes, Argentina era un sitio vacío y desaprovechado, con poca agricultura, sin ferrocarriles y sin ciudades vibrantes a excepción de Buenos Aires. Facilitar el progreso requería incentivar la inmigración europea para llenar las tierras vacías y mejorar el nivel cultural del país, permitir el libre comercio y atraer las inversiones necesarias para construir ferrocarriles y establecer la industria. Argumentaba, además, que los inmigrantes podrían ser atraídos hacia la Argentina ofreciéndoles libertades individuales amplias. Los derechos conferidos a los inmigrantes incluirían (…) un sistema judicial eficiente para proveer reparaciones adecuadas (…). El modelo de este programa era el del Estado de California, que en los pocos años en los que se había anexado a los Estados Unidos desde México había logrado un crecimiento impresionante a través de las oportunidades que ofrecía a los recién llegados —oportunidades que no estaban disponibles bajo el control mexicano—. En el diseño de la constitución, incluido como un apéndice a Bases, Alberdi garantizaba a los ciudadanos y extranjeros esencialmente los mismos derechos que los de la Carta de Derechos estadounidense…". MILLER, *supra* 2, p. 1503.
En el mismo sentido, ver también PEREZ SAMMARTINO , *supra* 5, p. 45.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En efecto, el propio Domingo Faustino Sarmiento en su presidencia de los años 1868 y 1874, luego de su estadía en los EE. UU. como embajador, proyectó un Código Procesal Penal en donde la introducción del juicio por jurados fue una nota característica. La evidente influencia de la cultura jurídica de los EE. UU. se evidencia en ese punto y en el informe que acompañaron Florentino González y Victorino de la Plaza, juristas designados por Sarmiento para la redacción del proyecto que finalmente no fue tratado por el Congreso de la Nación[9].

En definitiva, todos estos factores hacen que sea plausible argumentar que el modelo adversarial angloamericano estaba en discusión y en la mente de los constituyentes en 1853. Sin embargo, esos ideales adversariales no fueron más allá del diseño constitucional. Las raíces inquisitivas habían crecido profundamente en el suelo argentino y pusieron esas aspiraciones a un lado por más de un siglo.

La principal razón de que se haya desarrollado un modelo inquisitivo antes que uno adversarial, más allá de lo que se estableció en la Constitución, es histórica. Argentina estuvo ciertamente influenciada por la tradición continental europea a partir de la colonización española. España había adoptado una ley unificada conocida como el "Septenario" o las "Siete Partidas", que en sus capítulos III y VII contenían diferentes regulaciones procesales penales como la pesquisa, que era una investigación oficial de los delitos y, en última instancia, una de las fuentes de los juicios inquisitivos

[9] Una versión de dicho proyecto de ley con el informe presentado por Florentino González y Victorino de la Plaza puede hallarse en: https://play.google.com/books/reader?id=XDs_AQAAMAAJ&hl=en_US&pg=GBS.PA7 [enlace verificado el día 25 de abril de 2023]. Es bastante gráfica la idea en la pluma de tales juristas cuando analizan las palabras de Edward Livingston sobre el Código de Procedimiento Penal del Estado de Louisiana, en donde aquel jurista remarcaba la importancia de poner el acento sobra las formas que adoptan los gobiernos para la prosecución de los delitos. Así, expresaron Florentino González y Victorino de la Plaza Expresaron que "(s)i Mr. Livingston creyó necesario decir lo que precede en los Estados Unidos, donde tanto cuidado se ha puesto en reglar convenientemente el modo como han de proceder todos los que están revestidos de autoridad pública, cuando hayan ejercido su acción sobre la sociedad, a fin de que los preceptos de la ley sustantiva se apliquen con imparcial rectitud y conveniente celeridad, no parecerá fuera de lugar el que nosotros nos permitamos llamar muy especialmente la atención de los legisladores argentinos a tan preferente objeto. Porque, séanos permitido decirlo, hasta ahora solo se ha cuidado entre nosotros de reemplazar la legislación que regla los derechos y relaciones civiles de los habitantes del país por otra basada sobre la jurisprudencia Justiniánica y Napoleónica, que no es, en verdad, la más conforme con las condiciones orgánicas de una sociedad republicana, y se ha descuidado lo que más importaba: dar al departamento judiciario un carácter congruente con la naturaleza de la forma del gobierno que aspiramos a plantear; organizando los tribunales de justicia y estableciendo un modo de proceder para administrar esta, que facilite el control de la opinión pública ilustrada sobre la conducta de los jueces, y asegure a los ciudadanos la decisión imparcial, justa, pronta y barata de las cuestiones que ventilen ante ellos. Este es el vacío que están destinados a llenar el proyecto de ley sobre establecimiento del juicio por jurados y el Código de procedimiento criminal, cuya redacción se nos encargó en 1871, si el Congreso nacional, mejorando la parte que encuentre defectuosa, se sirve prestarles su aprobación".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

desarrollados en las colonias españolas en América, aún luego de que esos nuevos Estados se independizaran de España[10].

En el tiempo presente, la idea de implementar un nuevo sistema procesal penal ha ganado importancia en la Argentina. Durante las últimas décadas, buena parte de los países latinoamericanos se embarcaron en el proceso de reformar sus procesos inquisitivos[11] y el modelo de los Estados Unidos aparenta estar en consideración de los políticos y reformadores argentinos.

Se ha sostenido que, en realidad, estos procesos reformadores latinoamericanos no se basan exclusivamente en el modelo de los Estados Unidos, sino que fueron producidos y promovidos localmente por un grupo de emprendedores latinoamericanos que basaron su trabajo en distintas fuentes, en las que las transformaciones de los sistemas procesales europeos tuvieron un rol más central que el modelo estadounidense[12]. En línea con esas ideas, este trabajo no asume que las ideas reformadoras latinoamericanas y, consecuentemente, los nuevos procesos penales que se están implementando en la Argentina están únicamente basados en el modelo estadounidense ni que son un intento de implementar o emular ese sistema en el país, tal como ocurrió en Francia en la era revolucionaria. No obstante, sí se asume como innegable que al menos parte de los pensamientos y proyectos desarrollados por los reformadores latinoamericanos se remontan al sistema adversarial típico del mundo anglosajón.

La influencia pudo haber ocurrido directa o bien indirectamente, es decir, a través del estudio de procesos penales europeos reformados que ya habían incorporado características centrales del sistema adversarial estadounidense. Los reclamos contra el expediente escrito y formal (oralidad),

[10]Ver ESMEIN, *supra* nota 4, p. 298. También, PEREZ SAMMARTINO, *supra* 5, p. 77 "(L)a influencia de los Estados Unidos en el constitucionalismo argentino ha sido muy fuerte. Lo fue de manera incuestionable en la elaboración de la Constitución, pero quizás aún más en la interpretación constitucional. Esa influencia no llegó a otros campos del derecho. La tradición argentina de derecho continental permaneció como dominante en todas las disciplinas, con excepción de las cuestiones constitucionales. Las principales fuentes del derecho civil han sido francesas; las del derecho comercial y penal, italianas y alemanas". También, para una evolución histórica de los sistemas inquisitivos, ver MAIER, *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, t. I, 2004, pp. 288-328

[11]Para una aproximación general de los movimientos de reforma procesal penal en América Latina ver, LANGER, "Revolution in Latin American Criminal Procedure: Difussion of Legal Ideas from the Periphery", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 55, 2007, pp. 617-627.

[12] "(S)i la identificación con los Estados Unidos hubiera jugado un rol tan importante en estas reformas, el proceso penal estadounidense hubiese sido el principal modelo, lo cual, tal como ha sido detallado a lo largo de este trabajo, no fue el caso (…). Hay más evidencia que la identificación con Europa continental y sus sistemas legales ha influido las reformas. Como este trabajo ha explicado, la StPO fue una influencia importante sobre el Código Modelo, y códigos posteriores han tomado ideas de los códigos alemán, español, italiano, y portugués". LANGER, *supra* nota 11, p. 667.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

las propuestas de separación de funciones entre la tarea de investigar y decidir los casos y el involucramiento de jurados populares son ideas ciertamente atadas a la tradición angloamericana.

2. Argentina: pasado, presente y futuro. Del sistema inquisitivo puro al mixto y ¿hacia un futuro adversarial?

Argentina proviene de una tradición inquisitiva en la que la investigación de los delitos era realizada por un actor oficial (el juez) y se compilaba en un expediente escrito que, en última instancia, era la base para la decisión de los casos y su eventual revisión por las respectivas Cámaras de Apelaciones. Este modelo procesal estuvo vigente durante la mayor parte del siglo veinte, cuando en el ámbito federal regía el Código de Procedimientos en Materia Penal (en adelante CPMP)[13]; un sistema marcadamente inquisitivo basado en aquel que funcionaba en Europa continental y en las colonias españolas en América[14]. El fiscal funcionaba como una especie de asistente del juez, orientado a ser un garante de la legalidad del proceso[15]. Los fiscales no estaban mayormente involucrados en la investigación de los casos, ya que esta actividad estaba reservada al juez, pero sí tenían la obligación de denunciar cualquier actividad criminal que llegara a su conocimiento[16]. El proceso era completamente secreto durante los primeros diez días y el juez podía decidir extender

[13]Sancionado mediante Ley 2372 de octubre de 1888.

[14] "(L)os procesos penales que las jóvenes repúblicas independientes adoptaron generalmente siguieron el modelo inquisitivo —creado por la Iglesia Católica y las monarquías absolutas— que había prevalecido en Europa continental e Hispano y Luso América entre los siglos XIII y XIX. LANGER, *supra* nota 11, p. 628.

[15]El art. 118 es un claro ejemplo de esto al establecer que el rol del fiscal es el de "asistir al examen de testigos y verificación de otras pruebas en los procesos…", "vigilar el fiel cumplimiento de las leyes y las reglas del procedimiento" y "velar por que el orden legal en materia de competencia sea estrictamente observado". Alberto Binder hace un desarrollo de la institución del Ministerio Público y ubica su nacimiento, con Hélie (HÉLIE, *Traité de l'Instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, Charles Hingray, 1853), en la Edad Media, aunque identifica un impulso como institución en la Revolución Francesa. Identifica en dicha obra, además, que tradicionalmente el Ministerio Público fue pensada como una institución judicial bajo la "idea de que el (fiscal) es un auxiliar del juez que está adosado al juzgado". BINDER, *Derecho Procesal Penal: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, vol. II, Ed. Ad-Hoc, 2014.

[16]En este punto, el rol del fiscal era asombrosamente similar al rol del fiscal francés del siglo XIV, casi al comienzo de la existencia de este actor procesal como un funcionario público.

"¿Cómo es que los fiscales comenzaron a formar parte del proceso penal? No aparecieron como acusadores directos, al constituirse ellos mismos en parte; aunque podemos encontrar trazos de esa concepción que aparecería muy contraria a los viejos principios, que requerían que uno debía tener un interés directo para acusar. Es en la investigación judicial que se insinuaron, metiéndose a través del espacio que les permitía el mecanismo "*per inquisitionem*" del derecho canónico. Hemos visto que, de acuerdo con el derecho canónico, el juez podía ser requerido de usar sus atribuciones por un "denunciador", que podía permanecer como una parte en la acción, presentando sus testigos y evidencias; ello se conocía como "promoveré" o "*prosequi inquisitionem*". Esta es la parte en la que el fiscal entra en el juego; él es el "denunciador" de todos los crímenes e interviene en todos los procesos, ya sea que lo hace solo o en conjunción con un individuo…". ESMEIN, *supra* nota 4, p. 116/7.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

o terminarlo a discreción y las partes no tenían derecho a apelar las decisiones relativas al secreto de sumario. Además, no se admitían excepciones durante esta etapa inicial y solamente se les permitía a las partes proponer medidas de prueba que podían (o no) ser consideradas por el juez. Las partes tampoco podían apelar la negativa de aquel a llevar a cabo alguna medida propuesta.

En el año 1991, se implementó el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN), ley aún vigente en el orden federal, en reemplazo del CPMP. Este código también se aplicaba en los procesos penales para delitos no federales cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires[17]. Si bien este nuevo código intentó acercarse hacia un sistema adversarial (¿o acusatorio?) a partir de la introducción del juicio oral, la etapa de investigación conservó rasgos típicamente inquisitivos. El rol del fiscal comenzó a tener más relevancia, ya que el juez no podía iniciar investigaciones de oficio, y además comenzó a estar más involucrado en la investigación de los casos, ya sea proponiendo medidas de pruebas vinculadas con su dictamen de ejercicio de la acción penal pública[18], o bien dirigiendo la investigación directamente en aquellos casos que el juez decidía delegarle discrecionalmente esa facultad. Esa delegación, igualmente, era transitoria ya que el juez podía reasumir la investigación en cualquier momento sin dar razones de su decisión[19].

Más allá de este protagonismo creciente del fiscal, el juez permaneció como el actor principal en el proceso penal. Eran los jueces, no los fiscales, quienes estaban a cargo mayormente de la investigación y decidían en última instancia qué casos tenían evidencia suficiente para avanzar a la etapa de juicio[20]. Aun en los casos en los que el juez había asignado discrecionalmente la

[17]Históricamente, la Ciudad de Buenos Aires era considerada como territorio federal y, consecuentemente, las normas federales se aplicaban en esa jurisdicción, incluso en materias que no eran federales. En la reforma constitucional del año 1994, la Ciudad de Buenos Aires fue declarada una jurisdicción autónoma y alcanzó consecuentemente un estatus similar al de las otras veintitrés provincias al garantizársele el poder de sancionar su propia Constitución y leyes procesales.
[18]Art. 180, CPPN
[19]Art. 196, CPPN. En una reforma de la ley producida en el año 2001, se impuso que la investigación de algunos delitos y de los casos con autores ignorados debía asignarse directamente al fiscal. Sin embargo, en este último supuesto, cuando el fiscal lograba determinar la identidad del acusado, debía informar al juez y entonces este tenía la discreción de decidir si el fiscal debía continuar con la investigación del caso o si iba a ser dirigida por el juez (art. 196 bis, CPPN).
[20]Un ejemplo de esto es el mecanismo de control del pedido de sobreseimiento p-or el fiscal en la clausura de la etapa de instrucción (art. 348, CPPN) que permite al juez dar intervención a la Cámara de Apelaciones para que evalúe ese requerimiento (y eventualmente designe otro fiscal) si no está de acuerdo con el pedido desincriminatorio. Este mecanismo por resultar una intromisión indebida del juez en la autonomía del Ministerio Público Fiscal (art. 120, CN) fue finalmente de declarado inconstitucional por la CSJN en el fallo Quiroga (rta. 23/12/2004).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

investigación al fiscal, su control era claro dado que, como se dijo, podía reasumir la investigación en cualquier momento.

El expediente escrito, otra característica típica del sistema inquisitivo, era requerido por el CPPN, pues cada paso del procedimiento debía ser compilado en un legajo formalizado. La importancia que tanto el código como los operadores judiciales le daban al expediente que contenía la información reunida por el juez de instrucción durante la investigación preparatoria (etapa de instrucción) determinaba que, en última instancia, las audiencias de juicio orales y públicas no fueran tan relevantes como pregonaban las declamaciones de los reformadores al momento de sancionar el CPPN, en reemplazo del sistema puramente inquisitivo del CPMP.

De un modo sensiblemente diferente al de un típico sistema adversarial, en el que la resolución de los casos dependía de la evidencia que las partes hubieran presentado en el juicio, el expediente seguía siendo la principal fuente para la decisión de los casos. Al leer el expediente que tenía en su poder, el juez sabía de antemano qué evidencia iba a ser presentada, y usualmente ya había decidido la suerte del acusado, incluso antes de que la audiencia oral comenzara. Aun cuando los testigos debían declarar frente al tribunal que dictaría la sentencia al término de la audiencia de juicio, estas declaraciones no eran consideradas esenciales porque la información que los testigos brindaban ya era conocida por los jueces que habían leído el expediente. De hecho, en algunas circunstancias, las actas escritas presentes en el legajo formal podían ser admitidas como evidencia en lugar de la declaración oral del testigo en el juicio. En definitiva, falló la promesa de un juicio oral y público, que era nada menos que la novedad que el CPPN intentaba introducir. El juicio no era más que una repetición de lo que había sido fijado de manera inamovible en el expediente preparado por el juez inquisitivo durante la etapa preliminar.

En el año 2015, el Congreso Nacional sancionó una nueva ley de reforma del Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF), en línea con los procesos de reforma acusatorios que se habían implementado tanto en otras jurisdicciones argentinas como en la región[21]. La Ciudad de Buenos

[21]La ley 27150 establecía que el nuevo código procesal entraría en vigor el 1º de marzo de 2016. Sin embargo, por razones más bien políticas el Poder Ejecutivo determinó la suspensión de su implementación en esa fecha. Esta reforma procesal había sido aprobada antes de las elecciones presidenciales llevadas a cabo en octubre de 2015, en las que el partido gobernante, que promovía su implementación, perdió. Siguiendo una recomendación de la comisión bicameral designada al

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Aires fue una de las jurisdicciones que algunos años atrás ya había implementado efectivamente una reforma procesal con la sanción del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CPPCABA)[22].

Estos dos códigos procesales, que son los que serán contrastados con el proceso penal federal de los Estados Unidos para determinar su adversarialidad, regulan un proceso penal de similares características. En ambos, la investigación se asigna al fiscal, quien debe conducirla de manera objetiva[23]. Además, ambos códigos establecen que el fiscal debe involucrarse en la investigación de los delitos desde el comienzo, ya que no contemplan una etapa en la que la investigación se encuentre bajo el control exclusivo de las agencias policiales. Finalmente, la función del juez se limita a funcionar como un árbitro imparcial.

La estructura de estos nuevos procesos penales desarrollados en Argentina claramente demuestra que la legislación se está alejando, sin lugar a dudas, de su tradición inquisitiva. No es tan claro, sin embargo, que esté apuntada a un proceso adversarial, del modo en que este concepto es entendido como estructura en un típico proceso penal de los Estados Unidos. A este análisis se abocará el ensayo en las siguientes secciones.

III. El rasgo "acusatorio" como una característica definitoria de los nuevos procesos penales argentinos

El rol del juez en el proceso penal ha sido considerado tradicionalmente como una de las diferencias centrales entre los sistemas inquisitivos y adversariales. Mientras que en un sistema adversarial típico el juez se asimila a un árbitro imparcial cuya tarea primordial es garantizar la

efecto, el presidente electo suspendió la entrada en vigor del nuevo código hasta que esa comisión considerara que estaban dadas las condiciones para ello. Las razones aducidas por el gobierno para suspender la entrada en vigencia de la ley se centraron en la necesidad de realizar otras reformas relevantes en el sistema de justicia en general (especialmente en el Ministerio Público Fiscal) antes de que este nuevo proceso penal pudiera ser implementado. Ver, p.ej., dos artículos publicados en el diario La Nación de Argentina del 29 de noviembre de 2015 y 26 de febrero de 2016 respecto de esta cuestión: http://www.lanacion.com.ar/1849790-garavano-ya-prepara-un-paquete-de-nuevas-reformas-judiciales y http://www.lanacion.com.ar/1874097-garavano-presento-su-plan-para-la-justicia). Finalmente, mediante decreto del 7 de febrero de 2019 se aprobó la redacción del CPPF con las diferentes modificaciones realizadas al proyecto inicial, y su implementación se realiza de forma gradual en algunas provincias.

[22] La Constitución Argentina establece que mientras es una atribución del Congreso Federal el dictado del Código Penal para toda la Nación, cada provincia conserva la potestad de legislar sus códigos procesales.

[23] En la próxima sección se analizará en mayor detalle qué significa este requisito de objetividad y cómo esta noción afecta para determinar la adversarialidad de estos procesos reformados.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

legalidad del proceso, el juez inquisitivo clásico concentra tanto la tarea de investigar como la de decidir los casos. Esta característica definitoria del juez en ambos sistemas afecta necesariamente el rol de otro actor relevante del proceso penal: la parte acusadora. En los procesos de tipo adversarial, como el juez no está involucrado bajo ningún aspecto con la investigación de los casos, es necesaria la existencia de otro actor procesal que se encargue de esa tarea. En los sistemas procesales modernos, ese rol se ha puesto a cargo de un oficial púbico: el fiscal[24]. En un contexto inquisitivo, sin embargo, al menos parte del rol del acusador se mezcla necesariamente con la faz investigativa del juez de instrucción.

Ese rol del juez de los sistemas inquisitivos presupone además la existencia de una investigación oficial de los hechos que, en contraposición a las investigaciones de las partes —modelo de disputa—, ha sido también considerada como una característica definitoria para distinguir esquemas adversariales de inquisitivos. En particular, se ha sostenido que estas diferencias entre ambos modelos exponen en definitiva una cultura procesal diferente: aquella que entiende al proceso penal como una disputa frente a un decisor pasivo (cultura adversarial) y la que lo concibe como una investigación oficial para establecer la verdad (cultura inquisitiva).[25]

Con el devenir de los años, tal como ha sido mencionado en la sección anterior, en Argentina se ha reforzado el rol del fiscal, limitando, a su vez, la función del juez. Las reformas procesales producidas en Argentina son claros ejemplos de esta tendencia. En la etapa preliminar, tanto el CPPF como el CPPCABA establecen que el rol del juez se ciñe a resolver cualquier controversia que pueda aparecer mientras el fiscal lleva a cabo la investigación del caso (p.ej., disponer un allanamiento y/o detención; la decisión sobre la prisión preventiva y/u otras restricciones a la

[24]La idea del fiscal como un funcionario del Estado a cargo de la investigación y de la acusación no ha existido siempre, pero se asume para los propósitos de este trabajo porque la mayoría de los sistemas procesales modernos funcionan de esa manera. Para una aproximación histórica respecto de la evolución del fiscal como un funcionario estatal ver ESMEIN, *supra* nota 4, p. 114-121. Para una mirada sobre la historia del fiscal estadounidense ver DAVIS, *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, 2007, p. 9-12. También, BINDER, *supra* nota 15, pp. 454-456.

[25] "Los sistemas adversariales e inquisitivos pueden comprenderse no solo como dos formas diferentes de distribuir facultades y responsabilidades entre diferentes actores legales —el decisor (juez o jurado), el acusador y la defensa— pero también como dos culturas procesales diferentes y, consecuentemente, dos formas diferentes de entender al proceso penal. La mayor diferencia entre estas culturas procesales a los fines de este trabajo es que, mientras que el sistema adversarial entiende al proceso penal como una disputa entre dos partes (acusación y defensa) ante un decisor pasivo (el juez o el jurado), el sistema inquisitivo concibe al proceso penal como una investigación oficial, realizada por uno o más agentes imparciales del Estado para determinar la verdad". LANGER, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", en *Harvard International Law Journal,* vol. 45, 2004, p. 4

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

libertad ambulatoria del acusado; etc.)[26]. También asegura la legalidad de algunas instancias centrales del procedimiento (p.ej., en el proyecto de reforma del CPPF se exige la participación del juez en la presentación inicial del imputado —cuando este es informado formalmente por primera vez de los cargos de los que se lo acusa—). En la etapa del juicio, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas inquisitivos o mixtos, el rol del juez está restringido a ser el "director del procedimiento"[27] y no puede intervenir activamente en la producción de evidencia, es decir, no puede dirigir preguntas a los testigos[28] o al acusado[29], en caso de que este decida declarar[30].

Estas características de los sistemas procesales reformados son compatibles con un típico proceso adversarial estadounidense. En efecto, el sistema federal de dicho país presenta la mayoría de estos rasgos, a excepción de, paradójicamente, la prohibición de interrogar testigos (ver nota al pie nro. 28). Sin embargo, tal como será demostrado a lo largo de esta presentación, esta estructura de los procesos reformados no determina que sean necesariamente adversariales, al menos no del modo en que ese concepto moldea el sistema procesal de los EE. UU. Al mismo tiempo, es claro que un sistema que limita el rol del juez a funcionar como árbitro carece de las características esenciales y definitorias de un típico sistema inquisitivo.

En derecho comparado, el término 'acusatorio' ha tenido diferentes significados, pero nunca jugó un papel central para caracterizar un tipo de sistema procesal. Mientras que en el contexto

[26]La etapa preliminar de los procesos argentinos reformados y el estadounidense es diferente. En los EE.UU. esta etapa comienza recién después de que las agencias policiales (o a veces la propia fiscalía) completan una investigación sobre los hechos que motivaron la decisión de formalizar cargos contra el acusado. En el contexto argentino, la etapa preliminar típicamente incluye la investigación de los hechos del caso que es realizada directamente por el fiscal o por la Policía, pero bajo la supervisión directa del fiscal. Esta diferencia entre ambos sistemas y su impacto con relación al desarrollo del sistema adversarial será analizada más adelante en el trabajo (*Sección 4.c.ii*).

[27] El juez dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá los juramentos y moderará la discusión, impidiendo preguntas o derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación ni la libertad de la defensa". (art. 224, CPPCABA).

[28] "Los testigos serán interrogados por las partes, comenzando por la que los haya propuesto y si lo fueron por más de una, deberá comenzar el fiscal y continuar la querella. El tribunal no podrá interrogar a los testigos". (art. 236, CPPCABA).

[29] "El juez no podrá interrogar al imputado". (art. 233, CPPCABA).

[30]Paradójicamente, esta prohibición al juez del juicio de dirigir preguntas a los testigos o al acusado no existe en el proceso penal de los Estados Unidos a nivel federal. Sin perjuicio de que es improbable que el juez intervenga en la interrogación de los testigos, esta práctica, usualmente conectada con el mundo inquisitivo, le está permitida al juez adversarial, pero prohibida en las reformas procesales que intentan alejarse de su tradición inquisitiva. La razón, probablemente, provenga justamente de la necesidad de modificar ciertas prácticas arraigadas en los operadores del sistema de justicia y la necesidad de redefinir los roles de jueces y fiscales conforme a la nueva lógica procesal.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

latinoamericano generalmente ha sido utilizado como sinónimo de 'adversarial'[31], otros autores de ámbitos diversos lo han utilizado como una mera característica de los sistemas inquisitivos o como una noción válida solamente si es considerada desde una perspectiva histórica[32].

Sin embargo, el término acusatorio es de hecho relevante para definir justamente buena parte de los procesos penales que se desarrollan en Latinoamérica en general y, en particular, en aquellos sistemas argentinos identificados en este trabajo. Acusatorio se refiere a un tipo de sistema que está comprometido con la idea de la clara separación de los roles del juez y del fiscal para asegurar la garantía de la imparcialidad. Remite, además, a un determinado rol de la verdad como reconstrucción de los hechos y los consecuentes deberes que se le asignan al fiscal a lo largo de todo el proceso, incluso para la aplicación de medidas alternativas al juicio. De la misma manera, define las interacciones de las partes y el modo colaborativo de investigación de los hechos.

Aun cuando pueda ser cierto que los sistemas adversariales son necesariamente acusatorios en el sentido de que una investigación que es conducida por las partes interesadas requiere inevitablemente esa separación de funciones de los sistemas acusatorios, hay diferencias esenciales

[31] "Si bien estas reformas no han sido exactamente iguales en todas las jurisdicciones, los reformadores han descripto a estas reformas en términos similares, como una movida de un sistema inquisitivo a uno acusatorio o adversarial". LANGER, *supra* nota 11, p. 618
Ver BINDER, *La Implementación de la Nueva Justicia Penal Adversarial*, Ad-Hoc, 2012. En la obra en general, ambas nociones son utilizadas indistintamente.

[32] "(L)a importancia del inicio del proceso ha sido tal vez sobreestimado en la literatura y se ha alojado con solidez (si no erróneamente) en la consciencia continental europea, a través de la supuesta oposición entre procesos "acusatorios" (iniciados por la víctima) e "inquisitivos" (iniciados por el juez). Según Langbein, no obstante, *'Inquisitionsprozess'* se define por las características de *'Offizialmaxime'* (control oficial de todas las fases, excepto el inicio) y *'Offizialprinzip'* (investigación judicial), que fueron desarrolladas en la jurisprudencia alemana (1974, p. 131). Toda vez que los modos de inicio público y privado coexistieron por siglos dentro del mismo proceso, la mirada de Langbein es la correcta). VOGLER, *supra* nota 6, p. 27. Además, ver PIZZI, "Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform", en *Ohio State Law Journal*, Vol 54-5, 1993, pp. 1325-1375, quien afirma: "En términos de la evolución de los sistemas sociales que se alejaron del método de la venganza privada, el sistema acusatorio es visto a veces como un paso preliminar a los sistemas inquisitivos."
"Una de las comparaciones más comunes que se escuchan respecto del proceso penal en las dos tradiciones es que el de la tradición europeo-continental es "inquisitivo", mientras que el del common law es "acusatorio". MERRYMAN, *supra* nota 6, p. 127.
Más allá de que esta generalización no es precisa y puede llevar a confusión si es aplicada a los sistemas procesales contemporáneos, tiene alguna validez cuando se la considera en un contexto histórico. De alguna manera puede sostenerse que la evolución del proceso penal en el mundo continental europeo por dos siglos ha sido moverse de los extremos de los abusos de los sistemas inquisitivos, y que la evolución en el mundo anglosajón ha sido alejarse en ese mismo período de los abusos y excesos del sistema acusatorio. Los dos sistemas, en otras palabras, están convergiendo desde diferentes direcciones hacia sistemas mixtos y equivalentes en términos generales.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entre procesos adversariales y acusatorios, suficientemente relevantes como para considerar que se trata de nociones separadas y, por tanto, caracterizan procesos penales diferentes.

Existen diversas razones que justifican el desarrollo de este sistema acusatorio en la Argentina. En primer lugar, las reformas procesales tuvieron influencias diversas y no exclusivamente de los EE. UU. En ese sentido, no sería preciso afirmar que en Argentina se intentó implementar el sistema procesal adversarial estadounidense sin mayores modificaciones[33]. En segundo lugar, es razonable afirmar que la preocupación de los reformistas estuvo principalmente orientada a modificar ciertos aspectos centrales del sistema inquisitivo, tales como la intervención de la víctima en el proceso penal, la eficiencia de las investigaciones, sobre todo con relación al expediente escrito y secreto característico de ese sistema y, en términos de los derechos del acusado, la imparcialidad del juez en cuanto a su doble rol de investigador/decisor[34]. En tercer lugar, la influencia continental europea histórica y cultural, definitivamente jugó un rol sobre las características de los procesos penales en estas latitudes[35].

Como resultado, los procesos penales reformados se desarrollaron contemplando aquellas preocupaciones, pero teniendo a la vez una conexión con el pasado legal y cultural argentino. El modelo estadounidense podría haber dado soluciones a las cuestiones de la eficiencia y, especialmente, a la imparcialidad, pero la implementación de un sistema adversarial de esas características en el contexto argentino demandaría un entendimiento completamente diferente del proceso penal, en particular con respecto al rol del fiscal en la investigación preliminar, como una parte que puede llevar a cabo investigaciones por fuera del control constante de los otros actores del proceso y sin un compromiso con la verdad histórica, entendida como una reconstrucción de los hechos.

Es ciertamente más complejo imaginar en Argentina un Ministerio Público Fiscal con el poder y autonomía que tienen sus pares de los EE. UU., sobre todo en la estructura federal. El turbulento pasado político de Argentina parece haber desarrollado una desconfianza natural de la sociedad hacia los funcionarios públicos en general. Consecuentemente, las agencias policiales no pueden iniciar investigaciones sin control y/o autorización judicial o del Ministerio Público en los nuevos modelos,

[33]Ver LANGER, *supra* nota 11, p. 667-669.
[34]Ver LANGER, *supra* nota 11, p. 638-641.
[35]Ver PEREZ SAMMARTINO, *supra* 5, p. 77.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ni interrogar acusados[36]. Los fiscales tampoco tienen un margen tan amplio de discrecionalidad ni su actividad en la investigación de los hechos escapa del control casi constante del resto de los actores procesales[37].

Puede argumentarse que la historia procesal argentina, influida mayormente por los sistemas europeo-continentales, tuvo un peso importante para el modo en que estos nuevos diseños acusatorios lidiaron con los puntos mencionados anteriormente. Las preocupaciones vinculadas con la imparcialidad del juez fueron "resueltas" al quitarle al juez la capacidad para dirigir las investigaciones (función que se asignó al acusador), pero el modo en que este último debe ejecutar su rol tiene similitudes con la manera en que el juez debía investigar los casos (ver *Sección 4.a*). Las preocupaciones relacionadas con la eficiencia de las investigaciones y también en alguna medida respecto de la imparcialidad fueron "solucionadas" a través la desformalización de la investigación preliminar, que implicó dejar de lado la lógica del expediente escrito, formal y secuencial como forma de registro de la actividad procesal en este etapa (ver *Sección 4.c.i*), aun cuando esta desformalización no tuvo mayor impacto en la manera en que las partes interactúan entre sí durante esta etapa. De hecho, el mecanismo equivalente al *discovery* estadounidense se realiza de una manera

[36]Para un análisis de los riesgos de garantizar autonomía a las agencias policiales para conducir investigaciones sin un estricto control judicial, ver BRAUM, Stefan, "Prosecutorial Control of Investigations in Europe: A Call for Judicial Oversight", en LUNA/WADE, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, p. 67-81. "Europol no está autorizada únicamente a colectar, procesar y almacenar información de acusados o condenados, pero también respecto de personas sobre las que exista una sospecha razonable y justificada para creer que van a cometer un delito en el futuro. Consecuentemente, el procesamiento de la información se permite sobre parámetros de riesgo más que sobre evidencia de la existencia de un crimen, con una suerte de "seguridad esotérica" que reemplaza el razonamiento legal basado en los hechos. El sistema de análisis se extiende sobre recolección de información de posibles testigos o personas sobre las que existen razones para creer que pueden ser víctimas en el futuro. Europol, entonces, provee evidencia sobre el poder predominante de la policía en Europa, donde ninguno ni los controles de la acusación o judiciales permanecen intactos. Los procedimientos carecen de precisos requerimientos legales para recolectar, utilizar, almacenar o transferir información. En buena medida, la recolección de información altamente sensitiva y relevante desde una óptica constitucional está ahora en cabeza de la discreción de los agentes de Europol. Respecto de las decisiones de Europol sobre el derecho a la privacidad, no contienen provisiones claras sobre quien es competente para ejecutar un control judicial eficiente sobre las acciones de Europol. Es más, nuevos métodos de procesamiento de datos facilitan la retención de información personal, permitiendo que Europol construya y almacene datos que pueden utilizarse según la mera discreción de las autoridades que investigan.". También Pastor señala que la prohibición en la Argentina de que las agencias policiales interroguen a los acusados está conectada con una cuestión histórica y cultural, ya que no hay motivos procesales para impedirlo (PASTOR, *Lineamientos del nuevo CPPN*, Ed. Hammurabi, 2015, p. 106.).

[37]De un modo similar, en los sistemas inquisitivos clásicos o modernos, las actividades del juez también eran observadas por los otros actores del procedimiento como el fiscal o jerárquicamente por la Cámara de Apelaciones que podía revisar el trabajo tanto del juez de instrucción como de juicio y, durante la vigencia del CPMP, en menor medida por la defensa por la menor cantidad de derechos que en aquel entonces se le garantizaba al acusado. Estas estructuras pudieron haber influido en la manera en que se organizaron los procesos acusatorios con una autonomía o discrecionalidad limitada del fiscal.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

similar a como se realizaba en los procesos inquisitivos clásicos o modernos: a través del acceso al legajo de investigación del fiscal que está disponible para la defensa a lo largo de toda la investigación, con la excepción del secreto de sumario que también existía en el anterior esquema.[38] Finalmente, el rol de la víctima fue realzado al concedérsele distintos derechos, tales como la potestad de presentarse como un acusador particular en el proceso y garantizando el control de la actuación del fiscal. Por ejemplo, se le otorga la potestad de proponer medios de prueba, solicitar que se revise la decisión del fiscal de archivar un caso, o de continuar con la acusación como querellante cuando el fiscal decide no hacerlo. Estos mecanismos vinculados con la participación de la víctima en el proceso penal ciertamente no fueron influenciados por el proceso criminal adversarial estadounidense en el que el rol de la víctima es casi irrelevante.

En definitiva, los procesos reformados argentinos son una especie de sistema híbrido[39], definidos por su característica acusatoria, en el que la oficialidad de la investigación que era típica de los sistemas inquisitivos se encuentra entremezclada con el nuevo rol del fiscal. Este ha dejado su función pasiva y ahora se encuentra activamente a cargo de la investigación de los casos.

En la próxima sección se analizarán algunas características especiales del rol del fiscal para dar sustento a la hipótesis de que los procesos penales reformados están ciertamente comprometidos con un ideal acusatorio, pero no así con una organización adversarial del sistema procesal.

IV. El rol del fiscal

Ha sido establecido que el rasgo acusatorio de un sistema procesal es relevante para su caracterización. En esta sección, entonces, se analizarán y compararán diferentes aspectos del rol del fiscal en ambas latitudes sobre tres grandes ejes que, a su vez, se encuentran interrelacionados:

[38] Algunos puntos respecto del *Discovery* y el acceso al legajo de investigación del fiscal serán discutidos en la siguiente sección del trabajo.

[39] Para un análisis de los sistemas híbridos en el contexto europeo, formados por la influencia de los Tribunales Internacionales y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ver DELMAS-MARTY, "Reflections on the 'Hybridisation' of Criminal Procedure" en JACKSON/LANGER (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška,* 2008, p. 253. "Había dos tipos de gramática legal: (i) Gramática acusatoria, que asigna la mayoría de las facultades a actores privados, desde reportar un delito y reunir evidencia del caso; y (ii) Gramática inquisitiva, que asigna la mayoría de las potestades a actores públicos, en particular al emblemático magistrado investigador que tiene tareas policiales y judiciales, desde la investigación previa al juicio y la compilación del expediente para que el juez de juicio decida o no detener al acusado. Estas gramáticas diferentes, hicieron que la *'hibridización'* pareciera imposible pero el estudio comparado mostró un movimiento hacia la convergencia bajo la influencia de reiteradas reformas domésticas y de la Corte Europea de Derechos humanos, cuya jurisprudencia revela que cada sistema tiene sus debilidades".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la objetividad (¿cuáles son las obligaciones del fiscal en la determinación de los hechos?), la verdad (¿qué rol juega durante las distintas etapas del proceso?) y las investigaciones preparatorias (¿cómo actúa y se interrelaciona el fiscal con el resto de las partes?).

Las diferencias sustanciales de ambos sistemas en estos aspectos fundamentales demuestran que los procesos reformados argentinos carecen de características esenciales que definen la adversarialidad. No obstante, la lejanía de estos sistemas reformados con sus predecesores inquisitivos también indica que estamos frente a un nuevo tipo de proceso penal: el proceso acusatorio.

1. Objetividad

a. Buscando evidencia exculpatoria

El análisis comienza con un aspecto central del rol del fiscal: sus obligaciones en la determinación de los hechos y cómo se refleja ello en su relación con el acusado. La forma en que las partes interactúan es un buen indicador para determinar la presencia de prácticas verdaderamente adversariales.

Una de las características que mejor define a los sistemas anglosajones es precisamente que la investigación es conducida directamente por las partes[40]. Cada una de ellas tiene el deber de presentar su caso ante un tribunal imparcial, sea un juez o un jurado, y debe producir la evidencia necesaria para sostener sus alegaciones. Esto no significa que las partes tengan las mismas obligaciones en cuanto a los estándares probatorios necesarios para vencer en el juicio. El deber de probar la culpabilidad está en cabeza del acusador quien consecuentemente debe reunir suficiente

[40] Damaška brinda una definición que resalta esta característica: "Por adversarial me refiero al sistema de adjudicación en los que la acción es controlada por las partes y el decisor permanece esencialmente pasivo. En el escenario de determinación de los hechos, esto implica que los litigantes y sus abogados deciden qué hechos van a ser objeto de prueba. Implica además que los litigantes y sus abogados deben encontrar material probatorio, prepararlo para usarlo en el juicio y presentarlo al debate. Definido de esta manera, el sistema adversarial es claramente indiferente a las variaciones de la estructura de los tribunales y la organización temporal de los procedimientos. La lucha entre los litigantes puede ser definida tanto por jueces profesionales o legos, y los litigantes pueden enfrentarse en una única batalla de un día en la Corte o en múltiples sesiones". DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 75.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

evidencia a fin de superar el umbral necesario para lograr una condena[41]. El acusado, entonces, no debe probar su inocencia que se presume por mandato constitucional. Únicamente cuando el acusado presente una defensa afirmativa[42] debe presentar, a su vez, pruebas para satisfacer el umbral de preponderancia de la evidencia para que esa defensa tenga éxito[43]. En este escenario, el rol del juez como un árbitro es evidente. Sus intervenciones están limitadas a definir las diferentes disputas entre los dos adversarios incluyendo, claro está, la disputa definitiva por la inocencia/culpabilidad del acusado.

El rol del fiscal federal en los EE. UU. está gobernado por las Reglas Federales del Procedimiento Criminal (*Federal Rules of Criminal Procedure*, en adelante, FRCP) que regulan el proceso penal del sistema federal, y por las Reglas Modelo de Práctica Profesional (*Model Rules of Professional Conduct*, en lo sucesivo, MRPC) que establecen los estándares de ética y responsabilidad profesional para los abogados.

La regla 16 de las FRCP establece la interacción entre las partes en la etapa previa al juicio con respecto a las obligaciones de "descubrir" la evidencia a la contraparte (proceso que se conoce como *discovery*). Estas obligaciones van a surgir únicamente ante circunstancias específicas establecidas en la regla. Básicamente, el fiscal está obligado a darle acceso a la defensa a su material probatorio solamente cuando esta parte así lo requiera. Adicionalmente, la Corte Suprema de los EE. UU. ha considerado como una obligación constitucional que el fiscal debe entregar o hacer saber cualquier

[41]En el precedente Winship de la Corte Suprema de los EE. UU. se estableció que el estándar requerido por la Constitución para alcanzar un veredicto de culpable era el de "más allá de una duda razonable". "El requerimiento de que la culpa de una acusación criminal se establezca por evidencia más allá de una duda razonable data de por lo menos los primeros años de la Nación. La demanda de un más alto grado de persuasión en casos criminales fue recurrentemente expresada desde tiempos antiguos, [por lo que], su cristalización en la fórmula "más allá de una duda razonable" parece haber ocurrido como mucho en 1798. Es ahora aceptada en las jurisdicciones del common law como la medida de persuasión por la que el acusador debe convencer al juzgador de los elementos esenciales de la culpa". ´Winship´, U.S. 358, 361, 90 S. Ct. 1068, 1071, 25 L. Ed. 2d 368 (1970).

[42]Se trata de defensas específicamente reguladas como la legítima defensa, inimputabilidad y la prescripción que tienen un régimen especial consistente, en términos generales, en que la parte que las alega debe probarlas (el estándar probatorio, no obstante, no es el de duda razonable exigido para los veredictos de condena sino el de preponderancia de la evidencia).

[43] Para un debate interesante respecto de los estándares probatorios en casos criminales en los EE. UU. ver MUELLER/KIRKPATRIC, *Evidence under the rules: Text, cases, and problems, Aspen Publishers*, 2015, p. 735 "[L]a proposición de que se requiere prueba más allá de una duda razonable, nos dirige a otra pregunta: ¿hasta dónde se extiende esa obligación? ¿Están los fiscales obligados constitucionalmente a probar más allá de toda duda razonable cada hecho que incide en la culpabilidad? ¿Deben probar que el acusado, si se declara insano, no lo es? ¿O si alega legítima defensa cuando en realidad no se daban los presupuestos legales para justificar sus acciones? Estas (defensas) son ordinariamente consideradas como defensas afirmativas, lo que significa que el acusado debe alegarlas y probarlas".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tipo de evidencia que tenga en su poder y sea "material y favorable a la defensa"[44]. Al mismo tiempo, el requerimiento de la defensa de conocer el material probatorio de la acusación implica que el fiscal podrá, del mismo modo, exigirle acceso a las evidencias que el acusado pretende utilizar en el juicio.

Este procedimiento es un claro ejemplo de lo que la adversarialidad significa en el contexto estadounidense[45]. En primer lugar, muestra que cada adversario desde el comienzo de su intervención debe definir su teoría del caso y su estrategia de litigación: debe conducir sus investigaciones para encontrar, y eventualmente presentar, las evidencias necesarias que sostengan sus alegaciones. La necesidad de regular estas obligaciones de descubrimiento de evidencias surge precisamente porque las partes no tienen acceso ni conocen las pruebas que su adversario ha reunido antes del juicio. En segundo lugar, expone que, al menos teóricamente, es posible que un caso llegue a juicio sin que ninguna de las partes sepa qué evidencia va a ser utilizada por su contrincante en el debate oral.

De acuerdo con el CPPCABA el fiscal debe actuar de un modo objetivo y buscar tanto evidencia incriminatoria como exculpatoria[46]. Una norma similar se encuentra en el CPPF[47] y también en varios códigos reformados del país y de Latinoamérica.[48] La objetividad, entonces, no es solo una obligación de mera neutralidad[49]. Ambos códigos imponen en el fiscal la obligación de buscar

[44] Ver ′Giglio v United States′, 405 U.S. 150 (1972); ′Brady v Maryland′, 373 U.S. 83 (1963) y ′United States v Agurs′, 427 U.S. 97 (1976).

[45] En soporte de esta conclusión, ver LANGER/ROACH, "Rights in the Criminal Process: A Case Study of Convergence and Disclosure Rights", en TUSHNET/FLEINER/SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (eds.), 2013, p. 278. "La discusión acerca de si la defensa tiene una obligación de mostrar los resultados de su propia investigación a la fiscalía solo tiene sentido dentro de un proceso penal entendido como una competición entre los casos de la fiscalía y la defensa. Esto ayuda a explicar cómo el derecho a conocer la prueba de la contraparte ha sido concebido como un derecho recíproco en la mayoría de las jurisdicciones del common law —al menos cuando ha sido regulado en un estatuto—".

[46] "En el ejercicio de su función el Ministerio Público Fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y la ley. Investigará las circunstancias que permitan comprobar la acusación y las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado y formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio de objetividad". (art. 5, CPPCABA)

[47] "El representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad". (Art. 229, CPPF)

[48] Por ejemplo, Código Nacional de Procedimientos Penales de México (art. 129), Código Procesal Penal Peruano (Título Preliminar, art. 4), Código Procesal Penal de la República de Chile (art. 3), entre otros.

[49] Para una crítica respecto de la "neutralidad" como una noción normativa válida para hacer a los fiscales responsables por sus decisiones discrecionales en el contexto estadounidense ver GREEN/ZACHARIAS, "Prosecutorial Neutrality", en Wis L.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

activamente evidencia que, de ser encontrada, disminuiría sus chances de asegurar una victoria en el caso.

Tal como fue establecido anteriormente, ni la obligación de hacer conocer evidencia exculpatoria a la defensa ni la objetividad en su actuación son conceptos extraños en el contexto adversarial estadounidense. De hecho, además de las regulaciones del FRCP ya mencionadas y la exigencia constitucional establecida por la Corte Suprema de los EE. UU. en ´Brady´ (entre otros) respecto de la obligación de entregar prueba de descargo a la defensa, el MRPC[50] se refiere específicamente a las responsabilidades éticas y legales de los fiscales en casos penales. Esta norma regula expresamente acerca de esas dos cuestiones al imponer una obligación a los fiscales de no proseguir casos en los que advierta que no superen el estándar probatorio de causa probable[51] y de

Rev, 837, 2004, págs. 902-903. "La escasa responsabilidad profesional de los fiscales podría ser aceptable, o al menos más aceptable, si hubiera algún estándar normativo que gobierne la discrecionalidad de los fiscales en la toma de decisiones. En ese caso, el público podría elegir personas íntegras para servir como fiscales, o a funcionarios que los elijan, y confiar que cumplirán fielmente con esos criterios. Pero nuestro análisis del concepto de 'neutralidad del fiscal' demuestra que no hay conceptos claros, excepto tal vez a un nivel más general y abstracto. Todos podemos acordar que los fiscales deben ser 'neutrales' o que deben ser 'justos' y 'buscar justicia'. Pero ninguno de esos términos tiene un significado preciso. Son pantallas para una constelación de otros, a veces igualmente vagas, expectativas normativas sobre como los fiscales deberían tomar las decisiones (…) Consecuentemente, hay una necesidad de un análisis más robusto. No es suficiente requerir 'neutralidad' a los fiscales ni es justo criticarlos por sus supuestas fallas de actuar de ese modo. En efecto, la retórica de la neutralidad es singularmente poco potente como crítica porque aún las decisiones más escandalosas pueden fácilmente ser defendidas como 'neutrales' en algún sentido de ese término".

[50]Regla 3.8 de "Responsabilidades especiales de los Fiscales".

[51]Regla 3.8 (a). Abstenerse de presentar cargos que el fiscal conozca que no están sostenidos por el estándar de causa probable.

Por su parte, corresponde destacar que existen en el sistema estadounidense distintos estándares probatorios exigidos según la decisión que corresponda tomar, tales como el de más allá de una duda razonable que corresponde por excelencia al veredicto de culpabilidad. El de preponderancia de la evidencia que, como ya se estableció, se debe alcanzar para las defensas afirmativas. El de causa probable, se exige por ejemplo para los registros y secuestros policiales. El estándar de causa probable para acusar fue establecido por la Corte Suprema de los EE. UU. en ´Bordenkicher´. "Mientras que el fiscal tenga causa probable para creer que el acusado cometió un crimen, la decisión de acusar o no hacerlo, y por qué cargos (…) generalmente pesa enteramente en su discreción". Para un análisis respecto del inconveniente de utilizar este estándar para presentar cargos, ver DAVIS, Ángela J, *supra* nota 24, pág. 147. "La regla 3.8 (a) permite a los fiscales presentar cargos que están basados en el estándar muy bajo de causa probable. Si bien este es el que el Gran Jurado debe utilizar al decidir si emite una acusación, ¿no deberían las reglas éticas exigir que los fiscales alcancen un estándar mayor al ejecutar su potestad de presentar cargos? Después de todo, los fiscales deben alcanzar un estándar mucho más severo —prueba más allá de toda duda razonable— para asegurar una condena. Si se les permite presentar cargos basados en el estándar mínimo de la causa probable, hay buenas probabilidades que la potestad de acusar sea utilizada inapropiadamente —tal vez para intimidar o forzar confesiones en casos en donde los fiscales no podrían conseguir la certeza necesaria para lograr una condena—. Por otro lado, los fiscales han argumentado que si se impone el estándar de la duda razonable como un límite ético, estarían sujetos a reclamos por conductas antiéticas en cada caso en donde se dicte una absolución".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

entregar a la defensa las evidencias que tiendan a negar la culpabilidad del acusado o que mitiguen la intensidad de la ofensa[52].

La diferencia central entre el proceso adversarial estadounidense y los sistemas procesales locales es que el fiscal norteamericano está obligado constitucionalmente a informar sobre la existencia de evidencia de descargo solamente si conoce de su existencia[53]. La obligación impuesta al fiscal acusatorio en su nuevo rol es mucho más fuerte, al estar obligado por ley a buscar activamente evidencias exculpatorias.

Esta definición más amplia de la objetividad regulada en los esquemas acusatorios ha sido objeto de críticas centradas justamente en que la idea de que si la investigación del fiscal se presenta como neutral y objetiva se torna aséptica su actuación y de este modo diluye los intereses y las garantías del imputado. [54] En línea con ello, existen esfuerzos teóricos importantes en presentar una

[52]Regla 3.8 (d). Hacer descubrimientos oportunos a la defensa de toda la evidencia o información que sea conocida para el fiscal y que tienda a negar la culpa del imputado o mitigar el delito y, en conexión con la penalidad, hacer saber a la defensa y al tribunal toda la información no privilegiada que conozca y pueda mitigarla, excepto cuando el fiscal haya sido relevado de esta responsabilidad por una orden del tribunal.

[53]El asunto respecto de si el fiscal está obligado a exponer las evidencias que estaban en poder de las agencias policiales no es claro. Ver DAVIS, *supra* nota 24, p. 150. También, HOCHMAN, "'Brady v Maryland' and the Search for Truth in Criminal Trials", en *University of Chicago Law Review*, vol. 63.4 ,1996, p. 1673-1706 que analiza cómo el fallo 'Brady' cambió las obligaciones de los fiscales en términos de la evidencia que deben mostrar a la defensa para cumplir con la garantía constitucional del debido proceso. El autor reconoce que la verdad tiene un rol diferente luego de 'Brady' de lo que solía tener. No obstante, se reconoce en el trabajo que al fiscal no se le exige buscar activamente evidencia exculpatoria en el modo en que se le exige al fiscal argentino. "[E]l contexto impone un límite físico estricto en las obligaciones que 'Brady' estableció. La evidencia en manos de las partes privadas no puede nunca dar lugar a un reclamo con base en 'Brady'. Solamente la evidencia en manos de alguna agencia estatal puede disparar un reclamo válido basado en esa doctrina. Además, la doctrina del fallo no impone una obligación general al gobierno (Nota: el fiscal estadounidense es parte del poder ejecutivo y por ello se lo equipara al "gobierno") de investigar (con cita en 'Arizona v Youngblood, 488 US 51, 59 (1988)). Una obligación general de investigar implicaría una imposición irreal hacia los fiscales que cuentan con recursos limitados".

[54] Así, BOVINO, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998. En sentido similar ver AHUMADA, "El fin del principio de Objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal", en *Revista Pensamiento Penal* (online), 2013. Sostiene la autora que la objetividad no debe implicar una posición neutral del fiscal ya que forman parte de los esquemas inquisitivos e "incompatibles con un modelo adversarial en el que cada parte representa un interés concreto frente a un tercer o imparcial". Entiende que la regulación de este principio de objetividad, en todo caso, sería una demostración de la incapacidad de "abolir el modo inquisitivo de ejercer el poder penal" y que la justificación de que la fiscalía valore elementos de descargo tiene un sentido de eficiencia pues evita la realización de juicios infructuosos.
Respecto de la neutralidad del acusador en el contexto estadounidense, ver GREEN/ZACHARIAS., *supra* nota 49, p. 867 s. "La noción de que el fiscal debe, en parte, representar los intereses del imputado complica aún más el concepto de la objetividad. Si fuera a aplicarse este concepto en más que un sentido mínimo (por ejemplo, el fiscal debe analizar la evidencia en contra del acusado de manera realista), los fiscales deberían intentar reconciliar constantemente intereses irreconciliables,

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

conceptualización de la objetividad del fiscal más emparentada con una concepción adversarial, si bien dichas nociones no han sido recogidas en los ordenamientos procesales[55].

Como contrapunto a las críticas de esta definición de la objetividad en los modelos acusatorios, es posible argumentar que esta configuración significa un mejor resguardo del derecho de defensa de los acusados. La objetividad en términos adversariales implica una mayor autonomía del fiscal, ya que sus obligaciones para con el imputado, como quedó establecido en el desarrollo de este capítulo, están limitadas mayormente a un deber de lealtad. Esto, en definitiva, se traduce en un mayor poder de los fiscales para presentar acusaciones pues, cumplido ese deber de lealtad, no deben responder por el éxito o fracaso de estas acusaciones más que como una rendición de cuentas general al interior de la institución e indirectamente a la sociedad a la que representan.

Este poder ha sido considerado desmedido precisamente por esas razones y por la evidente falta de herramientas de los acusados de resistir esas acusaciones antes del juicio. Esto genera incentivos inadecuados en los acusados para cerrar acuerdos de reconocimiento de responsabilidad en casos que eventualmente carecían de la solidez necesaria para arribar a esa misma decisión al término de un juicio oral. Esos acuerdos se motivan en la aparente conveniencia de recibir una pena menor que la que arriesgaría el acusado en caso de ejercer su derecho de ser juzgado por un jurado de pares pero la solvencia de la acusación no es testeada en definitiva por ningún otro actor del proceso si el caso no avanza hasta esa etapa.[56]

---

tales como aquellos de la sociedad o de la víctima en el castigo y los del imputado en ser sobreseído. Aún en escenarios en que los acusados tengan reclamos constitucionales legítimos, las consideraciones del fiscal de todos estos intereses sería inconsistente con la implementación del interés de la víctima en la retribución o del Estado en la disuasión de los delitos. La referencia a la obligación del fiscal de atender a los intereses de los acusados tiene sentido en tanto apela a nuestro deseo innato de contar con un sistema justo. Sin embargo, sin una mejor definición, casi inevitablemente produce una tensión con las restantes obligaciones del fiscal".

[55] En este sentido, ver BINDER, *supra* nota 15; MILL, "Principios del proceso penal", ponencia general efectuada en el *Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe*, disponible en https://www.aadproc.org.ar/pdfs/ponencias/Procesal_Penal_Mill.pdf [enlace verificado el 25 de abril de 2023].

[56] En este sentido, ver DAVIS, *supra* nota 24, quien plantea que la discrecionalidad del fiscal, necesaria para el funcionamiento del sistema de justicia, requeriría de preceptos normativos que permitan limitar su accionar. También es pertinente el comentario de la nota 52 respecto de que se exige un estándar de causa probable para acusar, cuando el fiscal debe lograr un estándar mucho más exigente de más allá de toda duda razonable para lograr una condena. Este diferencial, permitiría para la autora que los fiscales presenten acusaciones legítimas aun cuando sepan que no podrán alcanzar el nivel de convicción necesario para la condena. En el mismo sentido, GREEN/BRUCE/ZACHARIAS, *supra* nota 49, en p. 846 quienes detallan

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En cambio, el hecho de que el fiscal acusatorio tenga la obligación de explorar incluso hipótesis desincriminatorias limita fuertemente su discrecionalidad para formular acusaciones porque le da una herramienta de defensa al acusado. En tanto existan instancias de control judicial en las que deban dar cuenta de las razones por las que otras hipótesis no fueron exploradas o por qué motivos la información o evidencias introducidas por la defensa fueron descartadas, el deber de objetividad definido en estos términos acusatorios puede resultar un contrapeso que racionalice la actividad de los fiscales. En definitiva, si el fiscal debe buscar prueba de descargo, tendrá que responder eventualmente por una deficiencia en este sentido; así se limitaría su discrecionalidad y, consecuentemente, la capacidad de forzar acuerdos u otras salidas alternativas basados mayormente en el interés de los acusados de cerrar el caso penal sin el riesgo de recibir una condena o de que se le aplique una pena mayor a la que garantizaría un acuerdo previo con el acusador.

En definitiva, este contraste entre los esquemas adversariales y acusatorios apoya decididamente la hipótesis del trabajo. Definitivamente, puede sostenerse que los procesos reformados son acusatorios en tanto hay una acusación de un actor procesal que no tiene a su vez la función de juzgar. Pero no es posible sostener una adversarialidad en los mismos términos que los del sistema anglosajón en un contexto en el que todavía existe una investigación oficial de los hechos. Si bien es dirigida por el fiscal, se hace de una manera colaborativa con el resto de las partes que intervienen activamente en su desarrollo (proponiendo diligencias, defensas tempranas, mociones, etc. -ver *Sección 4*.c.i) y en la que el propio acusador tiene el peso de encontrar pruebas que destruyan su propia hipótesis de acusación.

A continuación, veremos algunas razones probables de esta configuración de la objetividad en los esquemas acusatorios.

algunas de las críticas que han recibido los fiscales por presentar acusaciones débiles o pobremente investigadas, excesivamente duras o con otro tipo de excesos. Además, en relación con la necesidad de reevaluar el modo de aplicación de estos procedimientos abreviados para evitar que sean coercitivos y que, de esta manera, la disposición de los casos sea exclusiva del fiscal y no producto de un acuerdo bilateral (el fiscal como el decisor de facto), confrontar LANGER, "Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 33-3, 2006, p. 223. Se mencionan allí estudios realizados en los que los fiscales presionan aún más para lograr estos acuerdos abreviados en aquellos casos en los que lograr una sentencia de condena en juicio es improbable (se cita el trabajo de ALSCHULER, "The Prosecutor´s Role in Plea Bargaining", en *University of Chicago Law Review*, v. 50, 1968, p. 88).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b. La objetividad del fiscal como una derivación de la imparcialidad del juez inquisitivo

Los normas que regulan el rol del actor procesal a cargo de la investigación en estos procesos acusatorios reformados lo han hecho de un modo similar a como se entendía parte de la función del juez inquisitivo, aunque a través de mecanismos ligeramente diferentes: mientras que el juez inquisitivo tenía la obligación de mantenerse imparcial[57], al fiscal se lo conmina a actuar de un modo objetivo.

Esto no implica que el concepto de imparcialidad que se deriva de la Constitución y lo que hoy entendemos por objetividad del fiscal en el marco de los esquemas acusatorios sean equiparables[58]. La imparcialidad refiere, en efecto, a la actividad del juez[59] mientras que la objetividad implica algún grado de extensión de la neutralidad que debe conservar el oficial público encargado de la investigación. Esta diferenciación es, en general, aceptada sin mayores dificultades por la doctrina.[60]

[57]El requisito de imparcialidad no estaba expresamente incluido en la Constitución Argentina hasta el año 1994 cuando a través del art. 75, inc. 22, CN los tratados de derechos humanos que lo incluían fueron incorporados al texto constitucional (art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 10, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Tampoco estaba reconocido en los códigos procesales. Sin embargo, algunos autores lo derivaban de una interpretación constitucional de los arts. 18 y 33.

[58] Sobre la cercanía de los conceptos de imparcialidad y objetividad se ha sostenido que: "Las normas que regulan la organización del Ministerio Fiscal suelen consagrar el principio de objetividad, cuyo contenido no resulta fácil de precisar. Una interpretación posible, esgrimen Duce y Riego, "es entender que el contenido de este principio resulta equivalente o muy cercano al de imparcialidad, lo que impone a los fiscales la obligación de actuar como magistrados neutrales de persecución penal que investigan y agotan todas las hipótesis posibles de investigación, tanto para la persecución como para la defensa". DUCE/ RIEGO, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, p. 139, citado en MENDAÑA, "El Ministerio Público y la Dirección de la Investigación Criminal", en GARCÍA YOHMA/ MARTÍNEZ, *El Proceso Penal Adversarial* (coords.),vol. I, 2008, p. 230. Luego, ambos autores dan algunas precisiones a esa noción de objetividad que se limitaría a un deber de lealtad del fiscal con la defensa y la investigación de hipótesis de exclusión o atenuación de la responsabilidad del imputado que posean algún tipo de sustento

[59] La CADH, de hecho, define en el art. 8.1 que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

[60] Ver DUCE/RIEGO, *supra* nota 58, que si bien reconocen que en ocasiones el concepto de objetividad ha sido derivado en ocasiones del principio de imparcialidad, finalmente lo limitan a un deber de lealtad procesal, separando conceptualmente ambos términos. Alberto Binder, en el mismo sentido, sostiene que "debe quedar en claro que el principio de objetividad no es asimilable a la imparcialidad judicial ni constituye una forma de imparcialidad específica" (*Derecho Procesal Penal*, Teoría de las formas procesales. Actos Inválidos. Nulidades, Vol III, Ad Hoc, p 224).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El punto es que, en definitiva, esta noción de objetividad como concepto independiente de la imparcialidad cobró relevancia recién a partir de las reformas procesales, ya que en los sistemas inquisitivos o mixtos estaba englobada en un único concepto a partir de la doble función del juez de investigar y decidir los casos que trataba.

Si asumimos, con Maier, que la imparcialidad está integrada por tres máximas fundamentales como son la independencia judicial, el principio del juez natural y la imparcialidad frente al hecho concreto, este último elemento es el que parece confundirse en cierta manera con la noción de objetividad, cuya extensión en el contexto acusatorio debe definirse pero para otro actor del proceso[61]. Precisamente, la idea de que el juez debe ser neutral y objetivo es la que le da contenido a este elemento particular de la imparcialidad frente al hecho concreto. Es este, en definitiva, el aspecto de la imparcialidad que los sistemas inquisitivos no pueden garantizar y, por tanto, se convirtió en uno de los motores de los procesos de reforma[62].

Mientras que los modelos inquisitivos podían contar con reglas adecuadas para asegurar la independencia judicial frente a otros poderes y el principio del *juez natural,* eran incapaces de garantizar la ecuanimidad del juez frente al caso en concreto justamente por el rol del juez investigador que es inherente a estos modelos[63]. De allí que la forma de acercar la actividad del juez a este elemento de la imparcialidad era a través del análisis de su neutralidad u objetividad en el modo en que investigaba los casos, esto es, al exigirle que buscara prueba de cargo y de descargo.

[61] MAIER, *supra* nota 10, p. 741 s.

[62] La neutralidad como atributo del juez también ha sido considerada en el ámbito anglosajón. Ver GREEN/ZACHARIAS, *supra* nota 49, quienes identifican que en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EE. UU. vinculada con las órdenes de allanamiento, se ha exigido que esta debe emanar de un oficial de justicia ′neutral y no comprometido′, distinto de la policía y los fiscales (precedente ′Coolidge v New Hampshire′, 403 U.S. 443, 453 (1971)). En el mismo sentido, se cita jurisprudencia en la que se reconoce que los fiscales no son neutrales (In re ′April 1977 Grand Jury Subpoenas′, 573 F.2d 936, 947-48 (6th Cir. 1978)), en el que se estableció que los litigantes no pueden exigir un acusador neutral, ya que mientras un juez se debe excusar por haber representado como abogado a alguna de las partes, un fiscal no debe hacerlo por el solo hecho de haber investigado al mismo sujeto en otros casos; ′Jennings v. State′, 79 So. 814, 815 (Miss. 1918) en el que se estableció que no se debe esperar que el fiscal se aproxime al caso con la fría neutralidad del juez; entre otros.

[63] "(E)l juez —a quien las reglas del proceder lo empujan fuertemente a lograr determinados fines, incluso en forma de deberes establecidos para cumplir correctamente su función, como, por ejemplo, la de conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar *ex officio*, "ofrecer" él mismo medios de prueba para averiguar la verdad, interrogar a los órganos de prueba)—, parte de una posición que no favorece la imparcialidad, sino que, antes bien, la imposibilita en origen, pues la ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el procedimiento, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento desde algún punto de vista. MAIER, *supra* nota 10. p.740.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En los sistemas inquisitivos, en definitiva, inicialmente la imparcialidad del juez se presumía. La investigación y decisión de los casos era asignada al juez precisamente porque se consideraba que era posible que este se mantuviera imparcial aún frente al caso en concreto, si bien funcionaba en los hechos como una parte del caso (la parte acusadora). En otras palabras, la imparcialidad era considerada como un atributo personal del juez más allá del rol que ocupaba dentro del proceso. La evidente contradicción entre la asumida imparcialidad y el rol del juez que investigaba y controlaba su propia investigación no era considerada seriamente porque se creía que el juez era imparcial por naturaleza.

Con el transcurso del tiempo, los problemas de esta particularidad del proceso inquisitivo se volvieron obvios. Asignar la función de investigar y juzgar al mismo actor chocaba con cualquier interpretación razonable del concepto de imparcialidad, sobre todo respecto del elemento vinculado con la imparcialidad frente al caso en concreto[64]. El foco para determinarla, que anteriormente era colocado en la persona del juez, comenzó a centrarse en el acusado. El asunto dejó de pasar por analizar la (im)parcialidad del juez para pasar a focalizarse en el temor de parcialidad que un acusado razonablemente podría tener ante ciertas circunstancias, por ejemplo, precisamente, en el hecho de que el juez pudiera investigar y decidir los casos[65]. Por esa razón, se adoptaron diferentes salvaguardias para limitar ese temor de parcialidad, principalmente a través de dos mecanismos. Por un lado, el caso no podría avanzar hacia la etapa del juicio sin una acusación

[64] "Solo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria"(…). "Solo teniendo en cuenta esta experiencia se puede comprender que en el movimiento de reforma del siglo XIX se hiciera necesaria la implantación del ministerio fiscal, posibilitándose así la transferencia de esa actividad agresiva e investigadora a un órgano diferente de la autoridad judicial y, al mismo tiempo, la limitación de la función del tribunal a una actividad instructora y decisoria frente al material sospechoso acumulado sin su cooperación". EBERHARD, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 1957, Ed. Bibliográfica Argentina, págs. 195 s.
Otra forma de los sistemas inquisitivos o mixtos para lidiar con esta cuestión fue impidiendo la intervención del mismo magistrado en las dos etapas del procedimiento, lo que refuerza esta idea de la imposibilidad fáctica de mantener la ecuanimidad en la doble función de investigador y decisor (ver fallos citados en nota 58).
[65]"La jurisprudencia federal ha rechazado, genéricamente, estos criterios [de permitir causales de recusación más amplias de las que están expresadas formalmente en el CPP]. La razón del equívoco reside, básicamente, en que los jueces confunden honestidad personal con temor de parcialidad de parte del justiciable, motivo este último real de la recusación, transformando una recusación en una imputación o reproche personal que, de existir -tal como ellos lo interpretan- justificaría el ejercicio de recursos más vigorosos que el intentar apartarlos de la decisión de un caso". MAIER, *supra* nota 10, p. 759.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

formal presentada por el acusador y, por otro lado, el juez a cargo de la investigación no podría a la vez intervenir en la etapa del juicio[66].

Finalmente, tal como fue descripto en la *Sección 2.b.*, en los nuevos procesos reformados, el fiscal fue colocado en la posición del juez con e la investigación de los casos. Aquella presumida imparcialidad del juez no funcionaría con la figura del fiscal precisamente porque la idea de una parte imparcial es autocontradictoria. Por definición, una parte, sea la defensa o la acusación, es parcial.[67] El asunto, entonces, pasaba por definir cómo regular las investigaciones del acusador, qué límites debían imponerse a la actuación del fiscal.

El criterio de objetividad que surgió en este contexto se alejó definitivamente del modelo adversarial angloamericano. Una definición más vinculada con los sistemas adversariales implicaría una estructura similar a la del MRPC descripto anteriormente. Los fiscales no deberían avanzar en investigaciones de casos en los que adviertan que la evidencia no alcanza un mínimo estándar probatorio, ya que avanzar en la formalización de un caso sin una base de evidencias no parece una decisión razonable de una persona neutral frente al caso. Esto es coherente con un entendimiento adversarial de los juicios penales y no implica que el fiscal se encuentre forzado a buscar evidencia exculpatoria. El requerimiento de que eventualmente dé a conocer aquellas pruebas que lleguen a su conocimiento y que sean favorables a su contraparte se basa en razones vinculadas con la ética y un estricto sentido de justicia.

Sin embargo, las respuestas que se encuentran en estos sistemas procesales acusatorios están ciertamente más conectadas con su pasado legal, que han transformado parte del concepto de imparcialidad exigido al juez inquisidor en una noción adaptable al nuevo actor a cargo de las investigaciones penales. Este requisito de objetividad que fue impuesto al fiscal es entonces una derivación de aquella imparcialidad frente al hecho exigida al juez en su faceta de investigador que, paralelamente, evita lidiar con el problema de la auto-contradicción que implicaría requerirle

[66]Ver fallos CSJN, in re ′Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas′ (rta. 17/05/2005); in re ′Dieser, María Graciela s/ homicidio′, (rta. 08/08/2006).

[67] Existen ciertas discusiones con respecto a si el fiscal es, en efecto, una parte del caso equiparable a un litigante particular, pero es una cuestión excede el marco de este trabajo (ver en este sentido, ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 2000; PASTOR, *supra* nota 36, p. 107; MAIER, *Derecho Procesal Penal*, Parte General. Sujetos Procesales, Vol. 2., Editores del Puerto, 2003, p. 323). Alcanza con mencionar aquí que en la medida en que el fiscal representa un interés específico, su actuación no puede definirse en términos de parcialidad/imparcialidad. De hecho, esta garantía es propia de los jueces, precisamente, porque no representan intereses, sino que deben definir los asuntos que reciben conforme al derecho vigente.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

imparcialidad a una de las partes. Una parte no puede ser imparcial, pero ciertamente puede ser objetiva.

A partir de esa definición de objetividad, los fiscales deben buscar cualquier tipo de información o prueba relevante para reconstruir los hechos, aun aquellas evidencias que disminuyan sus chances de triunfar en su rol de acusador del proceso. Esta situación, ciertamente resulta extraña a los esquemas típicamente adversariales del mundo anglosajón.

2. La búsqueda de la verdad

a. La construcción de la verdad en los procesos acusatorios

La relación entre la verdad y el proceso penal es uno de los grandes temas del derecho procesal penal y, como tal, ha sido explorado con intensidad[68]. No puede ser de otra manera ya que, en definitiva, si no fueran ciertos los hechos de la condena esta no puede ser justa. En otras palabras, no puede un acusado ser merecedor de un castigo penal si no es verdad que los hechos fijados en la condena se corresponden con el mundo real[69].

No es objeto de este trabajo revisar ni profundizar sobre esas discusiones. Basta con asumir *a priori* que la verdad como correspondencia es la noción que mejor garantiza que la condena haya sido justa[70]. Es decir, que para que una condena sea válida, debe ser posible afirmar con un estándar exigente (certeza, más allá de toda duda razonable, etc.) que los hechos allí descriptos son verdaderos porque se corresponden con lo que efectivamente sucedió.

[68] Por una referencia general sobre la verdad y proceso penal cfr. GUZMAN, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, 2006. Desde la perspectiva del sistema procesal estadounidense ver LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica*. Marcial Pons, 2013.

[69] Ver PEREZ BARBERA, "Prueba legítima y verdad en el proceso penal: la independencia metafísica de la verdad", en *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 52, 2020, p. 5-29 . "(H)ay un vínculo conceptual entre justicia y verdad, en particular entre justicia retributiva y verdad entendida como correspondencia. Esa clase de justicia, arquetípica en los procesos discursivos que derivan en la aplicación de una sanción pena o de una sanción moral, está inescindiblemente ligada, en efecto, a esa idea de verdad. Eso es así porque retribución es "reacción merecida", y solo puede merecerla quien, en el mundo, haya hecho lo que justifica esa reacción, es decir: quien realmente lo haya hecho…".

[70] Me baso aquí en los trabajos de Guzmán y Pérez Barberá citados en las notas precedentes.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En este contexto, es seguro asumir que tanto los sistemas adversariales como los acusatorios tienen, en esos términos, un idéntico compromiso con ese valor de verdad y con un ideal de justicia al entender que la condena de un inocente es un resultado inválido.[71]

Sin embargo, existen diferencias relevantes respecto del modo en que se construye esa verdad en ambos modelos. Los sistemas acusatorios, por un lado, imponen al fiscal el deber de reconstruir los hechos y, sobre esa base fáctica, definir su actuación en el proceso. En los esquemas adversariales, la verdad de los hechos de la acusación se verifica eventualmente en la condena por la actividad de las partes en el juicio a partir de las evidencias que, en defensa de su teoría del caso, ambas introducen para sostener su versión de esos hechos. La hipótesis de la acusación, que es construida por el fiscal exclusivamente, es testeada en ese contexto del debate, sea contra la versión alternativa que la defensa plantee o a través de la actividad que esta realice sobre las evidencias que la fiscalía presente en el juicio en ejercicio de su derecho de defensa (principio de contradicción)[72].

No obstante, no es deber del fiscal reconstruir los hechos durante el proceso ni es una meta de su investigación. Es claro que, en tanto más amplia sea la información con la que cuente, mayores serán las chances de que esta derive en una condena porque en principio es esperable que solamente

[71] Sobre la distribución de errores y la preferencia de los sistemas procesales en absolver culpables que condenar inocentes ver VOLOKH, "n Guilty Men", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, 1997, pp. 173-21 y REINMAN/VAN DENN HAAG, "On the Common saying that it is better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con", en *Social Philosophy and Policy*, vol. 7, 1990, pp. 226-248 (ambos trabajos citados en LARSEN, "El uso de las categorías inquisitivo y acusatorio como un obstáculo para ciertas discusiones sobre el derecho probatorio", en *Revista de derecho Procesal Penal, La verdad en el proceso penal*, vol. II, 2018, Rubinzal Culzoni). En el contexto adversarial, la propia Corte de los EE. UU. reconoció en ´Tehan v US´ (383, US 406:416-1996) que la determinación de la verdad es un objetivo del juicio penal. De alguna manera el trabajo de Laudan busca lograr una revisión del sistema de pruebas de los procesos adversariales de modo tal de reconstruirlo para dotarlo de mayor valor epistémico que permita reducir el margen de error de los veredictos. El autor reconoce que se produce un error tanto en la condena del inocente como en la absolución del culpable, si bien existen reglas y valores extra-epistémicos que puedan estar justificadas más allá de generar lo segundo. LAUDAN, *supra* nota 68.

[72] Para una aproximación general respecto del rol de la verdad en los sistemas de tradición continental europea y del *common law* ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 91. "La pasividad (del juzgador) presente un contraste nítido a la tarea actitud cognitiva de cualquier individuo dispuesto a averiguar hechos en la vida cotidiana. En sus vidas privadas y negocios, las personas están habituados a la tarea de obtener conocimiento sobre los hechos que influyen en sus decisiones. Como estudiantes, hacen preguntas para lidiar con las ideas expresadas en los textos que leen (…). La pasividad del juzgador del *common law* se encuentra lejos de ser aceptada generalmente en los sistemas procesales modernos. Los jueces de tradición continental europea -sean profesionales o legos- son libres para involucrarse en la producción de la prueba si así lo quieren. Esta libertad es muy valorada, porque se la percibe como un requisito de su responsabilidad de tomar la decisión correcta – "la verdad". Además, GRANDE, 2008, "Dances of Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth", en JACKSON/LANGER/TILLERS (eds.), *Crime, Procedure and evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška*, 2008, p. 146.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

presente acusaciones formales en aquellos casos en los que la evidencia sea más sólida. Pero de allí no se sigue que sea su deber lograr esa reconstrucción de los hechos, ya sea para formular una imputación o para la aplicación de otras salidas alternativas al juicio consensuadas con el imputado. En todo caso, será su tarea asegurarse de que las evidencias que presente al juicio le permitan sostener su hipótesis con el estándar de prueba que se exige para una condena, pero no como un deber normativo sino como utilización racional de sus recursos.

La estructura de los procesos acusatorios son una muestra clara de estos enfoques diferentes en relación con el rol de la verdad[73]. Así lo muestran los modelos elegidos para el análisis, que presentan regulaciones similares en este aspecto. El CPPF establece que el objetivo de la investigación preliminar es determinar si existe mérito para establecer la responsabilidad del acusado y que el fiscal debe buscar los elementos de cargo o de descargo que resulten útiles para averiguar la verdad[74]. El CPPCABA, por su parte, dispone que uno de los objetivos de la investigación es establecer, a través de las medidas de prueba necesarias para determinar la verdad, si los hechos del caso constituyen delito[75]. Este compromiso del fiscal con la verdad que el proceso penal debe revelar sobrepasa su interés en construir una hipótesis de acusación para presentar en el juicio. En otras palabras, aun cuando el fiscal tiene el rol de investigar y acusar, su obligación principal es en realidad lograr reconstruir los hechos del caso que enfrenta y, a partir de allí, definir el caso dependiendo de qué hechos se hayan revelado en el devenir de le investigación[76].

En el contexto adversarial, por otra parte, la verdad juega un papel relevante pero como una verdad interpretativa y construida competitivamente entre las partes más que una verdad ontológica

[73]Otros códigos reformados de la región establecen obligaciones similares. el Código Nacional de Procedimientos Penales Mexicano que en su art. 129 expresa que "la investigación debe ser objetiva y referirse tanto a elementos de cargo como de descargo…". En Argentina, p.ej., el Código Procesal Penal de Chubut, si bien no establece una obligación específica del fiscal de buscar prueba de descargo, sí le impone la obligación de atender las solicitudes probatorias de la defensa en ese sentido en donde el desacuerdo entre el Fiscal y la defensa respecto de la utilidad de una medida la resuelve el juez (art. 278). De allí es posible concluir que la reconstrucción de los hechos tiene un rol relevante en la etapa preliminar de ese modelo procesal.
[74]Art. 228 y 229, CPPF.
[75]Art. 91, CPPCABA.
[76]Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 146 s. quien hace una diferenciación entre lo que considera verdades ontológicas de las objetivas. "Partiendo de la idea de que es posible que un tercero determine la verdad, el sistema no-adversarial persigue el descubrimiento de una verdad objetiva (el venerado concepto continental de verdad sustantiva en oposición al de verdad procesal), que llamaré verdad ontológica, basada como en la creencia de que una reconstrucción objetiva de la realidad es alcanzable. Consecuentemente, en el sistema no-adversarial se cree que la justicia se alcanza cuando se logra comprobar una verdad objetiva, sustantiva y ontológica".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

y objetiva[77]. Como ya se mencionó al inicio, la verdad es importante en el contexto adversarial en el sentido de que la condena de un inocente es un resultado inválido. Por ello, las sentencias condenatorias confirmadas pueden ser revisadas si aparecieran evidencias exculpatorias que eran desconocidas al momento en que se dictó el fallo. Para este juicio adversarial, como un modelo de disputa, una suerte de verdad consensual o negociada es suficiente, por ejemplo, para terminar el caso anticipadamente.

El proceso adversarial se estructura mayormente para permitir a las partes presentar evidencia confiable de su lado de la historia que, en última instancia, será evaluada por el juzgador para determinar si los estándares probatorios pertinentes fueron alcanzados para llegar a un veredicto

[77] "Como contraste, el sistema adversarial adopta la perspectiva de que no hay una verdad objetiva que pueda ser alcanzada por una parte neutral, porque la neutralidad es sencillamente imposible de alcanzar. Aun personas genuinamente desinteresadas inevitablemente forman hipótesis tempranas de la realidad que buscan reconstruir. Porque las personas asimilan la información de un modo selectivo, sus hipótesis iniciales los hacen más receptivos a la información que las confirman. Consecuentemente, van a interpretar de una forma inconscientemente sesgada la información que asumen en orden a determinar la verdad. Como resultado del reconocimiento de estas limitaciones cognitivas, los sistemas adversariales consideran cualquier reconstrucción de los hechos como sesgada y no objetiva y a la búsqueda de la verdad a través de un enfoque que no dependa de las partes interesadas como una meta inalcanzable. La búsqueda de la verdad en un proceso legal necesita entonces alejarse de las prácticas cognitivas ordinarias, y debe ser perseguida a través de una confrontación justa entre dos partes, cada una promoviendo su versión de la historia frente a un decisor pasivo. Lo que deriva de ello es una noción diferente de la verdad, que lejos de ser ′ontológica′ es verdaderamente el resultado de una disputa entre dos interpretaciones de la realidad. En este capítulo llamaré a esta noción una verdad interpretativa". Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 147.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sobre los hechos planteados[78], pero la obligación principal del fiscal es con el cumplimiento de la ley y no con la reconstrucción de los hechos que motivan su acusación[79].

De hecho, la mayoría de las complejas reglas de evidencia de los Estados Unidos son contraproducentes como método de un conocimiento epistémico de los hechos. Gran cantidad de información relevante no será admisible o será adaptada para cumplir con esas reglas que gobiernan la organización de los procesos penales de los EE. UU, por lo que la reconstrucción de los hechos a través del proceso adversarial es una meta aún más lejana que en los esquemas acusatorios, sin perjuicio de que en ambos modelos, en definitiva, el valor de verdad de los hechos de la acusación en el juicio —y la carga que recae en el acusador de probarlos— tiene el mismo peso en términos de justicia de la condena.[80]

Se ha sostenido que el conocimiento de la verdad en realidad no es un objetivo del proceso penal, sino que este debe enfocarse en garantizar las condiciones adecuadas para evitar la condena

[78] "Cuando la investigación sobre los hechos es principalmente una tarea del juez, las partes raramente alcanzan los estándares probatorios por su cuenta. Esta responsabilidad compartida para alcanzar los estándares es principalmente obvia en los casos penales, donde el juez se encuentra obligado (dentro de ciertos límites) a conducir su propia investigación de los hechos independientemente de la que hagan la fiscalía y la defensa. Si el fiscal no ofrece un elemento de prueba, por ejemplo, el juez debe hacerlo por su cuenta siempre que considere que es relevante para el caso y que encaja dentro del marco de la acusación de la fiscalía (…) De un modo diferente, el modo de alcanzar los estándares probatorios en el sistema angloamericano revela su carácter distintivo y su mayor importancia en el sistema. Toda vez que la recolección de la prueba se divide entre dos casos contrarios manejados por las partes, la posibilidad de que el juez pueda 'colaborar' para alcanzar los estándares de prueba con alguna de las partes es difícil de organizar e incluso de concebir. Porque si el juez intentara tomar un rol sustancial en la recolección de la prueba, ello se entendería instantáneamente como una ayuda ofrecida a una de las partes -esto es, como un sesgo prejudicial y una abdicación de la neutralidad o imparcialidad judicial. (…) Si una de las partes falla en proveer evidencia suficiente para sustentar su caso, por ejemplo, el adversario puede vencer sin siquiera introducir sus evidencias. El juez puede desestimar el caso del fiscal *in límine*. En los procesos de tradición continental europea, por otro lado, donde una sola versión integrada de los hechos está siendo desarrollada, es difícil imaginar una situación exactamente igual". DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 82.

[79] En la estructura orgánica del gobierno, el Fiscal Federal estadounidense depende de la rama ejecutiva (Código de Leyes de los EE. UU.: Título 28, Sección 503), mientras que en el caso argentino o bien es un órgano extra-poder (Fiscal Federal —art. 120, CN—) o bien integra el poder judicial, aunque con autonomía funcional y autarquía financiera (Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires – art. 107, Constitución CABA).

[80] Damaška argumenta que el involucramiento de jurados legos en el mundo angloamericano y la imposibilidad de conocer los argumentos de las decisiones del jurado son parte de las razones por las que la Teoría de la Prueba (Evidence) es más estricta en los Estados Unidos que en las jurisdicciones de tradición continental europea para la admisión de las evidencias en el juicio. También sostiene que el hecho de que las partes sean quienes están a cargo de la tarea de recolección de prueba (de manera no oficial ni colaborativa) también tiene un impacto en la admisibilidad de las evidencias, ya que las partes usualmente van a presentar solamente aquellas que le sirva a su interés en el proceso (ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, p. 46 y 84). En definitiva, mientras que tanto los sistemas del mundo adversarial como de la tradición continental rechazan información relevante por razones procesales, los sistemas adversariales son más estrictos en cuanto a la cantidad de evidencia que estará disponible para el juzgador.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

del inocente[81]. No se discute, en definitiva, esa afirmación sino que lo que se pretende remarcar es el modo diferente en que los modelos adversariales y acusatorios se aproximan a esa verdad a partir del rol del fiscal en la reconstrucción de los hechos en los esquemas acusatorios.

Este enfoque tiene consecuencias concretas en la forma en que ambos sistemas estructuran en general el proceso. Además de ser coherente con las definiciones de objetividad de uno y otro modelo, también impacta en la diferente regulación de las defensas afirmativas (ver *Sección 4.a.i*), la admisión del *fact-bargaining*[82] en los esquemas adversariales, pero no en los acusatorios y con la manera en que las partes se relacionan en las etapas preliminares (ver *Sección 4.c.i*).

En definitiva, es una característica diferencial que distingue de una manera relevante ambos modelos y, de esta manera, sostiene la propuesta del trabajo.

b. Los medios alternativos de resolución de conflictos y su compatibilidad con la verdad como reconstrucción de los hechos

Tanto el CPPF como el CPPCABA promueven la utilización de métodos de resolución de conflictos alternativos al juicio para poner fin a los procesos[83]. De hecho, el CPPCABA expresamente establece que el objetivo principal del proceso penal es el de solucionar el conflicto a través de alguno de estos métodos alternativos (mediaciones, suspensiones del proceso a prueba, juicios abreviados) y que solamente luego de que esos mecanismos hubieren fallado el fiscal debería intentar determinar si existe mérito para llevar su caso a juicio oral[84]. Como consecuencia, es plausible argumentar que estos métodos alternativos, como soluciones consensuadas de los procesos penales, relativizan el valor de la verdad como reconstrucción de los hechos que este sistema

[81] BINDER, *supra* nota 60, pág. 128.

[82] Sobre algunos problemas del *fact-bargaining* ver PIZZI, "Fact-Bargaining: An American Phenomenon", en *Federal Sentencing Reporter*, vol. 8, no. 6, 1996, pp. 336-338.

[83] Los métodos de solución alternativa que están regulados en ambas leyes son la mediación o conciliación, la suspensión del proceso a prueba y el juicio abreviado. La inclusión de este último como un método alternativo de solución de conflictos puede resultar controversial. Si la implementación de estos mecanismos intentaba formalizar alternativas a respuestas punitivas del sistema de justicia penal, un juicio abreviado ciertamente no sirve a ese propósito porque culminan con la imposición de una pena.

[84] Art. 91, CPPCABA, y art. 22, CPPF. En el caso del CPPF se establece que los jueces y los fiscales deben procurar que se dé "preferencia a soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y la paz social", pero no se establece que esto sea la finalidad principal del proceso penal como sí lo hace el CPPCABA.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

promovería ya que el proceso podría terminar incluso antes de que se reuniera cualquier tipo de evidencias que permitiera realizar alguna determinación sobre la verdad de los hechos del caso.

De allí podría concluirse que los sistemas acusatorios y adversariales tienen estructuras similares al menos en este aspecto que relativizarían la clasificación de 'acusatorio' propuesta en el trabajo. En definitiva, el fiscal en ambos modelos procesales podría terminar sus casos a través de acuerdos negociados con el acusado, relativizándose así el peso de la verdad como reconstrucción de los hechos de estos esquemas.

Dicho argumento puede sonar atractivo, pero un análisis más detenido muestra que estos mecanismos alternativos no necesariamente hacen que los procesos penales reformados sean adversariales en el sentido en el que fueron definidos al inicio ni ponen en jaque la caracterización de sistemas acusatorios. Hay diferentes razones que muestran que el rol de la verdad como reconstrucción de los hechos juega un papel similar, aun cuando estos mecanismos alternativos son utilizados en los procesos penales reformados.

En primer lugar, es cierto que estos mecanismos son acuerdos consensuados entre las partes. Pero este consenso se extiende solamente respecto del modo en que el caso es definido y no con relación a la posibilidad de determinar los hechos del caso, característica que sí se encuentra presente en el sistema típicamente adversarial de los EE. UU, como el ejemplo citado del *fact-baragaining*. En otras palabras, son consensuales en el sentido de que el acusado (y en los casos de la mediación, la víctima) pueden voluntariamente decidir participar en ellos, pero la base fáctica del caso donde estos son aplicados no es (ni puede ser) parte de la negociación entre el fiscal y el acusado.

El CPPF y el CPPCABA establecen que los fiscales deben, en su primera intervención en el proceso, identificar y describir formalmente los hechos del caso que serán objeto de investigación[85]. Las medidas de prueba que se adopten luego tienen que tener relación con esa determinación inicial de los hechos[86]. El fiscal puede modificar el objeto de la investigación si se determina que esta no era precisa[87], pero sobre la base de alguna evidencia que le permita modificar el criterio. Y lo cierto

[85] Art. 92, CPPCABA, y art. 248, CPPF.
[86] Art. 92, CPPCABA que, al final, dispone: "… la investigación preparatoria se limitará a los hechos referidos en el decreto de determinación y sus ampliaciones". También, art. 135 inc. d, CPPF que establece que "solo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso…".
[87] Por ejemplo, al descubrir que los hechos del caso eran más graves de los descriptos inicialmente o por el cambio de una calificación legal que justifique redefinir los hechos (recalificar un homicidio culposo como uno doloso).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

es que cualquier mecanismo alternativo de resolución de conflictos que se aplique en el caso va a tener necesaria correlación con esos hechos identificados inicialmente por el fiscal. En efecto, un acusado que cumple adecuadamente con los términos del acuerdo no podrá ser acusado nuevamente en el futuro por los mismos hechos sin violar el principio constitucional de la prohibición del doble juzgamiento (*ne bis in ídem*).

Además, hay límites legales que impiden la utilización de estos métodos alternativos en ciertos casos[88] y, de un modo diferente a lo que sucede en los EE. UU., la mayoría de estos mecanismos requieren de una aprobación judicial posterior para tener validez[89]. Consecuentemente, un fiscal debería ser capaz de probar que los hechos del caso efectivamente cumplen con esas limitaciones legales al pretender utilizar alguno de estos mecanismos.

El caso de los mecanismos de reconocimiento de culpabilidad es una muestra concreta de las diferencias de los sistemas y el rol que juega la verdad en uno y otro caso. En los sistemas acusatorios, el acuerdo debe estar basado en evidencia que permita sostener una eventual acusación.[90] El reconocimiento de los hechos del acusado es, entonces, una condición necesaria pero no suficiente para el dictado de una sentencia de condena. Es más, el juez puede rechazar un acuerdo si considera que el caso debió haber sido decidido en un juicio oral.

[88]Por ejemplo, la suspensión del proceso a prueba solo puede aplicarse a casos cuya calificación legal no exceda de tres años (art. 76 bis del Código Penal). Algunas otras limitaciones más específicas están previstas en las legislaciones procesales (CPPCABA, art. 205 y CPPF, art. 35). Además, los acuerdos de juicio abreviado en el sistema federal pueden aplicarse únicamente a casos en los que el fiscal no solicitará una pena mayor a seis años (CPPF, art. 323). El CPPF también impone límites a los hechos sobre los que se pueden aplicar los criterios de disponibilidad de la acción, pues no pueden utilizarse para casos de violencia doméstica, discriminación, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y cuando resulten incompatibles con instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público (CPPF, art. 30.) Otro ejemplo es que los casos vinculados con violencia sexual o doméstica no pueden ser dirimidos a través de un mecanismo de mediación o conciliación (CPPCABA, art. 204).

[89]CPPCABA, arts. 204, 205 y 266. CPPF, arts. 34, 35 y 324.

[90]El art. 266, CPPCABA establece que en caso de un acuerdo de juicio abreviado el fiscal debe describir e identificar las pruebas que eventualmente pretendería utilizar en un juicio oral. En caso de que el juez decida no aprobar el acuerdo, el fiscal únicamente puede utilizar aquella evidencia descripta en el acuerdo de juicio abreviado (finalmente rechazado). Esta provisión legal es otra muestra de que la verdad como reconstrucción de los hechos juega un papel importante, incluso en los casos de juicios abreviados supuestamente consensuales. Además, el art. 323, CPPF establece que "…será necesario que el imputado acepte de forma expresa los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación preparatoria que la funden…". El art. 324 insiste con la idea de hechos vinculados con una verdad objetiva al disponer que "(l)as partes explicarán al juez el alcance del acuerdo y los elementos probatorios reunidos o acordados que demuestren las circunstancias del hecho imputado. El juez podrá interrogar a las partes sobre los extremos del acuerdo y la información colectada o acordada".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El contraste con el sistema adversarial de los EE. UU. en este punto es claro, pues no solo el reconocimiento de culpabilidad del acusado es típicamente suficiente para terminar el caso, sino que, como ya se ha mencionado, la acusación de la fiscalía puede contener una descripción diferente de los hechos comprobados a partir de la admisión del mecanismo del *fact-bargaining*.

En segundo lugar, los acuerdos de juicio abreviado y suspensiones del proceso a prueba eran mecanismos disponibles en los sistemas inquisitivos o mixtos que estas nuevas leyes pretenden reformar. De allí se sigue que su presencia en los procesos reformados no implica necesariamente una mayor adversarialidad. Aun cuando el origen de estos mecanismos de reconocimiento de culpabilidad puedan ser ubicados conceptualmente en el mundo adversarial, el mecanismo incorporado en el proceso penal inquisitivo argentino (y ahora adoptado en estos sistemas acusatorios reformados) no es equivalente al utilizado en el mundo adversarial [91] y consecuentemente no es necesariamente incompatible con un sistema procesal definido como acusatorio. Respecto de la mediación, también es un mecanismo consensual en el sentido descripto anteriormente en cuanto a la voluntariedad de su participación, pero no en relación con la base fáctica del caso.

En definitiva, todas estas medidas alternativas al juicio tienen referencias a situaciones de hecho concretas que limitan su aplicación y/o determinan un control judicial posterior. Esta situación se verifica en los códigos procesales objeto de este trabajo, pero también en otros del país y de la

[91] Ver LANGER, *supra* nota 25, p. 53-58.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

región.[92]Allí radica el peso de la verdad que no se advierte de la misma manera en los sistemas típicamente adversariales[93].

3. La investigación preparatoria y el fiscal

a. La desformalización y las obligaciones de acceso a la prueba de la contraparte (discovery) y límites a la función del juez

[92] Por ejemplo, el CPP de Neuquén limita la aplicación de los criterios de oportunidad, entre los que incluye a la mediación, para casos de delitos dolosos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (art. 106, CPPNeuquén). El CPP de Chubut, admite la conciliación y reparación únicamente para delitos culposos, lesiones leves y delitos de penas menores a tres años cometidos sin grave violencia física o intimidación sobre las personas. Ambos mecanismos prevén además la homologación judicial (arts. 47 y 48, CPPChubut). En el mismo sentido el CPP de Río Negro prevé que la mediación procede en delitos de hasta quince años de prisión que no hayan sido cometidos con grave violencia física o intimidación por las personas y que las víctimas sean mayores de edad. Además, impide la aplicación de este y otros criterios de oportunidad para delitos cometidos por funcionarios públicos (art. 96, CPPRio Negro). El CPP de Tucumán, establece que la conciliación, la mediación y reparación procede únicamente en hechos que prevean una escala penal máxima de seis años y limitado a casos vinculados con cuestiones de familia, convivencia o vecindad (excepto supuestos de víctimas vulnerables, en situación de violencia de género o doméstica), casos de contenido patrimonial cometidos sin grave violencia física o psíquica y hechos de escasa trascendencia. No aplica a delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio del cargo o en ocasión de él (art. 27, CPPTucumán).

[93]Existe un desarrollo teórico importante para sentar las bases de lo que se denomina *procesos composicionales*, en diferencia de los *procesos de conocimiento* de estos nuevos sistemas latinoamericanos nacidos con la reforma. El planteo general es que estos procesos tienen una base diferente centrada en la idea de equidad como reguladora de la actividad de las partes y de la solución del caso. De alguna manera, ocuparía el rol que tiene la verdad en los procesos de conocimiento sobre la que reposa el ideal de justicia de las sentencias de condena. No ha sido parte de este trabajo discutir el rol de estos procesos composicionales en los esquemas acusatorios. Sin embargo, creo pertinente realizar dos aclaraciones al respecto. En primer lugar, esta estructura teórica propuesta como fundamento del proceso composicional no ha sido mayormente normativizada en los códigos procesales reformados. Si bien las legislaciones, como se expresó más arriba, sí recogen este tipo de salidas como la mediación, la reparación del daño o la suspensión del proceso a prueba, típicamente no se han definido en estos instrumentos normativos ni los alcances de la equidad como un principio regulador de estos mecanismos ni un rol diferente de las partes al que normalmente tienen en los llamados procesos de conocimiento. Alberto Binder, máximo exponente de esta teorización, reconoce de alguna manera que estos mecanismos se encuentran aún en construcción: "Vemos, pues, que no necesitamos utilizar el concepto de equidad como un simple momento valorativo, al estilo de apelar a la idea de justicia, conciencia moral, valores divinos, principios generales, etc. Ella es un concepto mucho más preciso que a través de sus distintas dimensiones permite aprovechar la flexibilidad propia del proceso composicional, sin caer en arbitrariedades. Como ocurre con todos los conceptos que luego se aplican en la actividad judicial, es ella misma, a través del mecanismo de construcción colectiva de precedentes y controles escalonados —control de calidad de las decisiones— la que nos permitirá en el futuro dotar de mayor precisión a todas estas categorías". (BINDER, *Derecho Procesal Penal: Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*, Vol. IV, Ed. Ad-Hoc., 2018, p. 312). En segundo lugar, como también se ha mencionado, existen en las legislaciones limitaciones para aplicar estos mecanismos alternativos que se basan justamente en consideraciones fácticas. De esta manera, la hipótesis de este trabajo aún se sostiene porque en todos los casos la verdad como reconstrucción de los hechos jugará un rol que no tiene un equivalente en los esquemas adversariales.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El foco acusatorio de los procesos reformados argentinos es también evidente cuando se analiza el modo en que el fiscal compila la evidencia y las medidas de prueba que desarrolla durante la investigación preparatoria, junto con los consecuentes derechos del acusado de acceder a esa información. En el mundo inquisitivo moderno, el juez debía registrar cada paso del proceso en un expediente escrito. El acceso a ese expediente era la forma por excelencia en que se materializaban los derechos del acusado de conocer la prueba en su contra[94].

En este sistema inquisitivo, de un modo diferente al típico proceso adversarial estadounidense, las obligaciones de hacer saber al acusado de la prueba en su contra eran continuas a lo largo de toda la investigación preparatoria y no exigían de ningún requerimiento especial[95]. Los acusados tenían el derecho de acceder al expediente en cualquier momento. El juez podía restringir temporalmente ese derecho ante circunstancias específicas mediante el mecanismo que se conoce como secreto de sumario, generalmente para impedir que el imputado tuviera conocimiento de algunas medidas probatorias pendientes que podrían frustrarse de hacerse públicas antes de tiempo[96].

El expediente no se limitaba únicamente a incorporar las pruebas relevantes reunidas durante la investigación, sino que reflejaba cada acto del proceso de un modo altamente formalizado y organizado en una secuencia cronológica. Consecuentemente, la mayoría de los documentos que

[94] "Mientras que las jurisdicciones de la tradición continental como las del common law consideraron al derecho del acusado a conocer las pruebas en su contra ('disclosure rights') ha habido una convergencia entre estos dos tipos de jurisdicción en un nivel importante. Pero la forma en que este concepto abstracto ha sido adoptado ha reproducido diferencias preexistentes entre ambas y creado otras nuevas. Se utilizaron diferentes expresiones para referir a este derecho que reflejan sus distintas concepciones. Mientras que en las jurisdicciones de tradición continental ha sido definido como el derecho de acceso al expediente (como lo reflejan las expresiones 'droit de consulter le dossier' en francés, 'Akteneinsichtsrecht' en alemán, 'derecho a examinar el expediente' en español), en las jurisdicciones del common law este derecho ha sido definido como el derecho al descubrimiento ('disclosure' o 'discovery') de un listado indefinido de elementos, típicamente en posesión del fiscal pero en ocasiones también por la policía u otras agencias gubernamentales. LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 275.

[95] "En tanto que los investigadores imparciales de las jurisdicciones continentales deben documentar toda su actividad en el proceso, el acceso del acusado al expediente, implica en teoría el acceso a toda la investigación. El acceso a la totalidad del legajo puede ser restringido parcialmente o postergado por un tiempo pero no hay dudas de que en algún momento el imputado accederá a la totalidad del legajo en algún momento antes del juicio". LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 277.

[96] Tal como se ha mencionado en la *Sección 2*, el secreto del expediente era la regla en los procedimientos inquisitivos clásicos regulados por el Código de Procedimientos en Materia Penal. Con el transcurso del tiempo, el cambio de legislación (CPPN) reconoció el derecho del imputado a conocer las pruebas en su contra que fue materializado a través del acceso al expediente (Ver LANGER, *supra* nota 11).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

contenía el expediente eran actos administrativos irrelevantes o información que de ningún modo servía para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado[97].

El expediente fue objeto de diferentes críticas por varios de los reformistas latinoamericanos y fue señalado como una de las causas de dos de las mayores preocupaciones que había respecto de los sistemas inquisitivos modernos y demandaban una urgente reforma. Se argumentó que esta etapa de investigación, formalista hasta el exceso, era una de las razones que hacían que los procesos penales no fueran eficientes. Del mismo modo, se sostenía que afectaba la imparcialidad del juez a cargo del juicio quien, con solo leer el expediente que estaba en su poder antes de que la audiencia de debate comenzara, se encontraba indebidamente influido por información que no procedía directamente del juicio[98].

Los procesos acusatorios atacaron estas preocupaciones de una manera similar, tal como se verifica tanto el CPPF como en el CPPCABA. Ambos códigos regularon expresamente la desformalización de la investigación preparatoria y, consecuentemente, del expediente característico de esa etapa del proceso en los sistemas inquisitivos[99]. Esta desformalización permitiría lidiar con los problemas de imparcialidad y eficiencia de dos maneras.

En primer lugar, aun cuando el fiscal debiera formar un legajo de investigación, no se exigía que se documentara en él cada paso del proceso. El fiscal solamente necesitaría incorporar en el legajo

[97]Por ejemplo, para obtener información de un registro público se detallan distintos pasos en el expediente. En primer lugar, la orden firmada por el juez a través de la cual requiere que se obtenga esa información. Luego, una nota u oficio dirigida al titular de ese registro público (una copia que se anexaba al expediente) firmada por el juez o el secretario. Finalmente, se agrega la información expedida por el registro público en respuesta al requerimiento, tan pronto como esta sea recibida. Si la información allí contenida es, por cualquier razón, irrelevante para la investigación (por ejemplo, porque se había expedido por error una información equivocada), la documentación debe compilarse igualmente en el legajo, y debe comenzarse nuevamente con el mismo proceso para requerir al registro público nuevamente el envío de la información correcta.

[98] "Porque el juez continental ha estudiado el expediente antes del juicio, existe el peligro de que haya prejuzgado el caso y que no esté abierto a repensar el caso luego del juicio". PIZZI, *supra* nota 32, p. 1334.

"La referencia al expediente en las jurisdicciones de tradición continental [como regulación del derecho a conocer la prueba] no es casual dada la centralidad que el expediente ha tenido en la administración de justicia concebida como una burocracia Weberiana dirigida por funcionarios legales imparciales. En esa concepción, los investigadores oficiales deben documentar toda su actividad procesal, incluyendo la recolección de pruebas. Y si bien muchos países de esta tradición han establecido juicios orales y públicos, el expediente aún conserva un peso importante en la decisión de los casos. En primer lugar, ciertos elementos de prueba reunidos durante la investigación (incluyendo las declaraciones) pueden ser utilizadas como evidencia en el juicio. Además, el expediente es leído al menos una vez por los miembros del tribunal de juicio (lo que puede crear preconceptos sobre el caso) y es utilizado por la corte para decidir qué evidencia debe ser presentada en el juicio y en qué orden, y para interrogar a los testigos y peritos. LANGER, *supra* nota 45, p. 276.

[99]CPPF, arts. 2, 197 y 230. CPPCABA, arts. 94 y 101.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la información relevante y/o las evidencias reunidas durante la investigación preliminar. Se creía que este esquema permitiría que el fiscal se concentrara en la investigación del caso y no en la tarea administrativa y burocrática de formar un expediente prolijo y ordenado.

En segundo lugar, ambos códigos prohíben que el juez tenga acceso a ese legajo del fiscal. Consecuentemente, la información que se encuentra en el legajo de investigación no puede ser utilizada de ninguna manera por el juez para justificar sus decisiones sino que estas deben basarse en las evidencias presentadas en audiencia (ya sea audiencia de juicio o en las preliminares)[100].

De nuevo, los procesos acusatorios se alejaron un paso de su pasado inquisitivo al limitar algunas de sus características principales: el expediente escrito y la etapa de investigación altamente formalizada. Una de las características salientes de los sistemas adversariales es, precisamente, el carácter desformalizado de la investigación preliminar[101]. Consecuentemente, podría argumentarse que los procesos reformados argentinos se acercaron al mundo adversarial en este sentido.

Es cierto que la desformalización le da al fiscal una mayor flexibilidad para administrar su legajo de investigación. Mientras que la obligación de hacer conocer la prueba de cargo hallada sigue siendo continua durante toda la etapa preliminar, tal como lo era en la etapa inquisitiva, los fiscales no están obligados a registrar cada paso del procedimiento o a organizar necesariamente su legajo de un modo

[100] Un sistema similar fue desarrollado en Italia con la reforma del proceso penal que tuvo lugar en 1988. Ver. CAIANIELLO, "The Italian Public Prosecutor: An inquisitorial Figure in Adversarial Proceeding", en LUNA/WADE, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, p. 253. "Como consecuencia de la reforma, el nuevo código distingue entre la investigación y el juicio oral, basado en la asunción de que el valor probatorio de la evidencia es afectado por la manera en que esta es colectada. Inspirado por el sistema procesal angloamericano, los ideólogos del código creyeron que el mejor escenario para probar los hechos y descubrir la verdad es uno en el que existan puntos de vista opuestos. Como consecuencia, la sentencia debe estar basada exclusivamente en las evidencias que se produjeron oralmente en el juicio y sujetas a un contra-examen. El símbolo de la separación entre las etapas de investigación y de juicio es el "sistema del doble expediente". Durante la etapa preliminar, toda la información y documentación se reúne en un expediente tradicional. Al final de la investigación —o luego de las audiencias preliminares respectivas para establecer los méritos de que el caso proceda a la siguiente etapa— este expediente se separa y queda únicamente a disposición de las partes, quienes pueden utilizarlo para preparar el juicio o para cuestionar la credibilidad de los testigos durante su declaración en el juicio. El juez del juicio no puede acceder al expediente de la investigación y, a cambio, se le entrega un legajo completamente nuevo que contiene únicamente las evidencias que se reúnen durante el juicio y aquellas que no pueden reproducirse oralmente (por ejemplo, transcripciones de intervenciones telefónica, actas de allanamientos o antecedentes del acusado)".

[101] "En las jurisdicciones del common law, el derecho a acceder a la prueba (′disclosure rights′) no tiene un lugar especial. La centralidad histórica del juicio por jurados como la forma por excelencia de decidir los casos en el sistema penal, sacaron énfasis a la importancia de la etapa preliminar, lo que contribuyó a que esta permaneciera relativamente informal y flexible. Como consecuencia, ni la policía o la fiscalía necesitan documentar toda su actividad en esta etapa". LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 276.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

cronológico[102]. En efecto, podría un fiscal, sin romper reglas legales, éticas o de buenas prácticas, decidir discrecionalmente cuál va a ser el momento en el que compilará en el legajo de investigación las pruebas que fue reuniendo. Además, como no hay una obligación de registrar administrativamente cada paso del procedimiento, el acusado podría tener acceso al legajo, pero aun no conocer con precisión cuáles son las evidencias que el fiscal está buscando hasta que esta información haya sido formalizada en el legajo y, a partir de allí, esté disponible para las otras partes.

No obstante, una mirada detenida de esta característica de los procesos reformados muestra que el foco estuvo colocado en una mirada acusatoria del proceso más que en una adversarial. Estos esquemas se basan en una investigación oficial llevada a cabo por un funcionario público y, aunque de manera desformalizada, el fiscal debe en algún punto de su actuación durante la investigación preparatoria compilar en su legajo de investigación no solo las evidencias incriminatorias sino también aquellas exculpatorias que haya descubierto por su deber de objetividad (definido en los términos mencionados en la *Sección 4.a*) o que las partes hayan aportado durante la etapa preliminar.

Los fiscales pueden demorar hasta cierto punto la inclusión de las evidencias en el legajo y jugar a las escondidas con la defensa al no revelar su estrategia desde el comienzo de la investigación. Pero toda la información reunida va a estar disponible a la defensa en algún momento de la etapa preliminar, ya que el legajo sigue siendo el mecanismo por el cual se registra la actividad de la fiscalía. Además, esta investigación oficial no se compone únicamente de los resultados de la actuación del fiscal sino también de la información o requerimientos que las otras partes le presenten[103], ya que, de un modo diferente al juicio estadounidense, los acusados tienen el derecho de incorporar evidencia y hacer presentaciones en el legajo de investigación del fiscal[104]. Y justamente porque estos procesos reformados aún se basan en una investigación oficial compilada en un legajo de investigación, los derechos de acceso a la prueba de la fiscalía se regulan de la misma

[102] La experiencia de la Ciudad de Buenos Aires, no obstante, indica que este es el método preferido a la hora de organizar el legajo, probablemente porque es la forma en la que los operadores judiciales históricamente organizaron su trabajo.
[103] Ver GRANDE, *supra* nota 72, p. 155-161 para un análisis con respecto al modo en que se realiza la búsqueda de la verdad en sistemas adversariales y no adversariales. La autora utiliza la metáfora del ′tango′ y la ′rumba′ a ese fin. Mientras que el tango requiere dos bailarines, puede asimilarse al modo en que los sistemas adversariales buscan la verdad, donde dos partes están a cargo de reconstruir una verdad ′relacional′. La rumba, al ser una danza colectiva, se asimila a la búsqueda colectiva de la verdad ontológica, típica de los sistemas no-adversariales.
[104] Arts. 135 inc. b, 233 y 260, CPPF. Art. 97, CPPCABA.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

manera en que se hacía en la etapa inquisitiva: a través del acceso a ese legajo de investigación que se considera que es público para las partes[105].

Consecuentemente, aun cuando la influencia del sistema adversarial estadounidense es evidente en el modo en que la etapa preliminar de los procesos reformados fue pensada, no es preciso sostener que estas reformas permiten una investigación autónoma de las partes del modo en que se realiza en el proceso penal adversarial de los EE. UU.

De todas maneras, es preciso concluir que la desformalización del expediente en particular y de la etapa preliminar en general, ciertamente disminuye la trascendencia que esta etapa del proceso penal ha tenido históricamente. Si la información contenida en el legajo del fiscal no es evidencia en un sentido técnico, ya que el juez no puede utilizarla para sustentar sus decisiones del modo en que se hacía en el mundo inquisitivo pues no tiene acceso a ese legajo, entonces necesariamente el juicio o las audiencias orales preliminares cobran una mayor centralidad en el proceso. Los casos ya no pueden ser resueltos a partir de lo que dice el expediente, sino de lo que surja de las evidencias que se incorporen en audiencia.

La *desformalización* es un intento, entonces, de resaltar que la información del fiscal no es evidencia en un sentido técnico sino solo un sistema para compilar la información reunida durante la etapa preliminar. Al declarar que el legajo *pertenece al fiscal*[106], los sistemas procesales acusatorios refuerzan esta idea de que la información que surja del legajo es solo el resultado de la investigación realizada por las partes, aunque dirigida por la fiscalía, y que no puede ser utilizada por el juez para decidir el caso. Las normas que prohíben que el juez acceda al legajo del fiscal solidifican esa idea[107].

Pero la informalidad de la investigación preparatoria en los EE. UU. tiene otros presupuestos. Históricamente la centralidad del proceso estuvo puesta en el juicio oral y, en gran medida, en el instituto del juicio por jurados. Buena parte de la estructura del proceso de los EE.UU. y de las reglas de evidencia tienen que ver con ello[108], si bien el gran porcentaje de los casos se resuelve por

[105] Arts. 230 y 233, CPPF. Arts. 101 y 210, CPPCABA.
[106] Art. 230, CPPF y art. 210, CPPCABA.
[107] Art. 197, CPPF.
[108] Ver DAMAŠKA, *supra* nota 1, pp. 46 y 84.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

métodos abreviados[109]. Ello tiene conexión lógicamente con el diferente rol de la verdad en ambos modelos (ver *Sección 4.b*). Toda vez que el deber de las partes es presentar hipótesis y pruebas que las avalen para ser falsadas en el juicio con la teoría del caso contraria, no es necesaria una investigación colaborativa con las otras partes. Cada una de ellas tiene un deber independiente del de la otra y la interacción formal por excelencia entre ellas antes del juicio es la etapa del *discovery,* diseñada justamente como un momento procesal a fin de que el acusado pueda conocer, si así lo quiere, la prueba de la acusación y preparar la estrategia de defensa que utilizará en el juicio para contrarrestarla.

Los sistemas acusatorios, por otro lado, por la estructura ya mencionada respecto de la objetividad y el rol de la verdad como reconstrucción de los hechos, necesitan de una investigación colaborativa, pues para conseguir ese objetivo precisan de la mayor cantidad de información de la que puedan disponer y las limitaciones epistemológicas tienen que ver mayormente con determinadas garantías constitucionales (p.ej., las prohibiciones vinculadas con la declaración del acusado).

La etapa de investigación en los sistemas acusatorios tiene un significado especial justamente porque a la hora de establecer si se ha logrado alcanzar esa reconstrucción de un hecho pasado es importante examinar también el método de la investigación. No solo es relevante conocer las pruebas que demuestran la verdad de la acusación sino qué otros elementos se descartaron y por qué motivos para evaluar si alguno de ellos pudo haber sido relevante para descubrir otra verdad. Es por ello, por ejemplo, que las *defensas afirmativas* del sistema adversarial juegan de un modo diferente en estos sistemas acusatorios. Mientras que en aquel sistema debe ser el acusado quien demuestre que no era imputable o que actuó en legítima defensa (es su teoría del caso y, por ende, su deber probarla), es responsabilidad del fiscal del sistema *acusatorio* determinar incluso esos extremos, ya que son cuestiones que forman parte de los hechos que la investigación debe reconstruir.

Consecuentemente, puede concluirse que el objetivo de las reformas procesales en cuanto a la desformalización de la etapa preliminar no ha sido la de avanzar hacia un sistema adversarial en los términos típicos de aquel modelo, sino tan solo establecer mecanismos que ayuden a garantizar la

[109] Ver DAVIS, *supra* nota 24, pp. 43 y 206, quien, basada en los datos informados por el Bureau de Estadísticas del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sostiene que estimativamente el 95 por ciento de los casos son resueltos por este mecanismo de juicio abreviado (*plea bargaining*).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

imparcialidad del juez y lograr una mayor eficiencia de las investigaciones preliminares. Es decir, la actuación desformalizada del fiscal en la etapa preliminar intentó reforzar un ideal acusatorio antes que uno adversarial.

b. El fiscal y su relación con las investigaciones de las agencias policiales

Otra característica que distingue a los sistemas acusatorios de los adversariales está relacionada con la etapa en la que el fiscal se involucra en la investigación y el comienzo del proceso penal. En el sistema adversarial estadounidense el fiscal no se encuentra necesariamente involucrado en la investigación de un hecho delictivo desde el comienzo. El inicio la investigación generalmente se encuentra a cargo de las agencias policiales y aun cuando pueda existir interacción entre los investigadores policiales y los fiscales, esta interacción suele ser más bien a modo colaborativo. Usualmente los investigadores necesitan contactar a los fiscales para clarificar cuestiones técnicas con respecto a estándares probatorios o posibles inconvenientes en relación con la admisibilidad en juicio de las pruebas que hayan reunido. De esta manera pueden tomar las medidas necesarias para evitar conductas o situaciones que puedan afectar el resultado del juicio (p.ej., para evitar que una evidencia central sea declarada inadmisible por actividad ilegítima de los investigadores). También existen investigaciones iniciadas directamente por los fiscales, pero no implican el comienzo de un proceso judicial formal.

Los procesos reformados argentinos se organizan de un modo diferente. Las agencias policiales son consideradas como auxiliares del fiscal, que está en control de la investigación del caso desde el comienzo. No existen etapas pre-procesales en donde los investigadores policiales puedan desarrollar legítimamente investigaciones autónomas sin la dirección del fiscal. Cuando se presenta una denuncia ante las autoridades policiales, estas deben poner en conocimiento inmediato al fiscal, quien debe tomar el control de la investigación[110]. El fiscal puede requerir a la policía u otras agencias gubernamentales que lo asistan en la investigación del caso, pero las agencias policiales trabajan bajo las órdenes y supervisión del fiscal. Consecuentemente, y de un modo claramente diferente al proceso adversarial de los EE. UU., el inicio del proceso penal formal acusatorio coincide necesariamente con el inicio de la investigación preparatoria.

[110] Arts. 235, 240 y 243, CPPF. Arts. 84, 86, 87 y 88, CPPCABA

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El hecho de que el fiscal se encuentre involucrado con la investigación de los casos desde el comienzo y que el inicio del proceso penal coincida necesariamente con el de la investigación tiene claras implicancias en la forma en que se espera que el fiscal ejecute su rol, lo que lo diferencia de su par adversarial.

El fiscal federal de los EE. UU., tal como ya fue mencionado anteriormente, debe superar un estándar probatorio de *causa probable* para iniciar un proceso formal contra el acusado[111]. El proceso comienza cuando el fiscal decide presentar formalmente los cargos mediante los diferentes mecanismos previstos para ello (*indictment, information, arraignment o preliminary hearing*)[112]. Consecuentemente, será únicamente en esa etapa del proceso donde el fiscal decidirá si la evidencia reunida previamente por la policía, otra agencia gubernamental o incluso por la propia fiscalía, es suficiente para alcanzar el estándar probatorio exigido. En otras palabras, la decisión de formalizar un caso se adoptará en aquellas investigaciones que el fiscal considere lo suficientemente sólidas para presentar una acusación y eventualmente lograr una condena, ya sea a través de un juicio o por un mecanismo abreviado. En este contexto, cuando el caso está formalmente iniciado, el fiscal no tendrá incentivos para encontrar evidencia exculpatoria o incluso, en determinadas ocasiones, para revelarla ya que ello podría afectar sus posibilidades de vencer en el juicio[113].

[111] Regla 3.8(a) MRPC.

[112] Ver fallo de la Corte Suprema de los EE. UU. 'Kirby v Illinois' U.S. 682 (1972) en el que se establece claramente cuándo se considera que se ha iniciado un proceso penal formal ("Ello no implica que el acusado en un caso penal tenga el derecho constitucional a ser asistido por un abogado solamente en el juicio. Pero el punto es que todos los casos vinculados con este derecho tienen que ver con momentos ocurridos al iniciarse o después de comenzadas los procesos judiciales adversariales penales (ya sea a través de una acusación formal ['formal charge'], audiencia preliminar ['preliminary hearing'], acusación ['indictment'] una "información" ['information'] o comparecencia inicial ['arraignment']. El inicio del proceso judicial penal, no es un mero formalismo. Es el punto de partida de todo el sistema de justicia penal adversarial. Porque es en ese momento en el que el Gobierno se ha comprometido a proseguir el caso, y recién allí se solidifica la posición del Gobierno y el acusado como adversarios. Es en ese entonces que el acusado se encuentra enfrentado con las fuerzas de acusación de la sociedad organizada e inmerso en las complejidades del derecho penal y procesal penal. Es este punto entonces que marca el comienzo de los 'casos penales' a los que las garantías de la Sexta Enmienda le son aplicables exclusivamente)".

[113] Los fiscales no tienen la obligación de hacer conocer cualquier tipo de evidencia exculpatoria a la defensa durante la negociación de un juicio abreviado. Ver WHITEBREAD/SLOBOGIN, *Criminal Procedure*, 5ª ed., Foundation Press, 2008, p. 725. "La Suprema Corte ha resuelto en 'United States v Ruiz' [U.S. 622 (2102)] que los acusados no tienen el derecho de conocer evidencia para desacreditar a los posibles testigos, o aquellas relevante para establecer 'defensas afirmativas' [ver nota 43 sobre la definición de este concepto] antes de negociar un acuerdo de juicio abreviado. Si bien la falta de proveer esa información puede ser importante para determinar si el acusado ha tenido un juicio justo, el Juez Breyer opinó en un voto unánime de la Corte que ello no transforma una confesión en involuntaria (…). Sin embargo, la Corte sí sugirió que cualquier información que establezca la inocencia en los hechos del acusado debe ser exhibida antes de las negociaciones del juicio abreviado".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

El fiscal, a esa altura, ya evaluó la fortaleza de su caso y sus esfuerzos se van a centrar en alcanzar la meta fijada de demostrar la verdad de su acusación. En este sentido, debe hacerse notar que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (*Speedy Trial Act)* garantizado en la Constitución de los EE. UU.[114] está reglamentado a través de una regulación federal que dispone que el juicio debe comenzar dentro de los setenta días del acto de acusación inicial[115]. El exiguo plazo que da la norma entre el inicio del proceso formal y la fecha máxima en que debería realizar el juicio refuerza la idea de que la decisión del fiscal de formalizar una acusación debe estar basada en una investigación sólida previa.

Los procesos acusatorios colocan al fiscal en una posición diametralmente diferente. Cuando el fiscal argentino se involucra en la investigación del caso generalmente no es posible que pueda determinar la solidez del caso ni las chances de obtener una sentencia de condena. En este contexto, el fiscal acusatorio tiene más incentivos que su colega adversarial para estar más abierto a encontrar diferentes tipos de información y evidencias en esta etapa formal del proceso, más allá de la obligación legal que le impone el deber de objetividad, tal como fue definido en las leyes (ver *Sección 4.a*). Si el fiscal acusatorio se concentrara exclusivamente en encontrar evidencia incriminatoria, esto es, si pudiera hacerlo legítimamente bajo otra noción de objetividad, el riesgo de hacer una evaluación incorrecta del caso aumenta. Como consecuencia, la ineficiencia de la actuación del fiscal probablemente sea mayor si muchos de los casos en los que decida acusar pudieron o debieron haber sido desestimados en una etapa anterior del proceso.

En el juicio adversarial, esta evaluación se hace antes de que el proceso formal comience, típicamente por las agencias policiales o de investigación o por la propia fiscalía cuando estas le presentan sus casos para que los procesen. Tanto las agencias policiales como la fiscalía probablemente decidirán no presentar cargos en los casos en los que no tengan evidencia suficiente para no destinar recursos a un caso que no los vale.

Evidentemente, estas diferencias a uno y otro lado del continente tienen que ver con el rol del fiscal y de la verdad en el proceso. Mientras que en los sistemas acusatorios parte de su deber es

[114] "En todas las investigaciones criminales, el acusado gozará del derecho a un juicio rápido y justo…". Enmienda Sexta de la Constitución de los EE. UU.

[115] "En cualquier caso en que no se registre una declaración de culpabilidad, el juicio debe comenzar dentro de los setenta días desde la fecha de registro de la acusación o desde que el acusado haya comparecido ante la corte que tenga cargos pendientes, cualquiera de las dos que ocurra más tarde". Código de Leyes de los EE. UU.: Título 18, Capítulo 208, Apartado §3161, inciso (c) (1).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

alcanzar la reconstrucción de los hechos de manera colaborativa, en los sistemas adversariales solo necesita formular una acusación basada en prueba convincente que eventualmente el acusado podrá rebatir con un estándar probatorio que lo favorece (duda).

En definitiva, la figura del fiscal argentino no está construida exclusivamente sobre su función acusadora tal como se lo concibe en el sistema estadounidense, es decir, como uno de los adversarios de una lucha de dos. Si bien una de sus funciones es la de presentar acusaciones, ello se mezcla con otras tareas y deberes, tales como el de objetividad y de determinar la verdad histórica u objetiva a través de la reconstrucción de los hechos del caso. Esa multiplicidad de funciones, que en parte explica el momento en el que el fiscal se involucra formalmente con el caso, es otro elemento que refuerza la idea del compromiso de las reformas con un ideal acusatorio y no adversarial.

V. Conclusión

El trabajo comenzó con un análisis del pasado constitucional común entre Argentina y los Estados Unidos y el posterior alejamiento de Argentina de la visión adversarial del proceso penal de los EE. UU. En las décadas pasadas, Argentina y muchos otros países latinoamericanos se embarcaron en un proceso de reformas de sus sistemas inquisitivos. El sistema adversarial estadounidense ciertamente fue al menos una guía de las recientes reformas argentinas y a lo largo del trabajo se realizó una comparación entre aquel sistema y algunos ejemplos de procesos reformados.

El estudio realizado a través de distintos aspectos del rol del fiscal a los dos lados del continente demostró que los procesos reformados argentinos están comprometidos con un ideal *acusatorio* más que con uno adversarial. No obstante, la idea de un sistema *acusatorio* no ha sido una categoría relevante de análisis hasta el momento. En derecho comparado, el énfasis se ha colocado usualmente en la dicotomía inquisitivo/adversarial (o adversarial/no adversarial) al analizar los diferentes sistemas procesales.

Las ideas exploradas en el trabajo mostraron que estos procesos no encajan en ninguna de esas dos categorías. No pueden ser considerados inquisitivos ni adversariales, incluso cuando muchas de sus características han sido *traducidas*[116] de ese sistema. Mientras que la oposición entre sistemas adversariales e inquisitivos no toma en cuenta las características esenciales de los sistemas acusatorios

[116] Ver LANGER, *supra* nota 25 para una conceptualización de *trasplantes legales*.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

que los distingue claramente de estos últimos, la dicotomía entre sistemas adversariales y no adversariales asimilaría indebidamente a estos sistemas acusatorios a los inquisitivos en una generalización poco precisa.

Esta caracterización de los procesos *acusatorios* es relevante por varias razones. En primer lugar, su correcta caracterización permite darle coherencia interna a este tipo de sistemas y, a partir de allí, explicar la lógica de su funcionamiento y dotarlo consecuentemente de una coherencia que sea tanto autónoma del modelo inquisitivo que se intenta dejar atrás, como de los esquemas adversariales que, en varios aspectos, no son equiparables.

En segundo lugar, al diferenciarlos de los sistemas adversariales, será más fácil establecer hasta qué punto las normas y las prácticas de aquellos sistemas son relevantes para el contexto argentino. La adopción de reformas procesales novedosas usualmente trae inconvenientes de implementación[117] y el sistema adversarial puede no ser relevante para analizar ciertos aspectos problemáticos del cambio al sistema acusatorio. Además, las reformas que se extienden por todo Latinoamérica no son uniformes[118] y, de igual manera, la comparación con aquellas puede no resultar adecuada dependiendo de si se trata de sistemas más cercanos a un proceso adversarial típico de los EE. UU.[119]

En tercer lugar, ha sido observado por algunos autores que la brecha entre los sistemas de la tradición del *common law* y de Europa continental se ha achicado considerablemente en los últimos tiempos[120]. Si es cierto que los sistemas tradicionalmente inquisitivos se están acercando hacia un sistema de tipo acusatorio (hay muchos ejemplos de esta tendencia especialmente en América Latina pero también en Europa —p.ej., Italia—), ello podría ser un indicador claro de que la brecha efectivamente se está desvaneciendo. La separación de las tareas de investigar y juzgar y la desformalización de la etapa preparatoria del proceso penal son características que ciertamente pueden encontrarse en los sistemas adversariales. Y mientras que los sistemas inquisitivos, hijos de

[117] Sobre inconvenientes de implementaciones de las reformas procesales, ver BINDER, *supra* nota 31, pp. 51-59 y 143-151.
[118] Ver LANGER, *supra* nota 11.
[119] Por ejemplo, muchos fiscales y jueces están siendo entrenados por organizaciones con una aproximación adversarial dentro de América Latina. Un claro ejemplo de ellos es el Centro de Justicia Para las Américas, organización que depende de la OEA con sede en Chile. Como resultado, en estos cursos de entrenamiento se pone énfasis en nociones típicamente adversariales como la de *testigo hostil,* preguntas *cerradas* y *abiertas* que no parecieran ser determinantes en un ambiente acusatorio. Ver DAMAŠKA, *supra* nota 1.
[120] Ver LANGER/ROACH, *supra* nota 45, p. 273, citando el trabajo de BRADLEY, *Criminal Procedure. A Worldwide Study,* California University Press, 2007.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

la tradición continental europea parecían incompatibles con un entendimiento adversarial típico del *common law*, estos nuevos sistemas acusatorios están efectivamente más cerca de esa noción adversarial del mundo anglosajón.

Entonces, estos sistemas acusatorios pueden también ser una mejor fuente de referencia para potenciales reformas de los sistemas adversariales, ya que la estructura general de ambos procesos tiene un grado mucho mayor de compatibilidad entre sí que con los sistemas inquisitivos. Muchas de las fuertes críticas hacia el sistema de los EE. UU. pueden ser pensadas desde una perspectiva acusatoria, especialmente respecto del poder que el fiscal estadounidense tiene en ese sistema y los modos de limitar su discrecionalidad. Se ha analizado cómo, de hecho, los sistemas acusatorios dan mejores respuestas en el control el poder de los fiscales a través de la definición de la objetividad y el deber de reconstrucción de los hechos del caso. Tal vez, estos nuevos sistemas acusatorios puedan llegar a conformar el punto medio o de convergencia entre las jurisdicciones de tradición continental y del *common law* que algunos autores han empezado a detectar.

VI. Bibliografía

AHUMADA, Carolina (2013): "El fin del principio de objetividad y los nuevos desafíos del Ministerio Público Fiscal", en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, disponible en https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37102-fin-del-principio-objetividad-y-nuevos-desafios-del-ministerio-publico-fiscal/ [enlace verificado el día 19 de abril de 2023]

ALSCHULER, Albert W., "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", en *University of Chicago Law Review*, n°. 36, 1968, pp. 50-116,

BINDER, Alberto M., *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad-Hoc, 2012.

BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Hermenéutica del Proceso Penal*, t. I, Ad-Hoc,2013.

BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*, t. II, Ed. Ad-Hoc, 2014.

BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*, t. III., Ad-Hoc, 2017.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

BINDER, Alberto M, *Derecho Procesal Penal: Teoría del proceso composicional. Reparación y pena. Conciliación y mediación. Suspensión del proceso a prueba*, t. IV, Ad-Hoc, 2018.

BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998.

BRADLEY, Craig, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, California University Press, 2007.

BRAUM, Stefan, "Prosecutorial Control of Investigations in Europe: A Call for Judicial Oversight" en LUNA, Eric / WADE, Marianne L., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 67-82.

CAIANIELLO, Michele, "The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?", en LUNA, Eric / WADE, Marianne L., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012, pp. 250-267

DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997

DAVIS, Angela J., *Arbitrary Justice: The Power of the American Prosecutor*, Oxford University Press, 2007

DELMAS-MARTY, Mireille, " The ′Hybridisation′ of Criminal Procedure", en JACKSON, J ./LANGER M./TILLERS, P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška,*, Bloomsbury Publishing, 2008, pp. 251-260

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, t. 1, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2002.

EBERHARD, Schmidt, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1957

ESMEIN, Adhémar, *A History of Continental Criminal Procedure (with special reference to France)*, The Lawbook Exchange, 1914.

GRANDE, Elisabetta, "Dances of Justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth", en JACKSON, J ./LANGER M./TILLERS, P. (eds.), *Crime, Procedure and Evidence in a*

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Comparative and International Context: Essays in honour of Prof. Mirjan Damaška,, Bloomsbury Publishing, 2008, pp. 145-164.

GREEN, Bruce A./ZACHARIAS, Fred C., "Prosecutorial Neutrality", en *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 837-904.

GUZMÁN, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Ed. Del Puerto, 2006.

HELIE, Faustin, *Traité de l'Instruction criminelle ou Théorie du code d'instruction criminelle*, Charles Hingray, 1853.

HOCHMAN, Robert, "Brady v Maryland and the Search for Truth in Criminal Trials", en *University of Chicago Law Review*, n.° 63, 1996, pp. 1673-1705.

KAMISAR, Yale/LA FAVE, Wayne R./ISRAEL, Jerold H./KING, Nancy J./KERR, Orin S./PRIMUS, Eve Brensike, *Modern Criminal Procedure: Cases, Comments and Questions*, West Academic Publishing, 2015.

LANGER, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", en *Harvard. International Law Journal*, n.° 45, 2004, pp. 4-64.

LANGER, Máximo, "Rethinking Plea Bargaining: The practice and reform of prosecutorial adjudication in American Criminal Procedure", en *American Journal of Criminal Law*, n.° 33, 2006, pp. 223-299.

LANGER, Máximo, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, American Joirnal of Comparative. Law, n° 55, 2007, pp. 617-676.

LANGER, Máximo/ROACH, Kent (2013): "Rights in the Criminal Process: 6a case study of convergence and disclosure rights",en TUSHNET, M./FLEINER, T./SAUNDERS, C. (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, 2013.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

LARSEN, Pablo, "El uso de las categorías inquisitivo y acusatorio como un obstáculo para ciertas discusiones sobre el derecho probatorio", en *Revista de derecho Procesal Penal: La verdad en el proceso penal*, n.° II, Rubinzal-Culzoni, 2018, pp. 67-102.

LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre la epistemología jurídica*, 2006, Marcial Pons

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*, t. I, 2004, Editores del Puerto.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal: Parte General. Sujetos Procesales*, t. II., 2003, Editores del Puerto.

MENDAÑA, Ricardo J., "El Ministerio Público y la Dirección de la Investigación Criminal", en YOHMA, Diego García/ MARTÍNEZ, Santiago (coords.), *El Proceso Penal Adversarial*, t. I, , Rubinzal-Culzoni, 2008.

MERRYMAN, John Henry/PEREZ-PERDOMO, Rogelio , *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Standford University Press, 2007.

MILLER, Jonathan M., "The authority of a foreign talisman: A study of U.S. Constitutional practice as authority in Nineteenth century Argentina and the Argentine elite´s leap of faith", en *American University Law Review*, n.° 46, 1997, pp. 1483-1572.

MUELLER, Christopher B. y KIRKPATRICK, Laird C., *Evidence Under the Rules: Text, Cases, and Problems*. Aspen Publishers, 2015.

PASTOR, Daniel, *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Hammurabi, 2015.

PÉREZ BARBERA, Gabriel, "Prueba legítima y verdad en el proceso penal: la independencia metafísica de la verdad", en *Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 52, 2020, pp. 5-29.

PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo, "La Influencia de los Estados Unidos en el Constitucionalismo Argentino", en *Res Pública Argentina*, 2006, pp. 43-76.

PIZZI, William T., "Fact-Bargaining: An American Phenomenom", en *Federal Sentencing Reporter*, Vol. 8, No. 6, 1996, pp. 336-338

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PIZZI, William T., "Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform", en *Ohio State Law Journal*, n.° 54, 1993, pp. 1325-1373

REINMAN, Jeffrey/VAN DENN HAAG, Ernest, "On the Common saying that it is better that Ten Guilty Persons Escape than that One Innocent Suffer: Pro and Con", en *Social Philosophy and Policy*, n.° 7, 1990, pp. 226-248.

ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 2000, Editores del Puerto.

VOLOKH, Alexander, "n Guilty Men", en *University of Pennsylvania Law Review*, n.° 146, 1997, pp. 173-216

VOGLER, Richard, A world view of Criminal Justice, Routledge, 2015.

WHITEBREAD, Charles/SLOBOGIN, Christopher, *Criminal Procedure*, Foundation Press, 2008.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx
En Letra: Derecho Penal
Año VIII, número 16, 2024, pp. 162-185.

Traducciones

Consentimiento afirmativo y deber de diligencia

Tom Dougherty (University of North Carolina, Chapel Hill)*

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2022
Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2022

I. Introducción

Uno de los desarrollos recientes más llamativos en la política de delitos sexuales ha sido la proliferación de políticas de consentimiento afirmativo. Estas políticas varían en sus detalles, pero comparten la cuestión común de prohibir la actividad sexual con alguien que no ha expresado su consentimiento. La política de la Universidad de Yale es un ejemplo representativo:

> La actividad sexual requiere consentimiento, el que se define como un acuerdo positivo, inequívoco y voluntario para participar en una actividad sexual específica durante un encuentro sexual. El consentimiento no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un claro «sí», verbal o de otro tipo.

Mientras que hace una década las definiciones de consentimiento afirmativo eran escasas, hoy en día aparecen en los códigos de más de 1400 universidades en Estados Unidos.[1]

* Traducción del inglés al español de Valentina Pedernera (Universidad Nacional de Córdoba y Universidad de Múnich −becaria doctoral DAAD−); Carlos H. González Bellene (Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Autónoma de Madrid). Título original: "Affirmative Consent and Due Diligence". Publicado en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 46, pp. 90-112, por Wiley Periodicals, Inc. Disponible en https://doi.org/10.1111/papa.12114 [enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023]. La presente traducción se encuentra permitida por la licencia de atribución Creative Commons y fue expresamente autorizada por el autor. Se ha mantenido el formato original de citas.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sin embargo, el derecho penal ha resistido en gran medida esa tendencia. En los Estados Unidos, solo unos pocos estados incluyen en sus normas sobre violación una definición de consentimiento afirmativo y se ha contemplado una definición en las revisiones en curso del Código Penal Modelo del Instituto de Derecho Americano.[2] Pero estas revisiones terminaron definiendo el consentimiento como la voluntad de alguien para participar en una actividad sexual.[3] Según esta

** El autor agradece sus valiosos comentarios y debates a Renee Bolinger, David Braddon-Mitchell, Rowan Cruft, Garrett Cullity, Luara Ferracioli, Dan Halliday, Karen Jones, Jessica Keiser, Simon Keller, Holly Lawford-Smith, Luke Russell, Samuel Shpall, Nic Southwood y Caroline West; a dos editores asociados de *Philosophy & Public Affairs*, y al público de la Universidad de Canterbury, la Universidad de Otago, la Universidad Victoria de Wellington, la Universidad de Adelaida, la Universidad de Melbourne, la Universidad Nacional Australiana, la Universidad de Sidney y la Universidad de Stirling. La investigación para este ensayo contó con el apoyo financiero de un Early Career Leadership Fellows Award del Arts and Research Council, referencia: AH/N009533/1.

[1] La estadística procede del National Center for Higher Education Risk Management, según cita Deborah Tuerkheimer en "Affirmative Consent", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 441-68. Además de la cuestión de cómo definir el consentimiento, hay otros debates sobre cómo deben formularse estas políticas, p. ej., para proteger a los denunciados y ofrecer a los denunciantes las debidas garantías procesales. ¿Deben resolverse las denuncias sobre la base de un criterio de preponderancia de la prueba o de un criterio más allá de toda duda razonable? ¿Deben los denunciados tener derecho a la presencia de un abogado y a interrogar a los testigos, incluidos los y las denunciantes? Para un análisis sobre estas preocupaciones, véase Erin Collins, "The Criminalization of Title IX", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 365-95, en p. 378.

[2] Tuerkheimer describe las leyes de estos Estados de la siguiente manera:

> En Wisconsin, consentimiento «significa palabras o acciones manifiestas por parte de la persona que es competente para dar su consentimiento informado, indicando un acuerdo libremente dado para mantener relaciones sexuales o contacto sexual». […] En Vermont, consentimiento «significa palabras o acciones de una persona que indican un acuerdo voluntario para participar en un acto sexual». […] Por último, en Nueva Jersey, la definición de consentimiento afirmativo no se encuentra en la propia ley, sino en la interpretación que hace de ella el Tribunal Supremo del Estado. En el muy debatido caso State of New Jersey in the Interest of M.T.S., el tribunal sostuvo que el consentimiento requiere «permiso para participar en la penetración sexual [que] debe ser afirmativo y debe darse libremente».

Tuerkheimer, "Affirmative Consent", p. 451, citando respectivamente WIS. STAT. ANN. §940.225(4), VT. STAT. ANN. Tit. 13, § 3251(3), y State *ex rel.* M. T. S., 609 A.2d 1266,1277 (N.J. 1992).

[3] El Código Penal Modelo es formulado por el American Law Institute (ALI). Stephen Schulhofer y Erin Murphy tuvieron la responsabilidad de proponer revisiones al artículo 213 del código, relativo a los delitos sexuales. Este había sido actualizado por última vez en 1962. Además de los delitos graves, con penas máximas de entre 10 años de prisión y cadena perpetua, los sucesivos borradores incluían un delito menor de «relaciones sexuales sin consentimiento», con penas máximas de 1 año de prisión, en el que el consentimiento se definía como «el acuerdo positivo de una persona, comunicado mediante palabras o acciones, de mantener relaciones sexuales o contacto sexual». Esta propuesta fue rechazada por el Consejo del ALI en su reunión anual de 2016. En su lugar, el consentimiento se definió como «la voluntad de una persona de participar en un acto específico de penetración sexual o contacto sexual.» Jennifer Moringo, "Updated ′Consent′ Definition", 19 de diciembre de 2016, http://www.thealiadviser.org/sexual-assault/updated-consent-definition/ https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses/. Consultado el 1.º de abril de 2017 [enlaces verificados el día 21 de septiembre de 2023].

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

definición, la conducta comunicativa de alguien es relevante solo como prueba de lo que está dispuesto a hacer.

Las políticas de consentimiento afirmativo han recibido atención filosófica en la prensa en el contexto de un debate más antiguo acerca de qué es lo que se requiere para que el consentimiento sea moralmente válido.[4] En una formidable crítica de estas políticas, Kimberly FERZAN ha defendido la *perspectiva mental*, según la cual el consentimiento válido solo requiere una elección o intención mental interna.[5] De acuerdo con este punto de vista, siempre que las parejas sexuales poco comunicativas hayan hecho estas elecciones, cada interviniente actuaría de forma permitida. Pero un encuentro sin comunicación constituiría un delito sexual según las políticas de consentimiento afirmativo, y esto preocupa a FERZAN:

[4] En un excelente ensayo que actualmente está siendo revisado, Alexander Guerrero defiende las políticas de consentimiento afirmativo por motivos epistémicos. Basándose en trabajos recientes sobre epistemología, Guerrero sostiene que, dado que el consentimiento sexual es especialmente importante, un agente necesita una cantidad significativa de pruebas del consentimiento de su pareja para creer justificadamente que esta consiente o para actuar de forma no culpable basándose en la creencia de que consiente. Aunque no he podido abordar el ensayo de Guerrero con la extensión que se merece, observo que nuestros argumentos son muy similares en el sentido de que ambos defienden la justificación basada en pruebas de las políticas de consentimiento afirmativo, al tiempo que se mantienen neutrales sobre si una elección mental es suficiente para que el consentimiento sea válido. Nuestros puntos de vista difieren en que el de Guerrero se centra en lo que significa actuar ilícitamente sin el consentimiento sexual de la pareja, mientras que el mío es neutral sobre la cuestión de qué constituye culpabilidad en los delitos sexuales, centrándose en cambio en un deber independiente de diligencia para investigar el consentimiento de la pareja. Fuera del contexto del debate sobre las políticas de consentimiento afirmativo, otros han sostenido que alguien puede ser culpado por cometer un delito sexual a la luz de una creencia irrazonable sobre el consentimiento de su pareja. P. ej., véase: Lois Pineau, "Date Rape: A Feminist Analysis", *Law and Philosophy* 8 (1989): 217-43; David Archard, "The Mens Rea of Rape: Reasonableness and Culpable Mistakes", en *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays on Rape*. ed. K. Burgess-Jackson. (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 213-29; Marcia Baron, "I Thought She Consented", *Philosophical Issues* 11 Social, Political and Legal Philosophy (2001): 1-32; Helen Power, "Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape", *Oxford Journal of Legal Studies* 23 (2003): 379-404; Alexander Guerrero, "The Epistemology of Consent," en *Applied Epistemology*, ed. Jennifer Lackey (Oxford University Press, en imprenta). (*N. de T.*: en esta nota, el autor alude al texto de Alexander A. Guerrero, editado en 2021, disponible en https://doi.org/10.1093/oso/9780198833659.003.0015, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023).

[5] Kimberly Ferzan, "Consent, Culpability, and the Law of Rape", *Ohio State Journal of Criminal Law* 13 (2016): 397-439. Desde el punto de vista de Ferzan, quien da el consentimiento debe decidir que la acción de otra persona "le parece bien". Como respuestas alternativas desde la *perspectiva mental* sobre qué constituye el consentimiento de una conducta, Heidi Hurd propone tener la intención de que alguien realice esa conducta; Larry Alexander plantea tener la intención de renunciar a oponerse a la acción; Peter West propone, en diferentes momentos, desear la acción, consentir mentalmente la acción y elegir la acción, y Victor Tadros postula intentar comunicar que alguien puede realizar esta acción (permitiendo que este intento podría ser totalmente mental si alguien pensara que es telepático). Heidi Hurd, "The Moral Magic of Consent", *Legal Theory* 2 (1996): 121-46; Larry Alexander, "The Moral Magic of Consent II", *Legal Theory* 2 (1996): 165-74; Larry Alexander, "The Ontology of Consent", *Analytic Philosophy* 55 (2014): 102-13; Peter Westen, *The Logic of Consent* (Ashgate: Ashgate Publishing, 2004); Victor Tadros, *Wrongs and Crimes* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Si […] se castiga a los potenciales acusados para provocar un cambio social o proteger a las mujeres mediante la creación de normas profilácticas, entonces estamos castigando individuos que no son culpables de lo que realmente nos preocupa (el sexo no consensuado) con el fin de lograr nuestro objetivo (una mejor y más precisa comunicación acerca del consentimiento). Estamos castigando a personas moralmente inocentes. Deberíamos detenernos antes de castigar inocentes en nombre del bien colectivo.[6]

Pero la *perspectiva mental* del consentimiento no es la única que se ha planteado. Su rival es la *perspectiva conductual*, según la cual alguien presta consentimiento válido solo si con su comportamiento indica que ha decidido permitir la acción en cuestión.[7] Desde este punto de vista, los encuentros sin una comunicación clara no estarían moralmente permitidos. Sobre esta base, he provisto una defensa parcial de las políticas de consentimiento afirmativo en trabajos previos.[8]

---

[6] Ferzan, "Consent, Culpability and the Law of Rape", p. 421.

[7] Los partidarios de la *perspectiva conductual* pueden exigir además que el receptor del consentimiento interprete correctamente este comportamiento como indicativo de consentimiento. Pueden, además, sostener que es necesaria una elección o intención mental para que el consentimiento sea válido. Para opiniones que respaldan el punto de vista conductual, véase Joel Feinberg, *Harm to Self* (Nueva York: Oxford University Press, 1986); Pineau, "Date Rape"; Heidi Malm, "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape", *Legal Theory* 2 (1996): 147-64; David Archard, *Sexual Consent* (Oxford: Westview Press, 1998); Baron, "I Thought She Consented"; Alan Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003); Joan McGregor, *Is It Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously* (Ashgate: Ashgate Publishing Limited, 2005); Seana Shiffrin, "Promising, Intimate Relationships and Conventionalism", *Philosophical Review* 177 (2008): 481-524; Franklin Miller y Alan Wertheimer "Preface to a Theory of Consent Transactions: Beyond Valid Consent", en *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, ed. Franklin Miller y Alan Wertheimer (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp. 79-106; Japa Pallikkathayi, "The Possibility of Choice: Three Accounts of the Problem with Coercion", *Philosophers' Imprint* 11 (2011): 1-20; Govert Den Hartogh, "Can Consent be Presumed?", *Journal of Applied Philosophy* 28 (2011): 295-307; David Owens, *Shaping the Normative Landscape* (Oxford: Oxford University Press, 2012); Richard Healey, "The Ontology of Consent: A Reply to Alexander", *Analytic Philosophy* 56 (2015): 354-63; Tom Dougherty, "Yes Means Yes: Consent as Communication", *Philosophy & Public Affairs* 43 (2015): 224-53; Neil Manson, "Permissive Consent: A Robust Reason-Changing Account", *Philosophical Studies* 173 (2016): 3317-34.

[8] Una de las deficiencias de mi discusión previa sobre las políticas de consentimiento afirmativo fue que no abordé la cuestión de las sanciones adecuadas por infringir estas políticas (en Dougherty, "Yes Means Yes"). Aunque Ferzan apela a la *perspectiva mental* para proporcionar su línea central de argumentación contra las políticas de consentimiento afirmativo, también sostiene que los defensores de la *perspectiva conductual* deberían preocuparse por algunas de estas políticas, dado que las omisiones pueden constituir comunicación en determinadas circunstancias. Este argumento causaría problemas en el caso de las políticas que no permiten que cualquier omisión cuente como comunicación inequívoca, pero no en el caso de las políticas que solo exigen una comunicación inequívoca (ya sea por acción u omisión). Volveré sobre esta cuestión en la sección V,

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Hasta ahora, el debate sobre las políticas de consentimiento afirmativo no ha explorado la posibilidad de que estas políticas puedan tener una justificación aceptable tanto para los partidarios de la *perspectiva mental* como para los de la *perspectiva conductual*. En este ensayo articularé el siguiente razonamiento independiente: cada uno de nosotros tiene un *deber de diligencia*[*] que nos obliga a tomar las medidas adecuadas para investigar si nuestras parejas sexuales están dispuestas a mantener relaciones sexuales. Pero, asumiendo que alguien tiene pruebas suficientes de que su pareja está dispuesta a mantener relaciones sexuales solo cuando ella haya expresado claramente esa disposición, el *deber de diligencia* implicaría que las políticas de consentimiento afirmativo solo deberían sancionar comportamientos que sean incorrectos en sí mismos. Es decir, deberían sancionar a las personas que no se han cerciorado debidamente de que sus parejas estaban dispuestas a mantener relaciones sexuales. Siempre que prevean sanciones proporcionales a la incorrección de este tipo de conductas sexuales, estas políticas aportan una razón para su defensa. Pero, al reflexionar sobre las excepciones en las que esta proporcionalidad no se cumple, el *deber de diligencia* sugiere una manera alternativa de formular políticas de delitos sexuales que permite alcanzar los objetivos de las políticas de consentimiento afirmativo: sugiere que estas políticas podrían simplemente prever un análogo institucional al *deber de diligencia*. En otras palabras, podrían sancionar directamente a alguien por tomar parte en la actividad sexual sin investigar adecuadamente si su pareja estaba dispuesta a participar en ella.

Dado que los defensores de la *perspectiva mental* pueden aceptar que cada uno de nosotros tenga el *deber de diligencia*, pretendo permanecer neutral en el debate entre esta perspectiva y la *perspectiva conductual*. En otras palabras, no pretendo resolver aquí la cuestión sobre qué es el consentimiento moralmente válido. Además, como mi interés se centra en determinar qué acciones deberían estar prohibidas por las leyes y los códigos, pretendo mantenerme neutral en la cuestión ortogonal sobre

cuando analice las modificaciones de las actuales políticas de consentimiento afirmativo (Ferzan, "Consent, Culpability and the Law of Rape", p. 412).

[*] *N. de T.*: el texto original refiere a «Duty of Due Diligence» que, literalmente, debería traducirse como «deber de diligencia debida». Esta expresión, que en español suena redundante, tiene que ver con una sutil diferencia entre «deber de diligencia» y «deber de diligencia debida» que se aplica especialmente al ámbito empresarial del derecho anglosajón. La primera expresión alude a la obligación de actuar con cuidado y diligencia en la toma de decisiones y la realización de actividades; mientras que la segunda a la obligación de tomar medidas razonables y adecuadas para prevenir o evitar daños o violaciones de derechos. (Cfrme. UNCTAD, "Live Implementation Matrix: Fostering Investment Reforms for Sustainable Development", disponible en https://unctad.org/publication/live-implementation-matrix-fostering-investment-reforms-sustainable-development, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023). Sin perjuicio de ello, hemos optado por emplear las expresiones «deber de diligencia» o «diligencia debida», dado que el presente trabajo se refiere al ámbito sexual, donde no se aplica la diferencia mencionada. Con esta aclaración queda claro su significado en español y se evita la redundancia.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

qué constituye culpabilidad a efectos de castigar a alguien que realiza una conducta prohibida. En general, no se discute que alguien puede ser culpado en virtud de participar *a sabiendas* en una conducta o en virtud de estar al tanto, de modo *imprudente*, de que está asumiendo un riesgo excesivo al llevar a cabo una conducta. Pero la controversia se centra en establecer cuándo es apropiado, si es que lo es, castigar a alguien que realiza una conducta a título de *negligencia*. A grandes rasgos, alguien actúa de forma negligente cuando no es consciente de que existe al menos un riesgo significativo de que esté actuando de forma inadecuada, pero debería haber sido consciente de ese riesgo.[9]

Mientras que la mayoría de la gente tiene la intuición de que al menos a veces podemos ser culpados por actuar con negligencia, algunos sostienen que esta intuición induce a error. P. ej., sobre la base de que la culpabilidad siempre requiere una decisión de asumir riesgos, Larry ALEXANDER y Kimberly FERZAN sostienen que «el derecho penal basado en la culpabilidad no incluye responsabilidad por negligencia».[10] Incluso entre la mayoría de los que creen que algunas formas de negligencia fundamentan la culpabilidad, hay un ulterior debate sobre cuáles formas de negligencia se requieren.[11] Personalmente, soy partidario del argumento según el cual alguien puede

[9] La mayoría de los teóricos coinciden con el artículo 2.02 (2)(d) del Código Penal Modelo (1985) en definir la negligencia en términos de asunción inadvertida de riesgos. Sin embargo, otros consideran que la negligencia abarca algunas formas de asunción deliberada de riesgos. Véase Michael Moore y Heidi Hurd, "Punishing the Awkward, the Stupid, the Weak and the Selfish: The Culpability of Negligence", *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011): 147-98, p. 150; Kenneth Simons, "When is Negligent Inadvertence Culpable? Introduction to Symposium, Negligence in Criminal Law and Morality", *Criminal Law and Philosophy* 5 (2011): 97-114, p. 106. Ferzan afirma que «la imprudencia es la *mens rea* por defecto en el Código Penal Modelo», y el castigo de los negligentes va en contra de los principios del Derecho penal: "Consent, Culpability and the Law of Rape", pp. 416, 427. Kenneth Simons señala que el Código Penal Modelo incluye un delito de homicidio por negligencia en su obra "When is Negligent Inadvertence Culpable?", p. 108.

[10] Larry Alexander y Kimberly Ferzan, *Crime and Culpability: A Theory of the Criminal Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), pp. 71, 85. Véase también: Matt King, "The Problem with Negligence", *Social Theory and Practice* 35 (2009): 577-95.

[11] Algunos sostienen que la negligencia es culpable solo cuando puede remontarse a una elección o acto culpable anterior. Así, Holly Smith, "Culpable Ignorance", *Philosophical Review* 92 (1983): 543-71; Michael Zimmerman, "Negligence and Moral Responsibility", *Nous* 20 (1986): 199-218; Gideon Rosen, "Culpability and Ignorance", *Proceedings of the Aristotelian Society* 103 (2003): 61-84; Neil Levy, "Culpable Ignorance and Moral Responsibility: A Reply to Fitzpatrick", *Ethics* 119 (2009): 729-41; Moore y Hurd, "Punishing the Awkward". Otros adoptan un enfoque más amplio de la negligencia culpable. Victor Tadros, Kenneth Simons y William Fitzpatrick sostienen que la negligencia también es culpable cuando se deriva de ciertos defectos de carácter; H.L.A. Hart y Steven Garvey sostienen que la negligencia también es culpable cuando se deriva de un fallo en el ejercicio de una capacidad y Joseph Raz sostiene que la negligencia también es culpable cuando se deriva de un mal funcionamiento racional. Victor Tadros, *Criminal Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 254; Kenneth Simons, "Punishment and Blame for Culpable Indifference", *Inquiry* 58 (2014): 143-67; William Fitzpatrick, "Moral

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ser culpado por cometer un delito en virtud de la ignorancia que resulta de su falta de cuidado para asegurarse de que no estaba cometiendo la ofensa. Si esta afirmación es correcta, entonces la violación culpable del *deber de diligencia* podría convertir a alguien en culpable a título de negligencia por mantener relaciones sexuales no consentidas. Pero no insistiré en esta cuestión, ya que no es necesario para mi argumento central. Incluso si resultara que solo el conocimiento o la imprudencia fueran motivos de culpabilidad, alguien podría ser adecuadamente castigado por no cumplir –a sabiendas o por imprudencia– el *deber de diligencia*.

II. Consentimiento afirmativo

Comencemos por examinar más detenidamente los detalles de las políticas de consentimiento afirmativo, utilizando como guía la política de Yale citada anteriormente. Esta contiene un rasgo característico de las políticas de consentimiento afirmativo, a saber, que el consentimiento no puede inferirse del mero hecho de que alguien no se niegue expresamente a mantener relaciones sexuales ("El consentimiento no puede deducirse de la ausencia de un 'no'"). En lugar de ello, se debe indicar activamente la voluntad de involucrarse en la actividad sexual. La política de Yale es flexible en cuanto a la forma que puede adoptar este comportamiento, en tanto señala que no es necesario que sea verbal. En consecuencia, el lenguaje corporal, los gestos o las acciones podrían contar como medios para comunicar el consentimiento. Se trata de una característica sensata de esta política, dado que nos comunicamos de forma no verbal en diversos contextos. Fruncimos el ceño para mostrar que no estamos de acuerdo con la propuesta de alguien, y corremos los pies en un asiento del transporte público para indicar que aceptamos que otro pasajero se siente a nuestro lado. Pero también hay un aspecto en el que la política es exigente: requiere que esta comunicación sea clara o inequívoca. Así que, si alguien murmura o si su conducta pudiera interpretarse razonablemente en más de un sentido, entonces —según esta política— no habría consentimiento.

Las políticas de consentimiento afirmativo pueden considerarse los últimos ejemplos de una tendencia progresista que se aleja de la idea de que las víctimas tienen la responsabilidad de resistirse a las agresiones sexuales. Contra el trasfondo histórico de las políticas que implicaban que no se había cometido ningún delito a menos que la víctima se resistiera —y de las políticas que reconocían

Responsibility and Normative Ignorance: Answering a New Skeptical Challenge", *Ethics* 118 (2008): 589-613; H.L.A. Hart, "Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility", en *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1968); Steven Garvey, "What's Wrong with Involuntary Manslaughter?", *Texas Law Review* 85 (2006): 333-83; Joseph Raz, "Responsibility and the Negligence Standard", *Oxford Journal of Legal Studies* 30 (2010): 1-18.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

un delito solo cuando la víctima "se resistía al máximo"—; las políticas de consentimiento afirmativo adoptan la postura según la cual la víctima ni siquiera tiene que indicar que no desea mantener relaciones sexuales. En su lugar, la regla por defecto es que no está permitido tener contacto sexual con alguien, a menos que esa persona haya indicado claramente que está permitido.

Pero, al tratar de proteger la autonomía sexual de los individuos, las políticas de consentimiento afirmativo atrapan en su estela encuentros mutuamente aceptados, como los siguientes:

> *Falta de expresión*. A y B tienen predisposición para que B penetre sexualmente a A. Sin embargo, A y B son inexpertos y están nerviosos, por lo que no intentan comunicar que ambos están dispuestos. Aunque B piensa que, muy probablemente, A tiene predisposición para que B le penetre, no está totalmente seguro de ello. Sin embargo, B no se atreve a preguntarlo y teme que, al hacerlo, demuestre inexperiencia. Además, B supone que A se negará expresamente si no tiene esa predisposición. B penetra a A.

Si esta interacción se produjera en Yale, el código de la universidad indicaría que B ha mantenido un contacto sexual sin el consentimiento de A, aunque A aceptara que se produjera el encuentro sexual. Por supuesto, la voluntad de A puede hacer que sea menos probable que A presente una denuncia. Pero si la relación entre A y B empeorase, entonces A estaría en su derecho de presentar tal denuncia. Del mismo modo, como el código de Yale exige una comunicación inequívoca, implica que también se ha cometido un delito en un caso como este:

> *Ambigüedad*. C intenta comunicar que tiene predisposición para que D le penetre sexualmente. Pero como C no tiene experiencia y tiene nervios, sus intentos de comunicación son ambiguos. Aunque D piensa que, muy probablemente, C tiene predisposición a que D le penetre, D no tiene total seguridad de ello. Sin embargo, D no se atreve a preguntarlo y le preocupa que hacerlo indique inexperiencia. Además, D supone que C se negará si no lo desea. D penetra a C.

Como C no se ha comunicado de forma inequívoca, la política de Yale implica que D carece del consentimiento sexual de C, a pesar de que este haya intentado comunicar su voluntad a favor de que la actividad sexual tenga lugar.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Estas implicaciones ponen en duda las políticas de consentimiento afirmativo, ya que estos casos no parecen implicar una agresión sexual grave. Sin embargo, la importancia de las políticas de consentimiento sexual se deriva de su rol en la prevención y sanción de agresiones sexuales. Un paradigma de este tipo de agresiones no se ejemplifica en los casos de *falta de expresión* y de *ambigüedad*, sino en casos como este:

> *Contra la voluntad*. E tiene predisposición a participar en una actividad sexual menor con F, pero no para que F le penetre. Pero como E no tiene experiencia y tiene nervios, no le expresa a F los tipos de actividad sexual en los que tiene disposición a participar. Aunque F piensa que, muy probablemente, E tiene predisposición a que F le penetre, F no tiene total seguridad de ello. Sin embargo, a F le da miedo preguntar y le preocupa que, al hacerlo, demuestre inexperiencia. Además, F supone que E se negará si no desea el acto. F penetra a E.

En este caso, E es objeto de una penetración sexual en contra de su voluntad. Se trata de una grave violación de su autonomía personal y, sin dudas, también será una experiencia angustiante que conducirá a un serio daño psicológico.

Al contrastar el caso *contra la voluntad* con el caso de *ambigüedad* y de *falta de expresión*, pretendo señalar qué tipo de delito sexual se ha cometido —si es que se ha cometido alguno—. Vale la pena subrayar que estos puntos no se refieren a la culpabilidad del agente por su comportamiento. Tal y como están esbozados los casos, B, D y F tienen una situación epistémica similar. Como la culpabilidad de un agente depende de su situación epistémica, puede ser que cada agente sea culpable en el mismo grado. Pero ello no implica que la conducta de cada uno sea moralmente equivalente. F ha penetrado a E en contra de su voluntad, mientras que ni B ni D han penetrado a nadie en contra de su voluntad. Penetrar a alguien en contra su voluntad es un delito particularmente grave. Pasaríamos por alto esta característica si evaluáramos la conducta de cada agente únicamente a partir de su propia situación probatoria. Esta evaluación no toma en cuenta los diferentes efectos en la víctima, y estos efectos tienen que ver con el grado de perjuicio que se le causa.

Así, el caso *contra la voluntad* ejemplifica la forma más grave de delito sexual. Pero, para sancionar un delito sexual en el caso *contra la voluntad*, no es necesaria una política de consentimiento afirmativo. Dado que E no desea que F le penetre, podemos explicar la incorrección de la conducta

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de F en términos de los estados mentales de E. P. ej., las revisiones del Código Penal Modelo propuestas considerarían como no consentida esta interacción a la luz de la ausencia de la «voluntad de E de participar en un acto específico de penetración sexual o de contacto sexual».[12] Así, la preocupación de que las políticas de consentimiento afirmativo sean demasiado sobreinclusivas se vería agravada por la preocupación de que sean innecesarias para sancionar las agresiones sexuales graves.

III. *El deber de diligencia*

Incluso los que apoyamos ampliamente las políticas de consentimiento afirmativo deberíamos reconocer una idea central en el núcleo de esta crítica: hay una clara diferencia moral entre los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, por un lado, y el caso *contra la voluntad*, por otro. Independientemente de lo que pensemos del comportamiento de B y D en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, F comete algo mucho más grave en el caso *contra la voluntad*. Negar esto es sostener —de modo inverosímil— que la perspectiva de la víctima, su experiencia durante el encuentro y los efectos que el encuentro tiene para ella no son importantes para definir la gravedad del ilícito. Volveremos a este punto más adelante pero, por ahora, señalemos que aun si se ha cometido un agravio en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*, no es el tipo más grave de ofensa sexual, y las sanciones de cualquier política deberían reflejar esto.

Esta observación es acertada, pero no demuestra por sí sola que una política de consentimiento afirmativo no se justifique por el hecho de sancionar un comportamiento moralmente permisible. Queda la posibilidad de que B y D hayan cometido una infracción más leve.[13] De hecho, argumentaré que tal es el caso.

Creo que debería incomodarnos la forma en que B y D actúan en estos casos. De hecho, esperaríamos que nadie que nos importe actuara de esta manera o estuviera en la posición de A o C. Cuando evaluamos qué es lo incorrecto en la conducta de cada agente, el candidato natural es que el agente ha procedido sin cerciorarse de que su pareja estuviera dispuesta a tener relaciones sexuales. Mientras su pareja no haya indicado claramente que está dispuesta, el agente no sabe si

[12] Moringo, "Updated 'Consent' Definition".
[13] Este es un punto con el que los defensores de la *perspectiva conductual* deberían estar de acuerdo. Quien defiende esta perspectiva debería sostener que para que A y C consientan válidamente debe darse el caso de que tanto A como C hayan decidido permitir la actividad sexual, y que hayan expresado esta decisión. Una vez adoptada esta postura, quien defiende la *perspectiva conductual* es libre de sostener que está mal mantener relaciones sexuales con alguien que ha decidido consentir sin expresar su decisión, pero que es mucho peor mantener relaciones sexuales con alguien en contra de su voluntad.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

consiente. Para que B o D sepan que A y C tienen predisposición para mantener relaciones sexuales, A y C tendrían que expresar esta voluntad mediante su comportamiento. A su vez, el hecho de que el receptor del consentimiento no se asegure de que su pareja está dispuesta, sugiere que no está actuando de una forma que exprese preocupación suficiente por la voluntad de ella. Si el receptor del consentimiento hubiera actuado de un modo que expresara mayor preocupación, entonces se habría esforzado más para determinar si su pareja estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales. Siguiendo esta línea de pensamiento, deberíamos concluir que el receptor del consentimiento ha actuado de modo no permitido al no expresar la debida preocupación por la autoridad de la otra persona sobre sus límites personales.

Para desarrollar esta noción, empecemos con la idea general de que la agencia moral responsable no solo implica actuar de formas que creamos que son moralmente permisibles. También implica tratar de formarse creencias precisas sobre cuáles acciones son moralmente permisibles. Es plausible que esto implique una reflexión de antemano sobre lo que la moralidad requiere de nosotros, así como investigar empíricamente los efectos de nuestras acciones. Esta idea general se aplica a todo lo que moralmente debemos hacer. Así, si tenemos el deber de preservar la Gran Barrera de Coral para preservar su valor intrínseco, entonces debemos evaluar si nuestras acciones contribuyen al blanqueamiento del coral. Este deber de investigación impersonal no es debido a nadie en particular.

Sin embargo, cuando nuestras acciones afectan a otras personas, no solo tenemos un deber de investigación impersonal para descubrir lo que debemos hacer. También tenemos deberes de investigación específicos para con esas personas. Si tu acción puede perjudicar a Jane o infringir sus derechos, entonces le debes a Jane la tarea de reunir pruebas sobre si tu acción lo hace. En términos más generales, por cada deber que tenemos de respetar los derechos de otra persona, tenemos el deber correlativo de investigar si nuestra acción respetará sus derechos. No se trata solo de decir que alguien que no haya llevado a cabo estas investigaciones sería una mala persona. También se trata de decir que esas investigaciones les son exigibles. Si alguien nos pidiera que investigáramos el estatus moral de sus acciones, nuestro consejo sería que debe hacerlo ella y, si se mostrara reticente a hacerlo, le exigiríamos que lo hiciera.

Podemos aplicar esta idea al consentimiento. Supongamos que alguien está considerando la posibilidad de realizar una acción para la que necesita el consentimiento de otra persona. El agente tendría el deber de investigar si la otra persona está consintiendo. También debería averiguar qué

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

está consintiendo la otra persona. Un fundamento plausible de este deber es que su incumplimiento es una forma de falta de respeto. Como dice Peter Westen,

> Los acusados pueden infligir dos tipos de daños ilícitos a las víctimas de los delitos cometidos en contra de su consentimiento: daño primario de someterlas a una conducta sin que la hayan elegido subjetiva y voluntariamente para sí mismas; y el daño menor a la dignidad de manifestar una *disposición* o *voluntad* de someterlas a ese daño primario.[14]

En este contexto, el daño a la dignidad es el daño de ser tratado irrespetuosamente –de una manera que somete a la víctima a una indignidad–. Si bien Westen se centra en el daño a la dignidad que supone llevar adelante la voluntad de someter a alguien a una actividad no consensuada, es plausible que el daño a la dignidad también sea infligido por un agente que actúa como si estuviera dispuesto a someter a esta persona a una actividad no consensuada.[15]

Ahora bien, si un agente no investiga adecuadamente si la otra persona está dispuesta a participar en esa actividad, entonces ese agente estaría actuando como si estuviera dispuesto a someter a esta persona a una actividad no consensuada. Por tanto, este agente tendría la obligación de investigar, asumiendo que planea realizar una acción para la que se requiere el consentimiento. Si, por el contrario, el agente opta por retirarse y no hacer nada, entonces no tendría el deber de investigar si la otra persona está dando su consentimiento. Por tanto, el deber de investigación tiene una forma disyuntiva: exige, o bien la inacción, o bien la investigación. Para captar esta idea, deberíamos formular el deber de la siguiente manera:

> *Deber de diligencia*
>
> Si X necesita el consentimiento de Y para realizar la acción A, entonces X tiene un *deber de diligencia* frente a Y con respecto a la realización de A por parte de X. X evita incumplir este deber si y solo si

[14] Westen, *Logic of Consent*, p. 161.
[15] Agradezco a un editor asociado por señalarme este punto.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> O bien (i) X se abstiene de realizar A;
>
> O (ii) X ha investigado adecuadamente que Y ha decidido que está dispuesto a que X realice A.

Incluyo el calificativo «con respecto a la realización de A por parte de X» para reconocer que puede haber otras formas en las que X podría faltarle el respeto a Y al no tener la debida diligencia con respecto a ella.[16] Tal vez haya margen para seguir discutiendo acerca de cómo debería formularse el principio. Pero la idea central es que, para cualquier acción para la que se requiera el consentimiento de alguien, el principio impone al agente correspondiente un *deber de diligencia*. El agente incumple este deber si realiza la acción sin haber investigado adecuadamente si la persona está dispuesta a realizarla.

La expresión «investigar adecuadamente» es deliberadamente vaga, dado que las formas adecuadas de investigación se vinculan con el contexto. Dependerá de si se trata de un consentimiento «de baja entidad», como el consentimiento para usos menores de la propiedad de otro, o de un consentimiento «de alta entidad», como la cirugía médica invasiva. Lo que se considere una investigación adecuada también dependerá de los costes de la investigación. Supongamos que alguien tiene buenas pruebas de que la otra persona está prestando su consentimiento. Si le resulta oneroso seguir investigando, puede considerarse que ha investigado adecuadamente el asunto. Pero, si la investigación adicional no tuviera coste, el agente tendría que llevarla a cabo.

Los defensores de la *perspectiva mental* del consentimiento pueden adherir al *deber de diligencia*. Al igual que la *perspectiva conductual*, la *perspectiva mental* solo se refiere a lo que se necesita para que alguien preste un consentimiento válido que le exima del deber primario de no interferir en la persona o la propiedad de otro. Por el contrario, el *deber de diligencia* es un deber secundario que regula los pasos que alguien debe dar para asegurarse de que está cumpliendo el deber primario. Se podría sostener que el consentimiento válido es un estado mental, y seguir sosteniendo que tenemos el deber adicional de investigar adecuadamente si la otra persona tiene los estados mentales requeridos. De hecho, en todo caso, postular el *deber de diligencia* ayuda a la *perspectiva mental* en la discusión con la *perspectiva conductual* en el siguiente aspecto. En ese debate, desde la *perspectiva conductual* suele argumentarse que el consentimiento debe ser público para que su receptor pueda

[16] Agradezco a un editor asociado por señalar que esta matización es necesaria, en la medida en que un agente puede tratar a alguien irrespetuosamente si no considera su consentimiento para una posible acción, aunque el agente acabe no realizando la acción.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tener acceso epistémico a él.[17] Pero esta argumentación se ve socavada al plantear el *deber de diligencia*. Si el receptor del consentimiento cumpliera este deber, entonces mejoraría su acceso epistémico al consentimiento. Así pues, en la medida en que consideremos una virtud que los principios normativos que rigen el consentimiento hagan más probable que todas las partes tengan un conocimiento común sobre si cada una de ellas está dispuesta a permitir un encuentro, este fin epistémico puede lograrse incluyendo el *deber de diligencia* en este conjunto de principios, sin necesidad de adoptar la *perspectiva conductual*.

Permítanme aclarar mi propuesta comparándola con otra idea. He señalado al principio que, al abordar qué acciones deberían estar prohibidas por las leyes o los códigos, me mantengo neutral en la controversia sobre lo que se necesita para que alguien sea culpable de realizar una acción prohibida. En el marco de esa controversia, algunas personas han argumentado que, si un agente cree irrazonablemente que su pareja presta consentimiento para mantener relaciones sexuales, entonces ese agente puede ser castigado adecuadamente por agresión sexual. Esta propuesta está motivada por una preocupación por casos como el caso *contra la voluntad*, en el que F comete el delito sexual de penetrar a E contra su voluntad, mientras cree que E tiene disposición para ello.

La propuesta sería que, si F mantiene esta creencia en el consentimiento de E de forma negligente, entonces F es culpable por el delito sexual y puede ser castigado. Aunque este argumento coincide con la intuición de muchas personas, depende de la adopción de una perspectiva controvertida de la culpabilidad. Como hemos visto, algunos filósofos niegan que la negligencia sea un motivo de culpabilidad apropiado para el castigo.[18] No es necesario que tomemos partido en esta controversia cuando apoyamos el *deber de diligencia* como un deber que nos debemos unos a otros. Al respaldar este deber, estamos adoptando una postura sobre cuándo alguien se ha comportado de forma moralmente aceptable y cuándo su comportamiento es moralmente inadmisible. Como la permisividad de una acción es distinta de la culpabilidad del agente por realizarla, no estamos tomando posición sobre cuándo el comportamiento de alguien es culpable. En consecuencia, el *deber de diligencia* puede ser postulado incluso por los teóricos que adoptan una perspectiva estrecha de la culpabilidad, basada únicamente en el conocimiento o la imprudencia.

IV. Un nuevo fundamento para las políticas de consentimiento afirmativo

[17] Healey "The Ontology of Consent"; Dougherty, "Yes Means Yes".
[18] En el contexto de la crítica a las políticas de consentimiento afirmativo, Ferzan cuestiona extensamente esta propuesta en "Consent, Culpability and the Law of Rape".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Hagamos un balance. Observamos que las políticas de consentimiento afirmativo implican que se han cometido delitos en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*. Así que buscamos ilícitos plausibles cometidos por los agentes relevantes y esto nos llevó a plantear el *deber de diligencia*. Dado que estos agentes infringen ese deber, las políticas de consentimiento afirmativo sancionarían a los infractores en los casos de *falta de expresión* y *ambigüedad*. ¿Significa esto que hemos alcanzado un fundamento normativo para estas políticas?

No. El cumplimiento del *deber de diligencia* no requiere un comportamiento expresivo por parte del otorgante del consentimiento. Consideremos el siguiente caso:

> *Distracción*. Anya envía un correo electrónico a su amiga Brittney para preguntarle si puede tomar prestado su coche durante el resto del día. A Brittney le parece bien. Pero antes de que Brittney pueda escribir un correo electrónico en respuesta, se distrae con un alboroto en su oficina. Mientras Brittney atiende la conmoción, Camila escribe disimuladamente un correo electrónico de respuesta desde la cuenta de Brittney diciendo que está bien que use el coche y lo firma «Brittney». Anya lee ese correo electrónico y toma prestado el coche.

Brittney ha decidido consentir la acción de Anya. Además, Anya ha cumplido con su *deber de diligencia*, al investigar adecuadamente si Brittney está dispuesta a que ella tome el coche. Anya tiene la creencia justificada de que Brittney ha indicado que está dispuesta a que utilice el coche. Sin embargo, Brittney no ha expresado que esté dispuesta a que Anya utilice el coche, porque se distrajo antes de poder hacerlo. Esto demuestra que el comportamiento expresivo del otorgante del consentimiento no es necesario para que su receptor cumpla su *deber de diligencia*.

Aun así, este resultado se mantiene debido a las características especiales del caso de la *distracción*. Aquí se trata de un consentimiento para el uso de una propiedad impersonal. Hay al menos dos características distintivas de este tipo de consentimiento. En primer lugar, se trata de un tipo de consentimiento de escasa entidad. En segundo lugar, el otorgante del consentimiento puede utilizar el bien a distancia del receptor del consentimiento. En conjunto, estas características hacen que sea apropiado que el receptor del consentimiento investigue la voluntad de la otra persona a través del correo electrónico. La considerable comodidad del correo electrónico compensa su ligera falta de fiabilidad. Exigir a Anya que visite a Brittney en la oficina o incluso que la llame por teléfono

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sería excesivo. E incluso esos métodos podrían no frustrar a Camila si fuera la gemela idéntica de Brittney, o capaz de imitar la voz de Brittney…

Contrastemos esto con el consentimiento sexual. En un encuentro sexual, un agente se encuentra muy cerca de su pareja, por lo que —al menos usualmente— la investigación adecuada no podría completarse sin que su pareja sexual tuviera un comportamiento comunicativo claro en esas circunstancias. En este caso, es significativo que el consentimiento sexual sea un paradigma de consentimiento de alta entidad, y esta característica incrementa la carga de investigación de los intervinientes en el acto sexual para esclarecer la voluntad de la otra parte de mantener relaciones sexuales. Esta carga debe entenderse en función del tipo de pruebas que deben recabarse. El agente tendría que haber encontrado pruebas claras e inequívocas de la voluntad de su pareja de mantener relaciones sexuales. Además, como ha argumentado Jennifer LACKEY, el agente tendría que recibir estas pruebas de un testimonio de primera mano de su pareja; dada la entidad de lo que está en juego, basarse en el testimonio de terceros no sería apropiado.[19]

Esto no quiere decir que se niegue un papel probatorio a las circunstancias de fondo. Al fin y al cabo, el significado de todo comportamiento comunicativo depende del contexto en el que se produce. Incluso un enunciado como "¡quiero acostarme contigo ahora mismo!" solo puede expresar el consentimiento sexual en razón de las convenciones de fondo que rigen el idioma del que se trata. Además, la interpretación adecuada del comportamiento implícito o no verbal está influenciada por la relación entre los intervinientes, así como por sus interacciones previas. P. ej., si dos hombres se han conocido recientemente a través de una aplicación para teléfonos que se utiliza exclusivamente para facilitar encuentros sexuales casuales, esa evidencia influirá en la forma de interpretar las comunicaciones posteriores entre sí. Del mismo modo, si "un principio central de su religión es que el sexo solo deba tener lugar en el contexto de un matrimonio —religión que usted ha abrazado desde la infancia—, y usted habla con frecuencia acerca de cómo sus creencias religiosas son fundamentales para su identidad como persona", entonces esto influirá en cómo interpretar si está consintiendo tener relaciones sexuales, independientemente del enunciado.[20] En general, deslindarse del *deber de diligencia* exige tener en cuenta todas las pruebas disponibles, incluido el contexto de fondo.

[19] Jennifer Lackey defiende esta idea en "Sexual Consent and Epistemic Agency", en *Applied Epistemology*, ed. Jennifer Lackey (Oxford University Press) (de próxima publicación). (*N. de T.*: la obra fue publicada en 2021, se encuentra disponible en https://doi.org/10.1093/oso/9780198833659.003.0014, enlace verificado el día 21 de septiembre de 2023).
[20] Lackey, "Sexual Consent".

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Aunque la importancia del consentimiento sexual cuenta para aumentar la carga de la investigación, esta carga también tiene que tener en cuenta los costes de investigar. Algunos críticos de las políticas de consentimiento afirmativo objetan que estas políticas darían paso a una cultura sexual monótona, en la que los encuentros sexuales habrán perdido su espontaneidad y emoción. Sin embargo, los méritos de esta crítica son discutibles. Por un lado, estos costes parecen relativamente menores si se comparan con los costes de los errores. Por otra parte, en la medida en que alguien tenga habilidades sociales competentes y pueda interpretar y señalar hábilmente las señales verbales y no verbales, esta persona será capaz de averiguar si su pareja está dispuesta a tener relaciones sexuales con ella sin arruinar el momento. Los costes de la incomodidad los pagan quienes no han desarrollado estas habilidades sociales, pero son precisamente estas personas las que corren más riesgo de equivocarse sobre el consentimiento de sus parejas. Para ellos, es preferible ser precavidos que arriesgarse a equivocarse con tal de preservar la excitación (además, podemos asumir que los encuentros sexuales de los principiantes suelen ser un tanto incómodos de todos modos). Así pues, la preocupación por los encuentros sexuales menos excitantes no nos da buenos motivos para negar que una investigación adecuada implique tomar medidas razonables para asegurarse en gran medida de que la pareja sexual presta su consentimiento.

Lo que esto sugiere es que la mayor parte del tiempo se mantendría una asunción como la siguiente:

> *Asunción de investigación/expresión*. Al participar en un encuentro sexual, el receptor del consentimiento cumple con su *deber de diligencia* solo si el emisor del consentimiento ha indicado de forma positiva e inequívoca que está de acuerdo en participar en ese encuentro a lo largo de toda su duración. El receptor del consentimiento no ha investigado adecuadamente esta aceptación si se basa únicamente en la ausencia de un «no».

Esta presunción está formulada deliberadamente en el lenguaje de la política de la Universidad de Yale para mostrar cómo la asunción, en combinación con el *deber de diligencia*, aseguraría que la política solo prohíbe comportamientos ilícitos.

V. Dos ajustes a las políticas de consentimiento afirmativo

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Lo anterior constituye una defensa para la implementación de políticas de consentimiento afirmativo como la de Yale en los casos en que se mantiene la *asunción de investigación/expresión*. Sin embargo, nuestro análisis sugiere dos posibles revisiones que podríamos hacer a estas políticas.

La primera revisión posible tiene que ver con el hecho de que es cuestionable que la *asunción de investigación/expresión* sea oponible universalmente. Los contraejemplos más plausibles son los encuentros sexuales en el contexto de relaciones estables de larga duración. Supongamos que dos cónyuges han negociado un acuerdo en virtud del cual una de las personas se opondrá explícitamente al contacto sexual si no está dispuesta a mantenerlo. Esta persona es segura de sí misma, es parte de un grupo privilegiado en términos de poder social y existe un sólido vínculo de confianza entre los cónyuges. ¿Estaría cumpliendo su pareja con su *deber de diligencia* si se guiara por la omisión de articular una expresión de falta de voluntad para mantener relaciones sexuales conforme al acuerdo establecido con su pareja?

Podemos tener dos opiniones sobre esta cuestión. Por un lado, podríamos sentirnos atraídos por la idea de que, dado que existe la posibilidad de que cualquier agente se muestre inusualmente reticente, la diligencia debida de su pareja requiere siempre la búsqueda de un comportamiento inequívoco que indique su voluntad de participar en un encuentro específico. Este pensamiento nos llevaría a sentirnos incómodos con la idea de que se pueda inferir responsablemente esta voluntad a partir de una omisión. Por otro lado, existe una tendencia a pensar que hay versiones de este caso en las que la pareja podría saber lo que esta persona estaba pensando a la luz de su omisión. Pero, si realmente es cierto que *saben* que su pareja sexual está dispuesta a permitir y participar en el encuentro sexual, entonces parecería que no es necesario investigar más.

Supongamos, en pos de tal argumento, que en casos como este un miembro de la pareja podría conocer la voluntad del otro en virtud de su omisión. Esto crea un problema a la hora de apelar al *deber de diligencia* para apoyar una política de consentimiento afirmativo como la de Yale. Como la política de Yale no reconoce la omisión como constitutiva de comunicación, y la política forma parte de un código general que se aplica tanto a los encuentros sexuales dentro de relaciones duraderas como a los encuentros casuales, la política prohibiría el encuentro si se produjera en la universidad. Si el encuentro no es ilícito, entonces la política parece sobreinclusiva. He aquí una forma de limitarla. La política podría definir el consentimiento de la siguiente manera:

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> La actividad sexual requiere consentimiento, definido como un acuerdo inequívoco y voluntario para participar en una actividad sexual específica durante un encuentro sexual.

Luego, la política podría añadir la siguiente directriz sobre cómo interpretar la definición al aplicarla en la práctica:

> En casi todos los casos —incluida toda actividad sexual entre individuos que no son parejas sexuales estables y toda actividad sexual entre personas que están parcialmente intoxicadas— esta voluntad no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un «sí» claro, verbal o de otro tipo.

Como el consentimiento se define en términos de acuerdo inequívoco, esta definición permite que la pareja casada pueda consentir en virtud de una omisión, siempre que —dadas las circunstancias— esa omisión constituya un acuerdo inequívoco de mantener relaciones sexuales. Aun así, si una política utilizara esta definición para prohibir la actividad sexual no consentida, entonces esa política sería lo suficientemente restrictiva como para penalizar a las personas que se basaran en pruebas inadecuadas. Además, las directrices afirman explícitamente que basarse en la ausencia de una negativa es insuficiente en los encuentros casuales —el tipo de interacción que preocupa a los defensores de las políticas de consentimiento afirmativo—.

La segunda revisión posible se refiere a la redacción de la política. Las políticas de consentimiento afirmativo existentes enmarcan los delitos sexuales en términos de ausencia de consentimiento afirmativo. Pero si un código de la universidad pretende sancionar a las personas que incumplen el *deber de diligencia*, entonces el código podría simplemente codificar ese deber en sí mismo:

> ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO. Una persona es punible por una «actividad sexual sin la debida diligencia», si a sabiendas interviene en una actividad sexual con alguien sin investigar adecuadamente si la otra persona está dispuesta a participar. La investigación es adecuada solo cuando es inequívoco que la otra persona está de acuerdo en participar en esa actividad sexual específica.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Una vez más, esta definición puede complementarse con directrices:

> En casi todos los casos –incluida toda actividad sexual entre parejas sexuales no habituales y entre personas que están parcialmente intoxicadas– este acuerdo no puede inferirse de la ausencia de un «no»; es necesario un «sí» claro, verbal o de otro tipo.[21]

Como ese delito no menciona el consentimiento sexual, la política estaría reformulando una política de consentimiento afirmativo como una política que exige el debido cuidado en las relaciones sexuales.

Llegados a este punto, alguien podría objetar que ya no estamos defendiendo las políticas de consentimiento afirmativo: simplemente hemos cambiado de tema y ahora estamos proponiendo políticas alternativas que sancionan la falta del debido cuidado en las relaciones sexuales. En respuesta a esta objeción, estoy de acuerdo en que un cambio como el de regular la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO equivaldría al menos a replantear las políticas de consentimiento afirmativo existentes. De todas maneras, sigue habiendo importantes similitudes en cuanto al tipo de conducta que exigen las políticas actuales y las revisiones propuestas. Al igual que la política de la Universidad de Yale, la regla de la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO exige que no haya ambigüedad en el consentimiento de la pareja para mantener relaciones sexuales. Además, las directrices dejan claro que, al menos, esto requiere un claro "sí", verbal o de otro tipo. ¿Significan estas similitudes que seguimos clasificando la regla de la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO como una "política de consentimiento afirmativo"? ¿O las diferencias significan que debemos considerarla solo como una descendiente de las políticas de consentimiento afirmativo? Me resulta difícil creer que haya demasiadas implicancias según las respuestas que demos. La cuestión fundamental es cómo enmarcar una política de delitos sexuales para que prohíba un comportamiento que es moralmente incorrecto. En respuesta a esa pregunta, ofrezco la ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO como candidata a una política que puede defenderse alegando que

[21] Se me ha sugerido que podríamos preferir una política que prohíba la actividad sexual sin el debido cuidado frente a una política que prohíba la actividad sexual sin consentimiento afirmativo, basándonos en que la primera política podría conducir a mejores prácticas de investigación. Esta podría hacer que la resolución de las denuncias se centrara en la conducta de la persona acusada del delito. (¿Qué hicieron para investigar?) Mientras tanto, una política de consentimiento afirmativo podría llevar a los investigadores a centrarse en la conducta de la denunciante. (¿Se comunicó claramente la denunciante?). Esta sería una consecuencia bienvenida, ya que deberíamos minimizar lo angustiosas que son las investigaciones para las víctimas de delitos sexuales. Pero no queda claro qué prácticas de investigación surgirían de la aplicación de una u otra norma y es difícil creer que, con cualquiera de las dos políticas, quien denuncie se libre por completo de la necesidad de aportar pruebas.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

prohíbe un comportamiento que es moralmente incorrecto en virtud de la violación del *deber de diligencia*.

VI. Delitos sexuales de diferente gravedad

Para completar nuestro debate, debemos pasar a un tema que aún no hemos abordado: las penas adecuadas para las infracciones. Una política de delitos sexuales defendible debe sancionar los delitos con un castigo que sea proporcional a su gravedad. Aquí debemos recordar nuestro punto anterior de que la conducta en casos como los de *ambigüedad* y *falta de expresión* es significativamente menos grave que la conducta en un caso como el de *contra la voluntad*. Incluso si alguien se ve afectado por el hecho de que su pareja no investigue adecuadamente su voluntad de participar en la actividad sexual, se vería mucho más perjudicado por una actividad sexual en contra de su voluntad. En consecuencia, la sanción por una actividad sexual llevada a cabo sin la debida diligencia tendría que ser significativamente más indulgente que la sanción por imponer una actividad sexual a alguien en contra de su voluntad.

Esto significa que una política de delitos sexuales debidamente matizada no puede contener un solo delito.[22] Por el contrario, la política debería reconocer importantes graduaciones en la conducta sexual indebida. Sugiero que la política establezca como "delito mayor" el participar en actividades sexuales en contra de la voluntad de otra persona. Pero también debería plantear como «delito menor» el participar en actividades sexuales sin que la pareja indique inequívocamente su voluntad. La forma de considerar cada delito dependerá de la posición que adoptemos en el debate entre la *perspectiva mental* y la *perspectiva conductual*. Si adoptamos la *perspectiva mental*, consideraremos como delito mayor la imposición de relaciones sexuales no consentidas y consideraremos el delito menor como un delito separado, p. ej., ACTIVIDAD SEXUAL SIN EL DEBIDO CUIDADO. Mientras que, si adoptamos la *perspectiva conductual*, consideraremos el delito menor como el delito de imposición de sexo no consentido. Pero, aun así, deberíamos considerar el delito mayor como un delito más grave, p. ej., "actividad sexual no consentida agravada» o «actividad sexual contra la voluntad de alguien".[23] Sin perjuicio de estos puntos, ambas visiones deberían estar

[22] Un problema relacionado con el delito único es que es probable que castigue en exceso a algunos agresores o que no castigue suficientemente a otros. Véase Ferzan, "Consent, Culpability and the Law of Rape", pp. 433-5.
[23] Es plausible que existan otras condiciones agravantes. P. ej., las revisiones propuestas del Código Penal Modelo incluyen un delito más grave de «violación agravada» que se comete cuando, p. ej., se utiliza un arma letal para coaccionar.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de acuerdo en el hecho de que la política debería distinguir al menos dos delitos que se sancionen con diferentes cantidades de pena.

Una vez que se distinguen estos delitos, debemos reconocer que hay varias formas de castigar a los autores. En primer lugar, la conducta del autor podría constituir el delito menor, sin llegar a configurar el delito mayor. Esta es la lección que aprendemos al considerar casos como el de *ambigüedad* y el de *falta de expresión*, en los cuales ambos integrantes de la pareja participan voluntariamente en la actividad sexual, sin comunicar adecuadamente su voluntad. En segundo lugar, incluso si el comportamiento del autor fuera constitutivo de ambos delitos, es una cuestión adicional determinar si es culpable de cada uno de ellos. Y, lo que es más importante, puede ser que el autor no sea culpable de la misma manera por cada delito. Supongamos que el agresor sabe que su pareja no ha comunicado claramente su voluntad de participar en la actividad sexual y, en consecuencia, es consciente de que existe un riesgo significativo de que su pareja no esté dispuesta realmente a participar en esta actividad. El autor sería culpable del delito menor en virtud de la comisión *a sabiendas* de este delito, pero sería culpable del delito mayor en virtud de la comisión *imprudente* de ese delito.

¿Qué ocurre con quien comete el delito mayor de mantener relaciones sexuales con alguien contra su voluntad, pero lo hace por negligencia? Concretamente, ¿cuál es el castigo apropiado para alguien que cree erróneamente que su pareja consiente como resultado de no cumplir con su *deber de diligencia*? Nuestra respuesta dependerá de la posición que adoptemos en el debate que he puesto entre paréntesis al principio sobre cuándo —si es que alguna vez— la negligencia es un motivo de culpabilidad. Algunos niegan que la negligencia pueda fundamentar culpabilidad. Dirán que el autor negligente no puede ser castigado adecuadamente por el delito mayor de mantener relaciones sexuales contra la voluntad de alguien, aunque sí puede ser castigado adecuadamente por el delito menor de mantener relaciones sexuales con alguien que no ha manifestado inequívocamente su voluntad de mantenerlas. Otros piensan que la negligencia puede fundamentar el castigo cuando puede atribuirse a un error moral previo del cual el agente es culpable. En esta línea, consideremos el siguiente principio:

> NEGLIGENCIA EN LOS DEBERES DE PROTECCIÓN. Si un deber, D, tiene por objeto proporcionar al agente información para evitar que este cometa inadvertidamente un ilícito, W, entonces el agente es culpable por negligencia de cometer W como consecuencia de la ignorancia resultante de su incumplimiento culposo de D.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Este principio se aplica a un agente que es culpable por no seguir la regla de precaución, p. ej., porque no la siguió a sabiendas o por imprudencia.[24] El principio postula que este agente es punible por negligencia por cometer involuntariamente el ilícito que la regla pretende evitar. El fundamento sería que, al desatender culpablemente la norma de precaución destinada a evitar la ignorancia, el agente asumiría la responsabilidad de los percances derivados de su ignorancia. Es plausible que el actor sea menos culpable de lo que lo sería si actuara de forma imprudente, planteándose de forma consciente el riesgo de cometer el ilícito.[25] De ser así, el actor podría ser castigado menos por cometer el ilícito de forma negligente que por hacerlo de forma imprudente. Esta me parece una perspectiva plausible de la negligencia culpable. Pero no es universalmente compartida y no la defenderé aquí.[26] En su lugar, me limitaré a señalar cómo este principio afecta a nuestro tema de la culpabilidad en los delitos sexuales mayores y menores mencionados anteriormente. El principio implicaría que alguien podría ser culpable por negligencia del delito mayor de mantener relaciones sexuales con alguien en contra de su voluntad en virtud de cometer, a sabiendas o por imprudencia, el delito menor de mantener relaciones sexuales con alguien que no ha indicado inequívocamente su predisposición para mantener relaciones sexuales.

Esto completa nuestro debate sobre cuestiones de fondo. Terminaré con consideraciones sobre una cuestión terminológica, relativas a cómo utilizar la palabra "consentimiento". Esta cuestión es sencilla para los defensores de la *perspectiva mental*: deben utilizar "consentimiento" solo para reconocer una determinada actitud mental. Sin embargo, nuestro análisis implica que la cuestión terminológica está más matizada para la *perspectiva conductual*. Mientras casos como el de *falta de expresión* y *ambigüedad* implican una conducta sexual indebida, esta no se encuentra entre los delitos sexuales más graves. (Concretamente, es menos grave que la actividad sexual en contra de la voluntad de alguien, como ejemplifica el caso *contra la voluntad*). Esto significa que si un defensor

[24] En teoría, podría ser posible que un agente fuera negligentemente culpable por no seguir una norma de precaución en virtud de haber incumplido culpablemente otra norma de precaución, pero es difícil imaginar que se dé esta circunstancia.

[25] Holly Smith sostiene que esta es una característica general de la culpabilidad, y Kenneth Simons señala que en el Código Penal Modelo «[e]l homicidio negligente es el nivel más bajo de homicidio, por debajo del homicidio imprudente, que está por debajo del asesinato (que requiere propósito, conocimiento o indiferencia extrema)». Holly Smith, "Negligence", en *The International Encyclopedia of Ethics*, ed. Hugh LaFollette (Oxford: Wiley-Blackwell, 2013), pp. 3565-3571. Simons, "When is Negligent Inadvertence Culpable?", p. 108.

[26] Apoyando un enfoque similar de la culpabilidad, Moore y Hurd señalan la preocupación de sustituir la culpabilidad por violar a sabiendas una norma por la culpabilidad por un delito diferente, y alegan que «huele a responsabilidad objetiva, ya que sustituye un estado mental grave (la contemplación de que uno va a causar la muerte) por un estado mental potencialmente menos culpable (la contemplación de que la conducta de uno viola una norma)». Moore y Hurd, "Punishing the Awkward", pp. 186-91. Ferzan sigue esta línea de objeción contra los fundamentos basados en la negligencia en las políticas de consentimiento afirmativo. Ferzan, "Culpability, Consent and the Law of Rape", p. 424.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de la *perspectiva conductual* adopta una única definición de consentimiento como consentimiento afirmativo, entonces no puede luego decir que la actividad sexual no consentida es suficiente para el tipo de delito sexual más grave. Para evitar este resultado, sugiero que los defensores de la *perspectiva conductual* no hablen simplemente de consentimiento, sino que hablen tanto de consentimiento mental como de consentimiento afirmativo. Así, podrían decir que, para cometer un delito sexual, basta con mantener relaciones sexuales sin consentimiento afirmativo; pero que, para cometer un tipo de delito sexual especialmente grave, es suficiente con mantener relaciones sexuales sin consentimiento mental.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

VOTAR SOBRE EL CONOCIMIENTO JURÍDICO. CONCEPCIONES SOBRE LA TOMA DE DECISIONES EN LOS COLEGIOS DE JUECES*

Prof. Dr. Wolfgang ERNST**

Fecha de recepción: 20 de enero de 2023
Fecha de aprobación: 14 de abril de 2023

Lo ideal es que las deliberaciones del colegio de jueces conduzcan a decisiones unánimes. En caso de diferencias de opinión irreconciliables, la sentencia debe buscarse por medio de una votación. El artículo examina los requisitos normativos para votar en el colegio de jueces y, para ello, se pregunta por la naturaleza del oficio judicial consistente en pertenecer a un colegio.

I. Colegio y banco de jueces

Cuando varios jueces son convocados para decidir el mismo caso, la tarea normativa de conocer el derecho se entrecruza con la de adoptar decisiones colectivas. En la tradición jurídica occidental nos topamos con dos concepciones fundamentalmente diferentes con respecto a una sentencia dispuesta por varios jueces. El poder jurisdiccional – la competencia de decir el derecho a las partes – se encuentra o bien en un colegio o bien en cada uno de los jueces individuales que integran el banco o panel ("bench"). En este último caso, cada uno de los jueces es convocado para decir el derecho a las partes, de tal modo que el efecto de su conocimiento jurídico en el proceso decisorio depende del de los otros jueces. Si no todos llegan a la misma conclusión, sus fallos coexisten. A continuación, el *efecto* sobre la sentencia se determina según el principio de la mayoría, buscándola entre los fallos entregados y así se establece el resultado del procedimiento.

* El autor fue profesor de Derecho Romano y Derecho Privado en la Universidad de Zürich. Actualmente es *Regius Professor* de Derecho Civil en la Universidad de Oxford. Título original: "Abstimmen über Rechtserkenntis. Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richterkollegien", en *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 637-648. Traducción de Eugenio C. Sarrabayrouse (Universidad de Buenos Aires, Argentina – Fundación Alexander von Humboldt). Se ha mantenido el formato de citas del original.

** Dedicado al juez y presidente del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), Prof. Dr. Wolfgang KRÜGER, con motivo de su 65º cumpleaños. Por la disposición para discutir previamente algunas de las tesis aquí presentadas, agradezco a Sir J. Beatson, B. Gesell, O. Mangold, C. Mollenkopf, J. Stapleton y mis colaboradores M. Hächler y C. Maduz.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Una vez establecido este, los fallos de los jueces en minoría no dejan de ser conclusiones de derecho para el litigio en cuestión, surgidas del procedimiento judicial.

Cuando la sentencia es decidida por un banco de jueces, cada uno puede dictar la suya de una manera no muy distinta, en esencia, a la actividad decisoria de un juez individual; recién con posterioridad se interpreta a partir de esa mayoría de sentencias la presencia de una decisión conjunta y supraindividual. Aquí solo es conjunta la *decision* mientras que el conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*)[···] permanece como algo individual. En cambio, en la jurisdicción colegiada auténtica se intenta que la aplicación judicial del derecho sea una tarea supraindividual, en tanto la decisión se configura por medio de la deliberación y la votación. La diferencia entre ambos ordenamientos radica en dotar a cada juez individual del tribunal de una competencia autónoma para decidir, de modo tal que la responsabilidad conjunta de producir la sentencia resulta de una limitación recíproca, o bien de la comprobación de los diferentes conocimientos jurídicos; o si la competencia jurisdiccional se encuentra en un tribunal establecido como un cuerpo de decisión colegiado. En el primer caso, el juez individual del banco (o panel) ejerce una jurisdicción originaria, mientras que en el segundo, quien integra un colegio solo mediante su pertenencia a él participa de la jurisdicción.

La independización del colegio y su transformación en un cuerpo de decisión significa la colectivización de la tarea judicial, tanto en lo referido a la valoración de la prueba como a la subsunción de los hechos considerados probados en las respectivas normas jurídicas (y también en lo referente a la responsabilidad por el desarrollo del proceso, en tanto esto no le competa al presidente). Como ocurre con cualquier asociación para realizar una prestación intelectual se plantea una tarea destacada pero a la vez complicada. En la jurisdicción, no se trata exclusivamente de que a un grupo se le atribuya la responsabilidad por una decisión común, sino que esa sentencia comunitaria debe mostrarse como la aplicación procesalmente correcta de la ley y el derecho. La problemática vinculada con esto ha sido esclarecida recientemente por la teoría de la decisión ("group choice"),[1] la que tuvo particularmente en cuenta el caso específico de la "layered decision" (decisión por rankings o grados), en especial, la interpretación conjunta del

[···] Hemos decidido traducir el término "Rechtserkenntnis" como conocimiento jurídico, en tanto se refiere al proceso mediante el cual un juez o un tribunal llegan a la conclusión de un caso, después de haber examinado los hechos y las pruebas presentadas (N. del T.).

[1] Para una introducción: *M. Allingham,* Choice Theory, Oxford 2002, ps. 87 y sigs.; también la contribución en: *H. B. Schmid / D.P. Schweikard* (comps.), Kollektive Intentionalität, 2009.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

derecho por los jueces.[2] Se considera una cuestión dudosa el que las complejas convicciones jurídicas personales puedan transmitirse sin más a una sentencia común coherente y al mismo tiempo, ella sea un reflejo de aquéllas. En tanto la organización judicial establezca tribunales colegiados, resulta ineludible la tarea de alcanzar un conocimiento jurídico común, sin desconocer la extraordinaria dificultad de esa tarea.

La problemática de la colectivización de la tarea judicial fue mitigada sustancialmente a través de la institución del ponente: el colegio ingresa en la deliberación con el fin de adoptar una decisión común en virtud de un informe o propuesta de sentencia. Sin la preparación de un proyecto, esto es, si el colegio como un todo enfrentara la tarea encomendada *ab ovo* (desde su inicio), la toma común de decisiones sería casi seguramente impracticable. Dado que, en lo siguiente, la exposición se centra en la formalización del procedimiento de votación, la importancia del ponente no se discutirá más en este punto. Por lo demás, esta institución no recorta ni la competencia ni la responsabilidad del colegio.[3]

Las reflexiones siguientes confrontan los procedimientos de decisión en ambos sistemas de mayorías de jueces – colegio y banco –. Sobre la base de este confronte se deben extraer las particularidades del sistema colegial europeo continental. Sin embargo, no será profundizado el tema interesantísimo de cuáles son los aspectos a favor y en contra de cada sistema. Habría que remontarse a la vieja cuestión referida a qué es, en definitiva, lo que se espera de un colegio –en contraposición con la jurisprudencia emanada de un juez individual–: ¿es la pura distribución de los riesgos condicionada numéricamente, pues resulta menos probable que varios jueces, total e individualmente responsables por la decisión del caso cometan el mismo error (*safety in numbers*)? o ¿es el intercambio de opiniones, la interacción intelectual en un colegio, la que permite separar las visiones correctas de las incorrectas?[4]

Tal como ha sido mencionado solo al pasar, en la integración de los cuerpos de decisión internacionales, como el Tribunal Europeo (EuGH), la Corte Internacional, la Corte Penal

[2] *L. A. Kornhauser / L. G. Sager,* The Many as one: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases, Philosphy & Public Affairs 32 (2004), ps. 294 y sigs.; *C. List / P. Petit*, On the many as one: a reply on Kornhauser and Sager, Philosphy 33 (2005), ps. 377 y sigs.; *J. R. Lax / D. Landa,* Legal Doctrine on Collegial Courts, Journal of Politics 71 (2009), ps. 946 y sigs.
[3] Acertadamente, *R. Kiener,* Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, ps. 220 y sigs.
[4] Sobre este aspecto, *Kiener* (nota 3), ps. 338 y sigs.; *G. Mellinghoff,* Fragestellung, Abstimmungsverfahren, und Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren, 1988, ps. 84 y sigs, respectivamente con más información adicional.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[5] e incluso en la jurisdicción arbitral internacional,[6] se cruzan muy diferentes concepciones sobre la naturaleza de la mayoría de jueces. Sería verdaderamente fecundo investigar cómo se vivió y superó el choque de las diversas culturas de la colegialidad.

II. Algo de historia y derecho comparado

1. La tradición jurídica continental europea

Cuando en la Roma antigua un grupo de jueces o árbitros debían emitir en el mismo caso un *iudicium* o bien un *arbitrium,* no conformaban un cuerpo decisor conjunto (*gemeinsames Spruchkollegium*). Antes bien, cada juez emitía su veredicto por sí. Los juristas romanos discutieron el caso en el cual tres árbitros arribaron a una suma a indemnizar: el primero de cinco, el segundo de diez y el tercero de quince. Según la opinión de Juliano, se adeudaban cinco *"quia in hanc summam omnes consenserunt"*[7] (N. del T., *la suma en que todos han coincido*). Esta regla, sorprendente para nosotros,[8] es consecuencia de que el resultado del juicio se determinaba por aquello en lo cual los jueces coincidían.

Mucho tiempo permaneció presente en la historia judicial continental europea, la concepción de que varios jueces dotados de jurisdicción emitían cada uno su propia decisión, las cuales generaban la sentencia conjunta. Ahora bien, esa derivación a partir de varias sentencias paralelas no siempre era sencillo. En particular, no eran triviales dos casos. Por un lado, el mismo número de decisiones (*iudicia*) que absolvían y condenaban, lo cual posiblemente debía resolverse mediante una regla material de preferencia por uno de los contenidos de las sentencias (por ej. en el caso de la equivalencia con respecto a la validez del testamento y similares); o de lo contrario, a través de la inclusión de un juez más. Por otro lado, podía tratarse de la coexistencia de mas de dos contenidos de las sentencias, como podía suceder si se reconocían consecuencias jurídicas

[5] Aquí véase *P. Mahoney,* The drafting process of judgements of the European Court of Justice, en: *S. Vogenauer / M. Andenas* (comps.), A Matter of Style? The Form of Judgments in the United Kingdom and Abroad (próximo a ser publicado al momento de la redacción de este artículo {N. del T}).
[6] *O. Peltzer,* Die dissenting opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2000; *R. A. Schütze,* en: Festschrift für Nakamura, 1996, ps. 525 y sigs.
[7] D. 4, 8, 27, 3 Ulp. 13 ad ed.; D. 42, 1, 38, *Paul.* 17 ad ed.
[8] De acuerdo con el § 196, segundo párrafo, GVG (ley de organización judicial, N. del T.), resulta una indemnización de diez.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

diferentes de la decisión, ya sea cuantitativas (las ya mencionadas condenas a indemnizar de 5, 10 y 15) o cualitativas (pena de muerte, destierro y multa).[9] Tales casos ¿debían resolverse mediante una mayoría relativa[10] o podían combinarse dos de los contenidos de las sentencias en uno común, entonces mancomunados en una mayoría absoluta?[11] El derecho procesal común desarrolló un repertorio de reglas para resolver este tipo de problemas. De este modo, la determinación de la sentencia conjunta no era la consecuencia de un acto procesal adicional del tribunal; antes bien, se opinaba que ella ya estaba establecida *ipso iure* en virtud de la concreta pluralidad de sentencias.[12]

La concepción unitaria del oficio judicial, que en un principio pretendió imponerse frente a la dicotomía "presidente del tribunal – juzgador", también fue transmitida al colegio.[13] Este punto de vista tuvo una versión dogmática al concebir el tribunal colegiado como una "persona moral". A principios del siglo XIX esta concepción era indiscutida.[14] Con su triunfo se produjo un cambio profundo en la comprensión de la toma de decisiones por parte de un grupo de jueces: la idea de que el colegio decide como una "persona moral" coincide con la de una sentencia colegiada obtenida mediante deliberación y votación, las cuales reemplazaron el juzgamiento paralelo y la determinación posterior del resultado. Este proceso de sustitución se desarrolló conflictivamente:[15] muchos se resistían a aceptar que el juez individual carecía de una jurisdicción autónoma. Como ejemplo de esta posición contraria puede citarse lo dicho por *Heffter* en 1830: "Cuanta mayor seguridad para una sentencia se pretenda obtener mediante la consulta a varios, entonces también se pregunta a las personas específicamente, y obtenidos los resultados conjuntos finales como si fueran tantas sentencias de jueces individuales, no se tropieza con diferencias en los motivos particulares, sobre los cuales es tan difícil concordar como en cualquier actividad".[16] Sin embargo, la adaptación a una forma de decisión colegiada no pudo impedirse. En la organización judicial actual, la sentencia es vista como el conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*) de un cuerpo

[9] Según *Gellius* (Noctes Atticae 9, 15), si había tres sentencias por la pena de muerte, dos por el destierro y dos por la multa, se imponía la primera.
[10] Acerca de la discusión sobre la mayoría relativa, véase *H. v. Bayer,* Vorträge über den gem. ord. Zivilprozess, 8ª ed., 1858, ps. 268 y sigs.
[11] Por ejemplo, las sentencias divergentes cuantitativa y cualitativamente son tratadas por *S. Pufendorf,* De jure Naturae et Gentium, lib. VII, cap. II, § XVIII, Frankfurt / Leipzig 1744, tomo 2, ps. 149 y sigs.
[12] *V. Bayer* (nota 10), ps. 268 y sigs.
[13] *K. W. Nörr,* Romanisch - Kanonisches Prozessrecht: Erkenntnisverfahren Erster Instanz *in civilibus*, 2012, p. 10.
[14] *C. Martin,* Lehr. d. Teutschen gem. Bürg. Processes, 5ª ed., 1817, p. 48; *A. W. Heffter,* System d. röm. U. dt. Civil-Processrechts, 2ª ed., 1843, p. 66.
[15] Con más detalles en *W. Ernst,* en Festschrift für Schröder, 2013, ps. 309 y sigs.
[16] *Heffter* AcP 13 (1830), ps. 48 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

de decisión, un órgano determinado, formado y dotado con una competencia por la organización judicial.[17] Este cuerpo de decisión constituye el "juez natural",[18] el único "autor" de la sentencia y a quien se le atribuirá. En consecuencia, todos los jueces que han contribuido a la decisión deben firmar la sentencia civil – tanto su parte dispositiva como sus fundamentos –, según el § 315, primer párrafo, ZPO, no solamente quienes a la vista del contenido de la decisión impusieron sus puntos de vista.

2. La tradición jurídica anglosajona

La yuxtaposición de varias sentencias es el sólido punto de partida del derecho procesal anglosajón, en tanto muchos jueces integren un tribunal para resolver la misma cuestión.[19] Aquí cada juez es el portador de la jurisdicción, cada uno dice a las partes cuál es el derecho, por lo cual el efecto de su decisión sobre el objeto de disputa depende únicamente de cómo los otros jueces resuelven la misma disputa. Por ejemplo, si se toma el procedimiento tradicional de la Corte del Rey (*King's Bench*), originalmente, cada juez era llamado uno tras otro, siguiendo el orden de antigüedad, para dictar su sentencia, mediante una explicación oral[20] y de manera inmediata a la audiencia (la *seriatim opinion* inglesa).[21] Un juez podía adherir a una de las opiniones expresadas previamente. Por consiguiente, el procedimiento podía y puede desarrollarse de tal modo, que se sujete a la primera sentencia expresada (en la Casa de los Lores {*House of Lords*}: *single speech*).[22] Del mismo modo, pueden emitirse varias opiniones, con contenido diverso, incluso hasta el caso extremo de que cada juez emita su criterio particular.[23] En la medida en que no todos los jueces se han puesto de acuerdo en una única opinión (la manifestada primero), es necesario determinar a partir de las opiniones coexistentes cómo se decide el caso. Una sentencia atribuible al tribunal

[17] *K. Hellbig,* Lehrbuch des Zivilprozessrechts, t. 2, 1907, p. 65: "La sentencia así alcanzada (por decisión de la mayoría) no es una sentencia de los jueces que la han votado, sino que, antes bien, aparece externamente como una de la autoridad constituida en un cuerpo colegiado".

[18] La distribución por asuntos (o por turno) también determina al juez natural: *BVerfGE* 17, 94: en el derecho comparado, véase *A. Eser,* en: Festschrift für Salger, 1994, ps. 247 y sigs.

[19] Acertadamente ya *M. Vollkommer* JZ 1964, ps. 152 y sigs., y p. 156.

[20] De ahí que el término "speech", al igual que nuestra expresión "veredicto", delate su oralidad original.

[21] Para lo siguiente, véase *M. T. Henderson,* From Seriatim to consensus and back again: A theory of Dissent, Supreme Court Law Review (Canada), 2007, ps. 283 y sigs.; *J. M. Austin,* The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track?, 31 Northern Illinois University Law Review (2010), p. 19 y sigs.

[22] Crítico *F. A. Mann,* The Single Speech, 107 Law Quarterly Review (1991), ps. 519 y sigs.

[23] Por ejemplo, véase las cinco sentencias en el caso *British Railways Board vs. Herrington,* House of Lords, 16 Feb. 1972, {1972} 2 WLR, ps. 537 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

como un todo (en inglés *caucasing oder joint opinion*) no existe en este procedimiento; antes bien, la sentencia del tribunal (*decision*) consiste en la mayoría de todos los conocimientos jurídicos individuales emitidos acerca de la cuestión debatida.

El principio fundamental, típico e ideal, recién presentado de las sentencias múltiples (*multiple judgements*) continuó desarrollándose de diferente manera en diversos países.[24] Algunos tribunales ingleses, que sentencian a través de varios jueces, últimamente lo hacen sobre la base de un proyecto de resolución confeccionado por un *lead judge* –una especie de ponente– y así intentan arribar a una sentencia compuesta *(composite judgement)*, en el cual acuerdan todos los jueces, o por lo menos, una opinión mayoritaria decide el fin del proceso.[25] Los pro y los contra de tal *composite judgements* han sido intensamente discutidos.[26] Aquí es muy característico, la especial preferencia por la *seriatim opinion* en la que se aprecia el perfeccionamiento de la independencia judicial.[27] Así considerada, la colegiación se percibe como una amenaza, pues el juez individual, quien originariamente fue investido con la jurisdicción, se ve compelido a realizar compromisos. Además, señala la crítica, se pierde la estimulante diversidad de las expresiones francas y variadas de los jueces, en cuyo lugar se establecen ponderaciones con una orientación fuertemente abstracta, propias de una deliberación colegiada, que no pueden exhibir la misma coherencia intelectual que una opinión individual emitida según el sistema *seriatim*. Tal vez, las partes con una completa falta de espíritu colegiado (*"complete lack of any collegiate spirit"* según *A. W. B. Simpson*)[28] estarían mejor cumplidas.

[24] En el siglo XVIII, *Lord Mansfield* practicó durante casi cuatro décadas un sistema de decisiones unitarias con asesoramiento previo; véase *E. Heward*, Lord Mansfield: A Biography of William Murray 1st Earl of Mansfield 1705 – 1793 – Lord Chief Justice for 32 years, 1979.

[25] Existen importantes diferencias, en tanto, por ejemplo, en el *Privy Council* están permitidas una mayoría simple (*single majority speech)* y una disidencia (*dissent*); véase *R. Munday,* Judicial Configurations: Permutations of the Court and Properties of Judgment, 61 Cambridge Law Journal (2002), ps. 612, 619 y sigs); en la *Criminal Division* de la *Court of Appeal* no hay opiniones disidentes (*dissenting opinions)*.

[26] Véase el artículo de *R. Munday* y *Lady Arden* en: *Vogenauer / Andenas* (nota 5); con anterioridad, *R. Munday* (nota 25), ps. 612 y sigs.; material estadístico puede consultarse en el trabajo del mismo autor, All for one and one for all, 61 Cambridge Law Journal (2002), ps. 321 y sigs.

[27] *Lady Arden* (nota 26). Por el envío del texto, agradezco a *S. Vogenauer*.

[28] *A. W. B. Simpson,* Lord Denning as Jurist, en: *J.L Jowell / J. P. W. B. McAuslan* (comps.), Lord Denning: The Judge and the Law, 1984, ps. 441 y sigs., en particular, p. 450.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

A principios del siglo XIX, la Corte Suprema estadounidense[29] comenzó a generar en el ámbito de la deliberación una opinión conjunta (*unified opinion)*, o de la corte (*opinion of the court*). En una deliberación colegiada se busca la unanimidad o, por lo menos, una solución mayoritaria. Si no puede alcanzarse una decisión conjunta se designa a un juez para la hipótecia mayoría, quien redacta la *majority opinion*; también se encarga a otro juez formular la posición minoritaria. Recién cuando estas *opinions* elaboradas son presentadas, cada juez decide si quiere adherirse. Cada uno conserva la libertad de expresar su propia opinión (*dissenting o separate opinion*). También ocurre que no puede alcanzarse un acuerdo sobre la fundamentación del voto mayoritario; entonces se presentan varias opiniones *(plurality opinion)*.[30] La "proliferación de opiniones" comprobada en las últimas décadas, es vista, posiblemente, como un paso atrás cuestionable en dirección al retorno de la *seriatim opinions*.[31]

A pesar de que la toma de decisiones en algunos tribunales de Inglaterra y los Estados Unidos ha sido enriquecida con elementos colegiales, nada ha cambiado con respecto al punto de partida original: a cada juez se le atribuye una competencia individual y originaria para juzgar; sin embargo, el resultado del proceso está determinado por el veredicto de cada juez en la medida que se lo compara con las decisiones de los otros.

III. Diferencias entre el banco de jueces y el tribunal colegiado

1. Dissenting opinion (opinión disidente) y Sondervotum (voto especial)

Resulta particularmente sorprendente la diferencia entre la *dissenting opinion* (opinión disidente) y el *Sondervotum* (voto especial).[32] La admisión de la *dissenting opinion* estadounidense[33] no se debe en absoluto a una de las numerosas ponderaciones utilitarias formuladas a este

[29] En lo siguiente *K. L. Hall* (ed.)., The Oxford Companion on the Supreme Court of the Unites States, 2ª ed., Oxford, 2005, sub voz Opinions, Style of, ps. 706 y sigs. (*B. A. Garner)*, sub voz Opinions, Assignmet and Writing of, p. 705 (*W. P. McLauchlan*).
[30] Véase *Hall* (nota 29), sub voz Plurality Opinions, p. 740 (W.M. Wiecek).
[31] Véase *Hall* (nota 29), sub voz Concurring Opinions, ps. 201 y sigs. (*W. P. McLauchlan*).
[32] Cf. *M. Kau,* United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht, 2007, ps. 467 y sigs.
[33] Véase *Hall* (nota 29), sub voz Dissent, ps.204 y sigs. (*L. Baum / A. Hellmann*).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

respecto;[34] antes bien, deriva de la competencia originaria para juzgar, atribuida individualmente a cada juez. La *dissenting opinion* también implica conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*), considerado procesalmente adecuado por el tribunal para el litigio concreto, con la salvedad de que, si no es compartido por la mayoría de los jueces, no determina el resultado del proceso, y, en consecuencia, carece de *efecto* en la sentencia con respecto al objeto del litigio. Como también la opinión concurrente[35] y la disidente son conocimientos jurídicos emanados del tribunal, se incluyen en la determinación de la *ratio decidendi*.[36] Pues un disenso en todo caso también puede fundarse en que el juez, en oposición a la mayoría, considera una prueba como no producida, las opiniones jurídicas por él expresadas, aunque como obiter dicta, pueden ser agrupadas posiblemente con las posiciones de los otros jueces; así ganan "autoridad persuasiva" (*"persuasive authority"*) y abonan ciertos pronósticos acerca de qué manera en el futuro es probable la decisión de casos con una situación fáctica más clara. Las complicaciones de determinar correctamente el efecto del precedente con múltiples juzgamientos resultan evidentes; a menudo una mayoría no es válida en absoluto como precedente. Para nosotros es importante únicamente que la interpretación de la sentencia se apoya no solamente en la concepción de la mayoría sino también, y del mismo modo, en los votos concurrentes e incluso los disidentes, porque ellos también conservan un conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*) válido procesalmente con respecto al litigio concreto.

Si en un tribunal colegiado se llega a una votación para adoptar una decisión conjunta del colegio, este procedimiento conduce a la supresión de las opiniones jurídicas derrotadas. Las visiones jurídicas excluidas en el proceso de tomar una decisión no forman parte de la sentencia del tribunal. El juez de un tribunal colegiado de impronta continental – europea carece de una competencia jurídica autónoma para decir el derecho a las partes; las explicaciones, que a título personal (*suo nomine*) presenta en el caso, carecen de la competencia judicial necesaria para otorgarle efectos procesales. Cuando se abre la posibilidad de que un integrante del colegio de jueces indique su propia concepción jurídica –junto con la sentencia del colegio– en el marco de

[34] Nueva literatura, en especial con respecto a los complejos pro y contras teleológicos / político – jurídicos ver (selección): *G. Roellecke,* en 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2004, ps. 363 y sigs.; *Kau* (nota 32); *R. Bader Ginsburg,* The Role of Dissenting Opinions, 95 Minsessota Law Rewiew (2010), p. 1 y sigs; con una perspectiva de derecho comparado: *M. D. Kirby,* Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Tradition, 123 Law Quaterly Review (2007), ps. 382 y sigs.

[35] Con la *concurring opinion* el juez expresa, que en el resultado decide como la mayoría, pero por otras razones.

[36] *R. Cross,* The Ratio Decidendi and a plurality of Speeches in the House of Lords, 93 Law Quarterly Review (1978), ps. 378 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

un proceso, requiere una autorización positiva expresa del ordenamiento jurídico, tal como, por ejemplo, se encuentra en el § 30, segundo párrafo, de la Ley de Organización del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).[37]

2. Divergencias en la sentencia dependientes de la estructura de la mayoría de jueces

Resulta especialmente desconcertante que las sentencias resultantes de ambos sistemas de mayoría de jueces, ante la misma situación fáctica y jurídica, no deban coincidir en absoluto con respecto a su contenido. En un caso extremo, pueden producirse resultados contrapuestos, tal como un ejemplo lo demuestra. En una acción civil en la que se reclama el cumplimiento de una prestación contractual está discutido si el reclamo efectuado ha surgido a causa de las dudas sobre la validez de la existencia del contrato; también se discute si es fundada la excepción de prescripción planteada subsidiariamente a la pretensión. De los cinco jueces que deben decidir el caso, tres (A, B y C) están convencidos que el reclamo surge de la celebración de un contrato válido; en lo que se refiere a la cuestión de la prescripción, dos jueces (A y B) opinan que el reclamo, aunque válido, estaría neutralizado por la excepción de prescripción; los restantes consideran la demanda –presumida su validez– como no prescripta. En el sistema de sentencias paralelas, D y E en forma conjunta deciden el rechazo de la demanda, fundados en que el contrato no ha existido. Del mismo modo, A y B también rechazan la demanda; pero fundan su decisión en que el reclamo está prescripto. C hace lugar a la demanda en una *dissenting opinion.* Para el resultado del proceso –la decisión– se toman en cuenta los resultados finales desnudos lo cual significa, en definitiva, el rechazo de la demanda. En cambio, en el sistema de sentencias colegiadas se buscará la mayoría de jueces separadamente entre la cuestión de la validez del contrato y la de la prescripción.[38] De esto resulta respectivamente tres votos a dos que el reclamo efectuado es válido (a favor A, B y C) y que no ha prescripto (a favor C, D y E): así, en la sentencia de un colegio se hace lugar a la demanda.

3. Otras diferencias procesales

[37] Abajo, punto V. 3.
[38] Véase abajo, V.2.a

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

La contraposición entre la decisión judicial sobre el litigio adoptada mediante un colegio o por una mayoría de jueces llamados a sentenciar independientemente sobre el objeto procesal, determina un enfoque diferenciado sobre una multiplicidad de cuestiones procesales adicionales.

Las funciones de la deliberación y de la votación son diferentes. Una deliberación entre los jueces es ajena al sistema de la multiplicidad de sentencias. Incluso, han existido regulaciones que llegaron a prohibir un intercambio entre los jueces convocados a decidir en paralelo.[39] Al igual que en los tribunales ingleses, en la *Supreme Court* estadounidense se han establecido procesos informales para adoptar decisiones colectivas, los cuales, desde un punto de vista teórico, no deberían producirse. Con la redacción de las *opinions* mayoritaria y minoritaria se intenta encontrar fórmulas para captar al juez que aún no ha tomado una decisión definitiva o directamente sostiene el punto de vista contrario. Por esta razón, la realidad jurídica de la *Supreme Court* conoce tenaces negociaciones, las que, sin embargo, no son deliberaciones de un colegio, sino tratativas bilaterales o multilaterales, en las cuales cada juez es libre de decidir con quien se involucra.[40]

En el sistema angloamericano del banco de jueces, el anuncio de la decisión no surge como resultado de una votación del colegio, sino luego de que todos los jueces han declarado su voluntad de unirse a una u otra opinión o han emitido su propia *dissenting* o *concurring opinion*. La subsiguiente determinación *a posteriori* del resultado desnudo del proceso – la *decision* – en virtud de una pluralidad de conocimientos (*Erkenntnisse*) aislados no es entonces la consecuencia de una votación. En ella, se pide el voto individual de cada juez para determinar cuál debe ser la decisión del órgano al que pertenece.[41] La *opinion,* emitida por uno de varios jueces en virtud de su propia competencia jurisdiccional, no incluye ninguna clase de votación, la cual –junto con las explicaciones de los otros jueces–, se supone que muestra cómo el tribunal en su conjunto valora

[39] Según la antigua organización judicial israelita, en el Beth Din (tribunal rabínico, N. del T.) a cargo de los asuntos civiles, cada uno de los tres jueces votaba ignorando el voto de los otros dos. Después, las partes no sabían de qué modo había decidido cada uno. El tratamiento de la fundamentación escrita era controvertido: algunos abogaron por una limitación a la parte dispositiva, otros por el registro de todos los votos para evitar la falsa impresión de unanimidad. Una tercera opinión abogaba por redactar la parte dispositiva para demostrar que la sentencia no era unánime sin revelar las opiniones y quienes la sostuvieron; Talmud Babilónico, Sanedrín 29, 30 a.

[40] Proporcionan impresiones sobre el punto, *B. Woodward / S. Armstrong*, The Brethren – Inside the Supreme Court, 1979; recientemente, *Bader Ginsburg* (nota 34); fuertemente analítico: *J. R. Lax / C. M. Cameron,* Bargaining and Opinion Assignment on the U. S. Supreme Court, The Journal of Law, Economics, and Organization 23 (2007), ps. 276 y sigs.

[41] Sobre la diferencia entre decisiones adoptadas para o por un órgano y sentencias mayoritarias sin referencia orgánica, véase *W. Ernst,* Der Beschluss als Organakt, en: Liber Amicorum D. Leenen, 2012, pp. 1 y sigs., p. 4.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

el caso. Antes bien, el juez individual indica exclusivamente cómo el solo resuelve el caso según lo entiende. Esto no es un intento jurídico de obtener una decisión colegiada común.

En tanto existe para la actividad jurisdiccional un deber jurídico de fundamentación, en el sistema de la mayoría de las sentencias individuales, cada juez particular también es el destinatario de esa obligación. Para el resultado del proceso, surgido del ajuste (*Abgleich*) de los resultados finales, no se redacta una fundamentación como tal. Por el contrario, si la sentencia constituye un acto del colegio como un todo, entonces también debe fundarse la decisión colegiada.

En lo que se refiere a la difusión oficial de la sentencia, todas las *opinions* de los jueces individuales son publicadas, esto es, no solo la(s) sentencia(s) que ha(n) determinado el resultado del proceso, porque ha(n) alcanzado una mayoría para ello.

IV. Votar en un tribunal colegiado

1. La votación inevitable para el ejercicio colegiado de la jurisdicción

Los cuerpos de decisión del derecho de organización judicial alemán – cámaras, senados, grandes senados y senados conjuntos – son colegios genuinos. El cuerpo de decisión (como órgano jurisdiccional) está estipulado como el artífice de las sentencias judiciales.[42] Al estar asignada la competencia al colegio como una totalidad, es necesaria la colaboración de todos los jueces para dictar una sentencia válida. Se trata de una actuación en forma de una autorización colectiva. Encuentra su expresión más clara en que la sentencia debe ser firmada por todos los jueces del colegio (en el proceso civil, § 315, primer párrafo, ZPO). Para la validez de la sentencia también es necesario que todos los integrantes del colegio hayan participado en la redacción de la "decisión de la sentencia" (*Urteilsbeschluss*). Si un juez se rehúsa a participar, el colegio no está en condiciones jurídicas de ejercer la competencia asignada. Es insuficiente que participe una mayoría del colegio. Solamente con el número completo, los colegiados son, en su asociación, el juez (natural) y, como tales, con capacidad de actuar. Ante la negativa de un juez a participar en la votación, debe ser

[42] El juez individual actuante en el lugar de la Cámara Civil (§§ 348, 348 a ZPO) o bien del Senado (§ 568 ZPO), ante el desplazamiento de los restantes integrantes del cuerpo de decisión, ejerce solo el poder jurisdiccional como el tribunal que conoce el caso. Su veredicto expresa directamente su convencimiento como juez; no hay una interpretación conjunta del derecho.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

reemplazado mediante un subrogante[43] para alcanzar nuevamente la integración completa del colegio, necesaria para dictar sentencia.

La participación irrenunciable de cada juez adquiere la forma de una votación (o de varias), a través de un SÍ o un NO. Sería un error decir que una votación es consecuencia de una pluralidad de opiniones. Incluso la sentencia sobre cuyo dictado están de acuerdo todos los integrantes del colegio, presupone para su validez jurídica que esa "unanimidad" sea la expresión de las declaraciones afirmativas de todos los jueces. Sin una explicación clara, ya sea de aprobación o desaprobación, falta la participación de todos los colegiados, de quienes depende la validez de la sentencia. La unanimidad no transforma la votación en innecesaria, sino que es un *resultado* de ella. Un presidente no puede generar por consenso un acto supraindividual del colegio. Si se comportara de modo tal que en la práctica judicial se prescindiera de un planteamiento formal de las cuestiones y la determinación de los votos, sería intolerable.

En tanto la votación en el tribunal colegiado es un acto final irrenunciable, en la cual se alcanza la decisión conjunta, aquélla se muestra como una parte integral de la actividad jurisdiccional, en tanto sucede en la jurisdicción colegiada. También para la votación rige el mandato del debido proceso.[44] La votación no se realiza en un ámbito jurídico carente de regulaciones. Las votaciones de los cuerpos jurisdiccionales de decisión están regladas en los §§ 195 – 197 GVG.[45] Estas reglas rigen directamente para los procesos realizados conforme el ZPO, el StPO o la FamFG. Rigen por remisión en todas las otras ramas de la administración judicial.[46] Según el § 17 de la ley que regula el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG), estas disposiciones también rigen para los Senados. Además de la posibilidad del *Sondervotum* (voto especial; §30, segundo párrafo, BVerfGG), existe la alternativa de comunicar en sus sentencias el escrutinio de la votación; esto no está previsto en la ley de organización judicial (GVG). Pese a que las reflexiones siguientes se dirigen a ejemplos del proceso civil, los resultados deberían ser

[43] *Jacobs,* en: *Stein / Jonas,* ZPO, t. 10, 22ª ed., 2012, §195, nm. 4.
[44] Sería deseable que el legislador paute una protocolización del proceso de votación; así en Austria {§ 14 de la norma de la jurisdicción (*Jurisdiktionsnorm,* JN)}, en el cual, sin embargo, el acta no es accesible a las partes; *Ballon,* en *Fasching,* Komm. z. d. Zivilprozessgesetzen, t. 1, 2ª ed., Viena, 2000, §§ 9 – 14 JN nm. 20.
[45] Para Austria, veáse los §§ 9 – 14 JN; para el Tribunal Federal Suizo, véase el art. 21 de la "Ley de organización judicial federal" (BGG); además, *Th. Stadelmann,* Abstimmungsverfahren des Spruchkörpers, Die Schweizer Richter Zeitung: Justice – Justiz – Giustizia 2012, p. 1 y sigs.
[46] § 9, segundo párrafo, ArbGG, § 55 VerwGO, § 61, segundo párrafo, SozGerG, § 52 FGO, § 99, primer párrafo, Ley de Patentes.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

útiles también para otros procedimientos, en virtud de las remisiones de la GVG; las particularidades de ciertos ordenamientos procesales – en particular, la StPO– no serán analizadas.

2. La disputa histórica sobre la votación en un colegio

Durante el siglo XIX, la cuestión de cómo debe votarse en un colegio ocupó intensamente a la doctrina jurídica, a las administraciones judiciales y al legislador.[47] Las posiciones extremas eran las siguientes. De un lado, se ubicaba la opinión de que cada paso del razonamiento, a través del cual progresaba la adopción de la sentencia, debía ser objeto de una votación. En este procedimiento, inspirado en la labor del juez unipersonal, el resultado final debía alcanzarse sin una votación final sobre la parte dispositiva, porque el colegio ya había determinado todos los elementos de la decisión, de modo tal que el resultado final parecía inexorable.[48] Por otro lado, se consideraba correcta la votación según la parte dispositiva (*Tenor*) de la sentencia. Según esta posición, cada juez debía pronunciarse individualmente en una única votación acerca de cómo resolvería él la controversia; las distintas conclusiones de varios jueces, que por diferentes razones llegaban al mismo resultado, debían culminar en una decisión mayoritaria. Sin dificultad se advierte que en esta votación según la disposición final (*Tenorabstimmung*) era negada la comunidad de la decisión, tal como ella sucede en un verdadero colegio. Antes bien –a pesar de tratarse de una jurisdicción colegiada– se propagó un sistema de adjudicación paralela de varios jueces, como también había sido común en la historia del derecho procesal romano–canónico y que encontramos estructuralmente idéntico en el sistema de las *seriatim opinions*.[49]

Luego de que en el siglo XIX la cuestión careciera de alguna explicación convincente, el legislador de la GVG tomó una determinación, sobre la cual, enseguida volveremos. Poco preocupados por esta decisión, en el primer tercio del siglo XX, *Beling* y *Binding* reavivaron la polémica para el proceso penal.[50] Desde entonces, la discusión languideció. Sólo quedan algunos restos de esta discusión en la literatura actual, como la distinción entre procedimientos penales y civiles: en el proceso penal predomina el criterio, de que la exigencia de una mayoría de dos

[47] Pormenorizadamente, *Ernst* (nota 6).
[48] Este punto de vista influye en el § 12, segundo párrafo, de la JN austríaca.
[49] Véase arriba, II.1.
[50] Para el proceso civil (igual que para el penal) F. *Haymann* propugnó adoptar la sentencia según el resultado final, en: Festgabe für Stammler, 1926, ps. 395 y sgis., en este punto, p. 426 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

tercios, tal como está establecida en el § 263, primer párrafo, StPO, tanto para la cuestión de la responsabilidad como la de las consecuencias jurídicas, exige una votación integral.[51] En el proceso civil, se consideró conveniente la votación por elementos.[52] Si el problema de la votación en el proceso penal resulta en esencia diferente pues, por ejemplo, en el civil rige el principio dispositivo, quedará aquí sin analizar; las siguientes consideraciones se orientan principalmente al procedimiento civil. Si se examina el procedimiento de votación con el objetivo de realizar una formalización lógicamente satisfactoria, se despliega un conjunto de problemas fascinantemente polifacético;[53] aquí sólo pueden analizarse los principios.

3. La competencia del colegio para el diseño de la votación

Para la deliberación prevista en la ley de organización judicial (GVG) se consideró si debía detallarse con más precisión, de acuerdo con el modelo de los ordenamientos procesales singulares del siglo XIX,[54] cómo debía votarse sobre los medios de la demanda y la defensa, la cuestión fáctica y la jurídica o similares. Esto fue omitido y todo se dejó en manos de la sana crítica racional (*gesunden logischen Einsicht*).[55]

Sin embargo, el § 194, segundo párrafo, GVG, establece la competencia del presidente para dirigir la deliberación y la votación, pero otorga al colegio la de establecer las cuestiones a votar y

[51] Detalles en *Mellinghoff* (ver nota 4).

[52] *Hartmann,* en: *Baumbach / Lauterbach,* ZPO, 70ª ed., 2012, § 194 GVG, nm. 1, quien finalmente recomienda como adecuado resolver individualmente los elementos de la sentencia, "porque los fundamentos, por regla, deben reproducir la opinión del colegio"; del mismo modo, *Jacobs,* en: *Stein / Jonas,* ZPO, t. 10, 22ª ed., 2012, § 194, nm. 2; lapidario *Lückemann,* en: *Zöller*, ZPO, 29ª ed., 2012, § 196, nm. 1: "En el proceso civil, votación según los elementos de la votación"; corrobora solamente la admisibilidad de la votación según los elementos, *Schreiber,* en: *Wieczorek / Schütze,* Grosskommentar ZPO, t. 5, 3ª ed., 1995, § 195, nm. 2; sin referencias *Zimmerman,* en: MünchKommZPO, t. 3, 3ª ed., 2008.

[53] Sobre los diferentes planteamientos en la instancia de juicio y de casación, acertadamente *Mellinghoff* (nota 4), ps. 111 y sigs. y 131 y sigs.

[54] § 255 del Proyecto de CPO para los Estados federados (1866): "La votación, si es necesaria, se celebrará especialmente con respecto a la significación jurídica como a la prueba de cada uno de los hechos alegados como motivo de demanda o de defensa. Las cuestiones preliminares se someterán siempre a una votación especial". Más precisiones en *W. Ernst* (nota 15).

[55] No es "una cuestión de la ley…, entrometerse en esa discusión teórica mediante reglas positivas. En la práctica de los colegios judiciales la cuestión es resuelta casi siempre sin inconvenientes de acuerdo con la situación particular del caso. Las reglas positivas podrían en vez de resolver las dificultades conducir a enredos. Es imposible, a la manera del Proyecto prusiano de 1864 {…}, decidir la cuestión fácilmente mediante la aceptación del principio de la votación según los fundamentos, y del mismo modo es inadmisible establecer el principio de la votación según el resultado. La ley debería establecer diferenciaciones casuísticas, que no serían exhaustivas, por lo cual su enumeración debe evitarse aquí como en otros supuestos"; *Hahm,* Die gesammten Materialien zu dem GVG, t. 1, parte 1, 1879, ps. 178 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

su orden.[56] Las instrucciones del presidente a este respecto sólo son válidas si no se cuestionan, es decir, si se aprueban básicamente por unanimidad. Cuando no existe esa unanimidad, debe decidirse sobre el orden de votación mediante una resolución mayoritaria, esto es, con la mayoría absoluta de los votos (§ 198, primer párrafo, GVG). El legislador de la GVG estableció para ello, en vez de fijar legalmente un modo de votación, una regla de competencia o procesal: la ley otorga al propio colegio la competencia para decidir por mayoría las cuestiones sometidas a votación.[57] Esto supone la responsabilidad de no votar a ciegas "de alguna manera". Antes bien, el colegio debe deliberar el procedimiento para votar y llegar a un "plan de votación" mediante una decisión mayoritaria, según la cual se practica la votación del caso. En la teoría general de la votación se habla de un debate sobre el orden y una decisión sobre él,[58] que tiene por objeto el procedimiento de la siguiente votación del caso.[59] Cada juez puede individualmente realizar una propuesta procesal acerca de qué cuestión determinada se somete a votación; entonces, el colegio decide por mayoría sobre la procedencia de la solicitud. El colegio cumple con el mandato del debido proceso cuando, en una situación compleja de votación, determina el procedimiento para sufragar. Por lo tanto, ya no se trata más, como decían los contrincantes en la controversia de los siglos XIX y XX, de que sólo el procedimiento de votación por ellos considerado "correcto" era el adecuado para preservar la formalidad jurídica de la toma de decisiones. Esa formalidad está garantizada en la medida que el colegio, mediante una decisión mayoritaria, determina el procedimiento de votación.

Todas las previsiones normativas para el procedimiento de votación tienen un significado procesal operativo, en tanto dictar una sentencia en infracción es objeto de diversas alternativas de protección jurídica. Aquí la dificultad estriba en establecer si la deliberación secreta imposibilita atacar la sentencia en virtud de un error procesal en la votación; aquí corresponde remitirse a las explicaciones pertinentes de *Mellinghof*.[60]

4. Cada objeto de la sentencia requiere una votación

[56] La ley austríaca de organización judicial atribuye al presidente la competencia indelegable de plantear las cuestiones; §§ 10, 13, JN austríaca.
[57] La votación está prevista legalmente en un orden; § 197 GVG.
[58] Véase *W. Ernst,* Kleine Abstimmungsfibel, 2011, nm. 93 y sigs.
[59] En mi opinión, también puede realizarse una votación de prueba; sobre esto, *Ernst* (nota al pie 58), nm 267 y sigs.
[60] *Mellinghoff* (nota 4), ps. 152 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si como recién se ha establecido, la determinación de las cuestiones a votar queda a criterio de la autonomía procesal del colegio, surge el interrogante por medio de cuales el colegio adopta su decisión. Cuándo (y qué) decisiones debe tomar el colegio no lo determina él; antes bien, el derecho procesal fija al tribunal cuáles y cuándo las debe tomar. Esto está fuera de duda en el marco de la discusión entre los partidarios de la votación según el resultado final y de los sostenedores de la votación según los elementos: cada decisión individual, que el colegio debe tomar durante el desarrollo del proceso, requiere su votación propia.[61] Decisiones intermedias y complementarias (por ejemplo, rechazo de la demanda o la resolución sobre las costas) son objeto cada una de deliberación y votación individuales. En particular, cada decisión autónomamente impugnable, en tanto sea competencia del colegio, debe ser el resultado de una votación especial. Al respecto, concluyó *J. W. Planck*: "Todo lo que externamente puede ser objeto de una decisión separada, en caso necesario, también debe ser objeto al interior del colegio de una votación particular".[62] Por ejemplo, si varios asuntos litigiosos se unen mediante una acumulación objetiva de acciones, se decidirán por separado y, por tanto, mediante votaciones separadas ("votación por partes").

De todas maneras, es posible preguntarse si las votaciones sobre varios objetos de decisión pueden ser asociados en una sola. Ciertas votaciones vinculadas ya están excluidas procesalmente; así, en el proceso penal no puede votarse en conjunto las cuestiones de la responsabilidad y de la determinación de la pena, según el § 263, OPP. Tan pronto la vinculación de las cuestiones a resolver no está prohibida legalmente, puede considerarse, en todo caso, la votación conjunta para emitir un proyecto de sentencia unánime. Resulta posible plantear una propuesta de decisión integral y completa (fundada) para la votación, preguntando, por ejemplo: "Se hace lugar a la demanda; el demandado es condenado a entregar el objeto X y a pagar a Y una indemnización por el uso; él carga con las costas; la sentencia es provisionalmente ejecutable previa caución". Esta "votación asociada" solo es adecuada para adoptar una decisión unánime. Tan pronto como uno de los jueces lo exige, las cuatro decisiones deber ser separadas para su votación: una mayoría del colegio, por cierto, puede coincidir con la minoría en cada cuestión particular; pero carece de facultades para asociar los asuntos a votar en contra de la voluntad de un juez individual. Esto se

[61] Así expresamente, § 11, según párrafo JN austríaca.
[62] *Planck,* Lehrbuch des Civilprozessrechts, t. 1 – Allg. Theil, 1887, p. 161.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

infiere del § 195 GVG, el cual obliga, pero a la vez autoriza, al juez vencido en una votación a participar de las siguientes.

V. Opciones para configurar el diseño de la votación

1. No hay votación según el resultado final

Como la sentencia suele constar de la parte dispositiva y de los fundamentos, el requisito de la mayoría del § 196, primer párrafo, GVF, se extiende por igual a ambas.[63] Por esta razón, es inadmisible una votación solamente por "el resultado final", en la cual solamente se pregunta acerca de la parte dispositiva sin consideración de los fundamentos, de tal modo que jueces con distintas razones lleguen al mismo resultado y se fusionen en una mayoría.[64] El colegio no puede desprenderse de su responsabilidad plena por la motivación, de tal modo que solo resuelva la parte dispositiva y deje las manos libres al ponente para que redacte cualquier fundamento oportuno. En la decisión del colegio sobre la parte dispositiva, también deben establecerse los motivos por mayoría, detallados de tal modo que al menos y, en cualquier caso, las dudas que podrían cuestionar el resultado no deberían existir más al redactarse la sentencia.[65]

A la vez, una votación sobre la parte resolutiva es solo admisible cuando existe una propuesta de decisión que además de aquélla comprenda los fundamentos más importantes; esta ponencia puede ser planteada como un todo a votar. Puede provenir del ponente, de la deliberación o de una propuesta que ha tomado forma como consecuencia de varias votaciones anticipadas sobre elementos individuales (sobre esto volveremos enseguida). También bastará con que, a partir de la deliberación, queden claras las razones consensuadas en las que se basaría una determinada decisión, luego sometida a votación. Entonces, esta votación no es *una* votación "según el (mero) resultado final", la cual siempre se volvió a tratar en el siglo XIX.

[63] Así para el art. 21 de la BGG suiza, *Feraud,* en: BaslerKommBGG, 2ª ed., 2011, art. 2, nm. 2.
[64] *Schreiber,* en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 194 GVG nm. 7.
[65] Sobre la problemática de la redacción posterior de los fundamentos, véase *Mellinghoff* (nota 4), ps. 178 y sigs.; véase también § 13, segundo párrafo, GO BGH.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Una división ulterior del proceso de votación en elementos individuales, en los cuales se puede estructurar la sentencia, no está prevista en la GVG, pero es posible. Aquí debe analizarse el desdoblamiento posterior de la votación en varios pasos.

2. Votación individual sobre cuestiones aisladas

a. Elementos individuales de la sentencia

Ante todo, la consecuencia jurídica que debe pronunciarse en la sentencia típicamente suele ser el resultado no sólo de una única conclusión silogística, sino de una multitud de inferencias individuales relacionadas entre sí. Tomemos un ejemplo sencillo sobre una norma jurídica y el reclamo por su aplicación. En el caso de una demanda por enriquecimiento sin causa ¿es necesario votar sobre la fundamentación del reclamo o por separado sobre el de la responsabilidad por enriquecimiento y luego sobre su exclusión en virtud del § 818, tercer párrafo, BGB? Supongamos que hay una propuesta de sentencia por la cual se debe admitir la demanda por estar fundada, en tanto el demandado se ha enriquecido sin causa mediante una prestación del actor y que es improcedente la objeción de disminución patrimonial en virtud de la comprobada mala fe de la demandada. La aceptación de esta cuestión significa un SI sobre la fundamentación del reclamo y un NO a la objeción para rechazar el enriquecimiento. Quien sostenga ya de entrada que falta un enriquecimiento, votará NO; del mismo modo lo hará quien considere que no hubo enriquecimiento en virtud de una excepción perentoria. Si consideramos que, de cinco jueces, dos opinan que de inicio falta el enriquecimiento y otros dos aprecian que el demandado está protegido por la excepción perentoria de ausencia de enriquecimiento; y si se mantiene la propuesta integral del cuestionario que vincula el fundamento de la demanda con la excepción perentoria, se rechaza la demanda. Pero si ahora hay tres jueces que afirman el enriquecimiento son libres de solicitar (y no sólo éstos) la separación en las cuestiones sobre el enriquecimiento y la disminución del patrimonio, y hacerla valer por decisión mayoritaria. La misma posibilidad existe para los jueces que no quieren hacer lugar a la excepción del demandado por ausencia de enriquecimiento. Debido a la soberanía procesal de la mayoría del colegio en orden al procedimiento de votación existe la posibilidad de evitar (aunque no el deber jurídico) la formación de "coaliciones" de jueces, que por diferentes razones lleguen al mismo resultado.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si se asume que la sentencia colegiada exige una fundamentación unitaria, la separación en los distintos elementos es indispensable.[66] Si el razonamiento es el siguiente: "Puede ser dudoso que el demandado se haya enriquecido; en cualquier caso, podría invocar la ausencia del enriquecimiento", tal fundamentación puede proponerse para la votación, y para ser aceptada debe encontrar una mayoría absoluta. Pero también es posible sostener la opinión de que la fundamentación de la sentencia puede quedar abierta, en tanto la demanda es considerada mayoritariamente como infundada, por ejemplo, porque una parte de la mayoría de los jueces la consideran inadmisible y otra porción estiman extinguido el reclamo.[67] Esta visión encaja mal con el hecho de que la sentencia colegiada es un acto procesal unitario del cuerpo de decisión que, por lo tanto, también debe ser fundamentado de modo homogéneo.

En la medida en que, por una decisión del colegio, una cuestión determinada –por ejemplo, la procedencia del cese del enriquecimiento– es votada de modo aislado, esto no significa que también deberían realizarse votaciones individuales para todos los elementos de la sentencia ubicados en el mismo nivel. Por ejemplo, cuando se decide mediante una decisión mayoritaria que no se presenta un cese jurídicamente relevante del enriquecimiento, a continuación, puede tratarse una propuesta integral de sentencia para votar sobre la cuestión de la posible prescripción y caducidad de la demanda. Esto se infiere del § 195 GVG. Una propuesta de sentencia que parta de que el demandado puede basarse en el § 818, tercer párrafo, BGB, no puede ser más presentada para la votación. De esto no se deduce que un juez en la votación conjunta sobre una propuesta íntegra de sentencia votó, *por otras razones,* en contra de una condena del demandado. La circunstancia de que sólo se sometan a votación aquellas cuestiones individuales con respecto a las cuales el colegio así lo haya decidido, también debería disipar la preocupación expresada repetidamente contra el voto por los fundamentos, según la cual, conduciría a un proceso de votación monstruoso que se fragmentaría interminablemente en elementos de la sentencia cada vez más pequeños.[68]

[66] Así, *K. Hellwig,* System d. Dt. Zivilprozessrechts, t. 1, 1912, p. 84.
[67] *A. Zacke,* Über die Beschlussfassung in Versammlungen und Collegien, 1867, pl. 65; *G. von Coelln,* Das Beratungsgeheimnis, 1931, ps. 44 y sgis., 53; desde entonces, en especial *Mellinghoff* (nota 4), ps. 54 y sigs.
[68] La decisión sobre un elemento aislado correspondiente a la situación jurídica total también puede forzarse mediante la presentación de una solicitud de medidas incidental, siempre que se cumplan los requisitos previos existentes para ello (§ 256, segundo párrafo, ZPO).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si el colegio mayoritariamente no quiere una división sobre los elementos de la sentencia y a continuación tampoco sobre circunstancias típicas individuales, puede votar integralmente sobre la admisión de la demanda. Sólo hay que repetir que esta votación no debe ser única con respecto a la parte resolutiva, sin fundamentos; antes bien, al votar, por ejemplo, sobre el fondo mediante un SÍ o un NO, debe quedar claro cuáles son los elementos decisivos de los cuales ha de inferirse la admisión (o el rechazo) de la demanda.[69]

b. Elementos individuales del ilícito

La mayoría de las normas jurídicas a examinar en el proceso de dictar la sentencia, que tienen como consecuencia jurídica, por ejemplo, la aceptación o la extinción de la demanda o la fundamentación o la pérdida de una excepción, presentan un tipo estructurado en varias partes. Para la fundamentación de una demanda por enriquecimiento sin causa, es necesaria la producción de una ganancia en el patrimonio del demandado; la cual debe originarse, por ejemplo, en una prestación del demandante sin una razón jurídica. Debe decidirse si cada elemento típico del enriquecimiento sin causa está presente en el caso discutido, y, por lo tanto, el proceso de votación también puede reducirse al nivel de los elementos típicos individuales. En consecuencia, las explicaciones sobre la votación aislada de cada uno de los fundamentos de la demanda resultan aplicables.

c. Cuestión jurídica y cuestión fáctica

La conclusión silogística se compone de una premisa mayor, que contiene una exigencia típica abstracta, y una premisa menor, que configura un recorte correspondiente al hecho como un suceso ocurrido. ¿Puede escindirse el proceso general de votación de tal modo que se vote por separado sólo sobre el contenido de la premisa jurídica abstracta y/o de forma aislada sobre los hechos que deben tomarse como base? Supongamos que, en abstracto, es dudoso si un determinado tipo de desembolso/pérdida constituye un decrecimiento patrimonial jurídicamente relevante según el § 818, tercer párrafo, BGB. Sin embargo, el actor también discute que el demandado hubiera realizado el gasto reclamado; los jueces no se ponen de acuerdo sobre el resultado de las pruebas realizadas al respecto. En un colegio de tres integrantes, una votación global sobre la excepción de enriquecimiento conduce a su rechazo si uno de los jueces, por

[69] Véase arriba, V.1

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

ponderaciones jurídicas abstractas, no acepta el tipo del desembolso como una disminución patrimonial mientras otro no considera probado el gasto.[70] Una votación separada es admisible (y aconsejable), pero la solicitud de dicha votación exige que sea apoyada por al menos dos jueces.[71]

d. Las denominadas razones subjetivas

Los elementos individuales más pequeños, a los que puede conducir el desglose del examen global colegiado, son la proposición jurídica abstracta (la premisa mayor) y el, en cualquier caso, separable supuesto fáctico correspondiente (la premisa menor), que en un silogismo se dividen en virtud de una característica típica particular. Entonces, las más variadas ponderaciones nuevamente pueden influir en la decisión del juez individual sobre uno de esos elementos. Del lado de la cuestión fáctica puede darse el caso, de que un juez no considere creíble a un testigo porque en la audiencia estaba nervioso; otro juez desconfía del mismo testigo porque ya ha sido condenado previamente por falso testimonio; un tercer juez dice haber reconocido que el testigo desde el lugar en que estaba carecía de visión alguna sobre el suceso. Del lado de la proposición jurídica, por ejemplo, uno de los jueces puede aprobar la aplicación de una norma pues considera que su tenor literal cubre el caso en análisis; al mismo resultado llega otro juez porque dice que es necesaria y exigible una interpretación extensiva según el sentido y la finalidad de la norma. Continuar dividiendo el proceso de votación según esas razones subjetivas individuales es rechazada desde siempre (a pesar de que tales ponderaciones pueden ser objeto de la deliberación).[72] Se trata de motivos para una (sub) decisión en el proceso de sentenciar, pero no sobre una sentencia de los jueces: "La ley reclama una sentencia motivada, pero no una decisión sobre los motivos".[73]

3. Resumen

[70] La reivindicación del establecimiento de tribunales con jurado, apoyada por la filosofía de la Ilustración, utilizó precisamente estos casos como argumento; sobre este tema, véase *Ernst* (nota 15).
[71] La votación de una determinada cuestión jurídica abstracta puede estar prescrita procesalmente, por ejemplo, si una norma preconstitucional no debe aplicarse por inconstitucional o si se presenta un apartamiento de la sentencia de otro Senado civil (§ 132, segundo párrafo, GVG).
[72] Más información en *von Coelln* (nota 67), p. 52, nota 2; veáse también *Mellinghoff* (nota 4), ps. 54 y sigs. (conflicto con el principio de la libre valoración de la prueba).
[73] *Planck* (nota 62), p. 161.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Que el colegio vote únicamente sobre una propuesta única (motivada) de sentencia o que la existencia (o la extinción) de una determinada pretensión o de una determinada defensa se convierta aisladamente en el objeto de la votación no está preestablecido por el derecho objetivo, sino que corresponde al colegio extraer del objeto procesal las (sub) cuestiones para decidir de antemano mediante la votación.[74] En principio, el colegio también es libre de decidir aisladamente en el proceso de votación sobre la presencia de *elementos* típicos individuales. La autonomía con respecto al diseño de la votación autoriza incluso al tribunal de mérito a una separada sobre el aspecto jurídico y fáctico del razonamiento silogístico: tanto el resultado de la prueba producida como el contenido abstracto de la proposición jurídica discutida pueden ser fijadas por el colegio mediante una votación autónoma. Se podría decir que el colegio va cercando la sentencia final mediante preacuerdos. En resumen, todos esos elementos de la sentencia se votan de forma aislada, en tanto una mayoría del colegio decida hacerlo así. En la determinación del plan de votación, los colegas tendrán en cuenta que al elegir entre una votación integral y una sobre elementos individuales pueden, en determinadas circunstancias, influir decisivamente en el resultado final de la sentencia; en el transcurso de la deliberación debe quedar claro de qué manera. Con respecto a una cuestión incidental y suponiendo una votación racional, debería asegurarse realmente su tratamiento aislado si en caso de una votación integral, fuera de temer la pérdida de su influencia en el resultado final de la sentencia. Del mismo modo autorregulado, por así decirlo, un colegio debería por tanto tender a votar según los elementos críticos – si todas las posibilidades procesales están agotadas racionalmente.

Sería imaginable pero poco práctico, que un colegio decida votar separadamente sobre cada una de las etapas reales del proceso de subsunción. En ese caso extremo, sería innecesaria una votación final sobre toda la sentencia (parte resolutiva y fundamentos), porque el colegio ya ha decidido íntegramente mediante las votaciones individuales. Sin embargo, si sólo se han tomado elementos individuales del proceso jurídico para sentenciar y resolverlos aisladamente por votación, las resoluciones así adoptadas sólo tienen el efecto de restringir en ciertos aspectos el posible contenido de la sentencia propuesta, que deberá votarse entonces en su conjunto.

[74] Según mi opinión, el elemento que se aísla para una votación particular no debe ser presentado como un "elemento de demanda o defensa" en el sentido del § 282, primer párrafo, ZPO; de otra opinión, el enfoque de *von Coelln* (nota 67), ps. 49 y sigs.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

En la mayoría de los casos, el presidente tendrá claro en virtud de la deliberación, cuáles son los puntos neurálgicos sobre los cuales resulta necesaria una votación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo se someterán a votación aquellas cuestiones que la mayoría del colegio decida votar; para ello basta con que una propuesta de la presidencia no sea contradicha. ¿Qué sucede si el colegio, en absoluto, no puede o no quiere decidir acerca de las cuestiones a votar? ¿Sobre qué cuestiones entonces hay que votar? ¿cuál sería, en otras palabras, la "opción por default"? En tanto las leyes procesales disponen la elaboración de una propuesta de sentencia, esta pasa a ser el objeto natural de la votación. Si esta preparación de un proyecto no está prevista, entonces el pedido que inició el proceso, por ejemplo, la demanda, constituye el objeto natural del planteamiento de las cuestiones. Cuando no hay una decisión mayoritaria sobre las cuestiones a plantear, entonces el presidente debe consultar quién está a favor o rechaza decidir sobre la base de lo demandado.

También se producen problemas particulares en la votación cuando se debe tomar una decisión y tres (o más) resultados pueden ser elegidos. Para los resultados que solamente se diferencian entre sí cuantitativamente (conforme a cantidades), el § 196, segundo párrafo, GVG establece un procedimiento para determinar el resultado de la decisión.[75] Falta una regulación legal para el caso poco común de resultados cualitativamente distintos; aquí, el procedimiento queda librado a la autonomía del colegio para establecer cómo votar. En este sentido, se discuten distintos procedimientos.[76]

VI. Multiplicidad de convencimientos individuales de los jueces y unidad de la decisión del colegio

1. "Voluntad del colegio"

Con el establecimiento de una auténtica jurisdicción colegiada surgió un problema de fondo, del cual se puede tomar nota, pero como tal no puede dejarse de lado. Mientras que la sentencia se socializa, en tanto es atribuida al cuerpo de decisión, las convicciones siempre existen, por el contrario, con respecto a los jueces individuales, integrantes singulares del colegio. Si es válida la expresión *pectus facit iurisconsultum* (el sentimiento hace a un abogado), entonces el colegio se caracteriza precisamente por ser algo carente de corazón y despiadado.

[75] Concordantemente § 12, tercer párrafo, 3 JN austríaca.
[76] *Th. Stadelmann* (nota 45); *Mellinghoff* (nota 4), ps. 106 y sigs. (con referencia al proceso penal).

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Sin embargo, mucho se habló en el siglo XIX sobre la voluntad general del colegio. Se trata de que "el colegio actúa como una unidad y la voluntad de la mayoría debe ser concebida como la de esa unidad [...] Para la formación de esa voluntad general no puede existir ningún otro principio que los de la formación de la voluntad del juez individual".[77] No puede hablarse de esa tal "voluntad general". El colegio no es un sujeto al cual se pueda atribuir una "voluntad", entendida como un hecho psicológico.[78]

Es posible preguntarse, hasta qué punto la decisión adoptada por el colegio puede/debe/tiene que estar respaldada por las convicciones judiciales (una mayoría) de cada uno de los jueces colegiados. También en un colegio, cada uno de los jueces concurrentes al dictado de una sentencia debe formarse una convicción judicial sobre el caso. La convicción que un juez se forma con respecto a una cuestión jurídica es de naturaleza compleja. Comprende la apreciación de cuestiones fácticas y jurídicas; las segundas abarcan, a su vez, competencia y fundamentación y pueden, en el proceso civil, diferenciarse en una multiplicidad de medios de accionar y de defensa. En el proceso penal, la convicción judicial alcanza las cuestiones de la responsabilidad y de la medición de la pena. La fundamentación que acompaña a la decisión final es de igual complejidad. Aunque todos los jueces del colegio están llamados a participar en la decisión colectiva, ésta, sin embargo, no puede ser un reflejo, creado por las reglas de mayorías, de la complejidad de todas las convicciones jurídicas individuales –diferentes entre sí–, que ni siquiera pueden ser preguntadas en los procedimientos internos del colegio.

Contra la votación según los fundamentos, desde siempre se ha planteado que la sentencia definitiva podría resultar de un modo no deseado por una mayoría de los jueces.[79] Esta objeción es errada. La circunstancia de que para dictar una sentencia que pueda ser adjudicada al colegio como un todo se alcance mediante una votación o por varias no quiere decir que ella misma deba ser autorizada por una mayoría de jueces, de modo tal, que pudieran decir ante la sentencia definitiva (parte resolutiva y fundamentos): "Sí, esto concuerda totalmente con mi convicción judicial". Supóngase que se discute ante cinco jueces, primero, si el tribunal es competente; y, segundo, si la demanda está fundada. En la primera votación tres jueces aceptan la competencia y dos la

[77] *J. v. Linde,* Lehrbuch des dt. gem. Civilprocesses, 6ª ed, 1843, p. 240; *A. Engelmann,* Civilprocess, 1. Bd., 1889, p. 140; *Planck* (nota 62), p. 159.
[78] Del mismo modo, ya *Mellinghoff* (nota 4), p. 59.
[79] Por ejemplo, *Zacke* (nota 67); de la literatura actual, *O. Katholnigg,* Strafgerichtsverfassungsrecht, 3ª ed., § 194 GVG, nm. 4, nota 18.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

niegan.[80] De los tres jueces que aceptaron la competencia, dos consideran que la demanda carece de fundamento. Los dos jueces que rechazaron la competencia deben participar obligatoriamente en la votación sobre la fundamentación de la demanda (§ 195 GVG); acompañan al juez que considera fundada la demanda. La sentencia del colegio es resolver como se solicita, pues la demanda ha sido considerada admisible y fundada. Si se parte de la convicción original de los jueces, solamente quiso *esa* sentencia uno de los cinco jueces; de los cuatro restantes, al principio (actuando por sí mismos), dos se pronunciaron por el rechazo de la demanda por inadmisibilidad de la demanda y los dos restantes por falta de fundamentación. Sin embargo, este resultado no pone en cuestión que todos los jueces en conjunto dictaron la sentencia que hizo lugar a la demanda conforme al procedimiento estipulado. De este modo, la sentencia del colegio no se corresponde necesariamente con una convicción judicial "colectiva", compartida por una mayoría de los jueces integrantes de aquél.[81] Por lo tanto, para que una sentencia se considere procesalmente correcta como sentencia del colegio, no puede exigirse que necesariamente la mayoría de los jueces que lo integran, si hubieran actuado individualmente, dictaran exactamente la misma sentencia –parte resolutiva y fundamentos–, atribuida al colegio como resultado del proceso.

2. El deber de continuar votando stante concluso

De acuerdo con el § 195, GVG, el juez vencido debe participar de las siguientes votaciones; no puede, por lo tanto, abstenerse. Por lo tanto, se habla sobre votaciones sucesivas *stante concluso* (hasta dar por concluido el caso, N. del T.).[82] Con esto se asegura, que, tras la sucesión de votaciones hasta finalizar, se adoptan decisiones con mayoría absoluta, tal como está exigido por el § 194, primer párrafo, GVG.[83] El § 195 GVG no puede obligar al juez a modificar su convicción. No se le exige un *sacrificium intellectus.* Sin embargo, el juez debe asumir que la opinión de la mayoría, a la que se ha opuesto sin éxito, es correcta para las siguientes rondas de votaciones en la

[80] Una decisión mayoritaria de rechazar la demanda, compartida por algunos en razón de que la consideran inadmisible, mientras que otros comparten el rechazo pero porque la juzgan infundada es -desde luego- inimaginable, porque se trata de distintos contenidos de la sentencia (efecto de la cosa juzgada).
[81] También la determinación de la cuantía indemnizatoria, de acuerdo con el § 196, segundo párrafo, GVG puede conducir a un resultado que únicamente haya sido propuesto por un solo juez.
[82] *Ballon,* en: *Fasching* (nota 44), §§ 9 – 14 JN nm. 13.
[83] Concordamente § 11, primer párrafo, JN austríaca.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

medida en que sea necesario responder a las cuestiones siguientes.[84] Si, por ejemplo, los fundamentos controvertidos de la responsabilidad hubieran sido afirmados al inicio por una mayoría, el juez vencido deberá, en cuanto se plantee la cuestión de la concurrencia de culpas, asumir aquellos motivos tal como fueron admitidos por la mayoría, porque de lo contrario, no podría constituirse sensatamente la proporción de la culpa concurrente. Tan pronto como las opiniones de dividen ante la cuestión de la valoración de la prueba, el juez vencido debe expresarse sobre una configuración del caso que, según su criterio, de ningún modo se presenta. Sería inadmisible que el juez vencido, en una votación subsiguiente utilice aquella anterior, para alcanzar en definitiva un resultado comparable, el cual no pudo conseguir en la elección pasada. Un juez que no haya podido imponerse, por ejemplo, con su opinión acerca de la ausencia de un presupuesto procesal, no puede votar el rechazo de la demanda por falta de fundamentación alegando que esa solución es la más cercana a la preferida por él;[85] si el juez hace esto contradiciendo deliberadamente su convicción, su conducta raya con el prevaricato.

3. La función judicial de los jueces colegiados

Ya se ha señalado en contra de la necesidad de participar en las votaciones siguientes de acuerdo con el punto de vista de la mayoría que viola la libertad de conciencia.[86] Sin perjuicio de que la sujeción del juez a una determinada opinión jurídica ya existe en otros supuestos,[87] parece que aquí se ignora en general el oficio del juez dentro de un colegio.

Cada integrante del colegio, incluidos los jueces honorarios,[88] es juez y está sujeto a los deberes vigentes para ese cargo. También el juez de un colegio es "independiente y solo sometido a la ley" (art. 97, primer párrafo, GG) y se encuentra "atado a la ley y al derecho" (art. 20, tercer

[84] Esto no está dicho en el § 195 GVG pero está necesariamente dado con la regla; *Jacobs,* en *Stein / Jonas* (nota 52), § 195 GVG, nm. 3.
[85] El ejemplo ha sido tomado de *L. Rosenberg,* Lehrbuch d. dt. Zivilprozessrechts, 2ª ed., 1929, p. 53.
[86] *K. Peters,* Strafprozessrecht, 1952, ps. 92 y 379 (con más referencias).
[87] Por ejemplo, la vinculación a una sentencia prejudicial en el proceso siguiente; sujeción del tribunal de casación a las determinaciones del tribunal de mérito como consecuencia de una revisión limitada; vinculación al juicio jurídico del tribunal de casación (§ 563, segundo párrafo, ZPO), y a la sentencia remitida al Tribunal Constitucional Federal en los términos del art. 100, GG, o la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento prejudicial según el art. 267 AEUV.
[88] § 30, primer párrafo, GVG.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

párrafo, GG). La función judicial del juez colegiado consiste en su pertenencia al cuerpo de decisión. La pertenencia a ese colegio es el cargo de juez, que debe desempeñarse de modo independiente y solo sometido a la ley y al derecho. Solo en *ese* cargo el juez también goza de independencia; la integración en el colegio es, *como tal,* ninguna limitación a la independencia judicial.[89] El deber de sentenciar existe para todos los jueces[90] y se expresa a tal efecto en el colegio, a través de la inadmisibilidad de las abstenciones.[91]

Sin embargo, la forma en que la convicción judicial del juez colegiado determina su contribución a la realización de la sentencia debe orientarse según su función, consistente en integrar el tribunal. La votación, como la deliberación, sirve para dictar una sentencia atribuible al colegio. Esta tarea le es encomendada al juez colegiado en virtud de su cargo judicial consistente en la colegiación; tiene que desempeñar esta tarea, de forma independiente y sujeto únicamente a la ley y al derecho. Para ello, el juez colegiado debe preguntarse cuál es, medida en relación con el estado de las resoluciones parciales anteriores (y posiblemente también teniendo en cuenta la jurisprudencia del colegio), la sentencia correcta *para el colegio*. Por lo tanto, la cuestión planteada al juez colegiado no dice "¿Qué querrías decidir?" sino: "¿Qué piensas que deberíamos decidir?". Por lo tanto, el juez colegiado no participa en la sentencia colegiada simplemente anunciando cómo decidiría él mismo el caso si actuara como juez unipersonal. La orientación de la actividad colegiada hacia el acto jurisprudencial supraindividual del colegio se comprueba en múltiples detalles adicionales: el presidente vencido no queda eximido del deber de pronunciar la sentencia.[92] Incluso el juez que, en la deliberación y la votación, no haya prevalecido con sus puntos de vista jurídicos en todo o en parte, debe aceptar ser instruido para redactar los fundamentos de la sentencia.[93] El juez vencido debe firmar, como todo juez, la sentencia escrita (§ 315 ZPO); sin embargo, esta firma no expresa que la sentencia se corresponde con la convicción judicial del juez, sino que ella fue realizada reglamentariamente y que coincide con el resultado de la deliberación.[94]

[89] Sobre las amenazas a la independencia judicial en el sistema colegiado, *Kiener* (nota 3), ps. 220 y sigs.
[90] Para esto, véase *M. T. Fögen,* Rechtsverweigerungsverbot, en: *C. Vismann / T. Weitin* (comps.), Urteilen / Entscheiden, 2006, ps. 37 y sigs.
[91] *Schreiber,* en: *Wierczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG nm. 1.
[92] *Schreiber,* en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG, nm. 2.
[93] *Jacobs,* en: *Stein / Jonas* (nota 52), § 195 GVG, nm. 3; *Schreiber,* en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG, nm. 2: deber de redactar fiel, completa y objetivamente la opinión de la mayoría.
[94] *BGHSt* 26, p. 92 y sigs. = NJW 1975, p. 1177.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si de acuerdo con la voluntad mayoritaria del colegio, una discusión jurídica compleja se resuelve con una sucesión de votaciones individuales, entonces la participación de un juez determinado en la adopción de la sentencia consiste en la cadena de todos sus votos. Según el § 195, GVG, esos votos sucesivos no deben acoplarse para formar una visión global y coherente del caso, como si se correspondieran con la sentencia que el juez habría dictado actuando individualmente. Antes bien, algunas de esas votaciones pueden incluso ser contradictorias, por ejemplo, cuando el juez primero votó contra la fundamentación de la responsabilidad, pero luego a favor de una concurrencia de culpas. Con esta cadena de votos en sí contradictorios, el juez de ningún modo lesiona su deber de ejercer a conciencia el cargo de juez. Por el contrario, es precisamente mediante el voto *stante concluso* (hasta finalizar el caso) como se ejerce correctamente el oficio judicial, consistente en la pertenencia al colegio.

Por el contrario, la presentación de una *dissenting opinion*, en la cual el juez explica en general cómo él habría resuelto el caso, no es el ejercicio de la función judicial en un colegio de jueces. Antes bien, es una conducta por fuera de la función judicial, ocurrida, por así decirlo, *ultra vires* (más allá de los poderes otorgados). El integrante individual del colegio no es el juez natural. Cuando se establece un fundamento procesal que permite la redacción/expresión de una *dissenting opinion*, en cierta medida la función judicial del juez colegiado se amplía al autorizarle –junto con su actuación en la elaboración de la sentencia del tribunal– a desarrollar su propia convicción jurídica individual para conocimiento de las partes (y del público). Un posible derecho a redactar/registrar/expresar una opinión disidente no exime al juez colegiado de participar en el dictado de la sentencia mediante su voto, aunque ella se aleje cada vez más del camino que considera correcto.[95] Esto vale tanto para la autorización reglamentaria de una explicación según las actas (secretas) de un Senado[96] como para la permisión legal del voto disidente (*Sondervotum*), tal como ocurre con el Tribunal Constitucional Federal, de acuerdo con el § 30, segundo párrafo BVerfGG, y podría hacerse de forma similar para otras ramas de los tribunales. La cuestión de si esto es aconsejable no será aquí abordada.

4. La mención de sentencias controvertidas en la motivación de la decisión

[95] Por lo tanto, el § 30, segundo párrafo, BVerfGG, no deroga el § 195 GVV aplicable en virtud del § 17 BVerfGG.
[96] Véase por ejemplo, el § 10, primer párrafo, primera oración GO BGH: "Cada integrante está…autorizado, a hacer constar en las actas del Senado, con respecto a la sentencia dictada, su opinión disidente sucintamente fundada."

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Es importante mencionar la evidente fragilidad del juicio colegiado en su forma actual. No es un buen estado jurídico, mantener sistemáticamente en silencio, con respecto a las partes y el público, en tanto conocen de la sentencia, si las opiniones jurídicas vertidas en el colegio han sido divergentes y en qué sentido. Es fácil insertar en un lugar adecuado de la motivación de la sentencia expresiones del estilo "Como la mayoría del senado acepta…" (o similares). Acá tampoco es posible remitirse al secreto de la deliberación (§ 43 DRiG).[97] Debe mantenerse en secreto el desarrollo de la deliberación y la votación, es decir, el procedimiento con sus detalles, mientras que su resultado – la sentencia compuesta de la parte dispositiva y de la fundamentación– se hace saber/notifica a las partes. Es una característica jurídicamente relevante de una decisión, el hecho que haya sido aprobada por unanimidad o por mayoría. Esto también se aplica a la los "autos" *(Urteilbeschluss)*.[98] Las opiniones jurídicas expresadas en la sentencia tienen como artífice al colegio, el cuerpo de decisión, y son, en este sentido, de naturaleza uniforme; sin embargo, esto no excluye comunicar si una determinada opinión jurídica se ha convertido como propia del colegio por unanimidad o por mayoría. A nadie nunca le ha molestado que durante la audiencia oral se diga a menudo a las partes que el caso es objeto de discusión entre los jueces y que, por tanto, el resultado es aún incierto. Eso sí, aquí no se sugiere revelar cómo votó cada juez; estas son cuestiones del proceso de votación.[99] Se trata simplemente de identificar las opiniones jurídicas expresadas en la sentencia que solo obedecen a una opinión mayoritaria del colegio, para distinguirlas de aquellas a las cuales el colegio arribó por unanimidad. Tal difusión es adecuada al sistema de la sentencia colegiada; se limita a reflejar el resultado de la sentencia tal y como se alcanzó en el colegio con una mayor diferenciación y, por tanto, con mayor fidelidad que una fundamentación de la sentencia cuyos elementos parecen idénticos por estar consensuados del mismo modo.

[97] Sobre la compatibilidad de la comunicación en la fundamentación de la sentencia, y si el colegio debió decidirlo por unanimidad o por mayoría, con el secreto de la deliberación, véase correctamente *Mellinghoff* (nota 4) ps. 160 y sigs.
[98] Otro punto de vista, *Hartmann,* en: *Baumbach / Lauterbach* (nota 52), síntesis previa a los §§ 192 y sigs., GVG, nm. 1.
[99] Véase *BGH* DRiZ 1976, p. 319 (y además, *E. Schilken,* Gerichtsverfassungsrecht, 4ª ed, 2007, nm. 508): acerca de la diversidad de opiniones con respecto a si el proceso de votación debe reflejarse en los fundamentos de la sentencia, para permitir al tribunal de casación su examen.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

DR © 2023. En letra. Derecho Penal
https://www.enletrapenal.com/

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año VIII, N.º 16 Mayo 2023

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítes (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:
Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Veleda
Thomas Wostry